

La armonización del régimen fiscal de las operaciones de reorganización empresarial: un enfoque europeo

Autor/a: Alberto Quintas Seara

Tesis doctoral UDC / 2020

Director/a: Prof. Dr. José Manuel Calderón Carrero

Tutor/a: Prof. Dr. José Manuel Calderón Carrero

Programa de doctorado en Derecho



UNIVERSIDADE DA CORUÑA



AUTORIZACIÓN PARA DEPÓSITO E DEFENSA DE TESE DE DOUTORAMENTO

Don José Manuel Calderón Carrero, con DNI nº 32.796.530-W, e enderezo electrónico jose.calderon@udc.es, Catedrático de Dereito Financeiro e Tributario da Universidade da Coruña, na súa condición de director da tese de doutoramento titulada “La armonización del régimen fiscal de las operaciones de reorganización empresarial: un enfoque europeo” e elaborada por Alberto Quintas Seara, autoriza o depósito e defensa da devandita tese con mención internacional no título de doutor.

E para que quede constancia, asina o presente documento no lugar e na data que a seguir se indican.

En A Coruña, a 22 de Xuño de 2020

Ado. José Manuel Calderón Carrero

Resumen

La presente tesis doctoral tiene por objeto el estudio del proceso de armonización del régimen fiscal aplicable a las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial en el ámbito de la imposición directa con el fin de valorar en el contexto actual la adecuación del régimen de neutralidad fiscal configurado por la Directiva 2009/133/CE como instrumento para eliminar los obstáculos fiscales que afectaban negativamente a la realización este tipo de operaciones en el seno de Unión Europea.

Asimismo, y adoptando un enfoque europeo, el análisis de la Directiva 2009/133/CE se pondrá en relación con el proceso de armonización del Derecho societario europeo en el ámbito de las operaciones de reorganización empresarial, la aprobación de otras normas de Derecho de la UE, así como con la evolución de la jurisprudencia del TJUE en diversas materias relacionadas con la aplicación de la Directiva Fiscal de Fusiones.

Resumo

A presente tese doutoral ten por obxecto o estudo do proceso de harmonización do réxime fiscal aplicable ás operacións transfronteirizas de reorganización empresarial no ámbito da imposición directa co fin de valorar no contexto actual a adecuación do réxime de neutralidade fiscal configurado pola Directiva 2009/133/CE como instrumento para eliminar os obstáculos fiscais que afectaban negativamente á realización este tipo de operacións no seo de Unión Europea.

Así mesmo, e adoptando un enfoque europeo, a análise da Directiva 2009/133/CE poñerase en relación co proceso de harmonización do Dereito societario europeo no ámbito das operacións de reorganización empresarial, a aprobación doutras normas de Dereito da UE, así como coa evolución da xurisprudencia do TJUE en diversas materias relacionadas coa aplicación da Directiva Fiscal de Fusiós.

Abstract

This doctoral thesis is aimed to study the process of harmonization of the tax regime applicable to cross-border business reorganizations in the field of direct taxation in order to assess in the current context the effectiveness of the tax neutrality regime provided by the Directive 2009/133/EC as an instrument to eliminate tax obstacles that negatively affected business reorganizations within the European Union.

Likewise, and adopting a European approach, the analysis of the Directive 2009/133/EC will be carried out in relation to the process of harmonization of European Company Law in the field of business reorganizations, the approval of other EU directives, or the evolution of the ECJ jurisprudence in different matters linked to the application of the Tax Merger Directive.

Agradecimientos

La realización de una tesis doctoral es un proceso largo y complejo en el que se alternan momentos buenos con otros no tan buenos. Por ello, a través de estas líneas me gustaría expresar mi agradecimiento a todas aquellas personas que, de un modo u otro, han contribuido a que este proyecto llegase a buen puerto.

En primer lugar, merece una mención especial mi director, el Prof.Dr. José Manuel Calderón Carrero, no sólo por el inestimable valor de sus correcciones y recomendaciones acerca de la tesis, resultado de horas de trabajo dedicadas al estudio de la misma, sino también por todos esos consejos que muchas veces han trascendido el plano estrictamente académico y me han ayudado a tomar decisiones importantes en mi vida.

Asimismo, me gustaría dar las gracias a quienes fueron mis supervisores en las diferentes estancias de investigación en el extranjero que realicé durante el periodo de elaboración de la tesis, a saber, el Prof.Dr. Daniel Gutmann de la Universidad *Paris I Phantèon-Sorbonne*, el Prof.Dr. DDr.h.c. Michael Lang del *Institute for Austrian and International Tax Law* de la Universidad de Viena, y el Prof.Dr. John Vella de la Universidad de Oxford. También debo expresar mi gratitud al *International Bureau for Fiscal Documentation* y a todos aquellos integrantes del mismo que me ayudaron durante mi estancia en Ámsterdam.

Por otra parte, quisiera agradecer el apoyo recibido del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, a través de su programa de Formación del Profesorado Universitario, de la Xunta de Galicia, a través de las ayudas a la etapa pre-doctoral del Plan gallego de investigación (Plan I2C), y al Ministerio de Economía y Competitividad, a través de su financiación del proyecto DER2013-47516-P.

Asimismo, debo mostrar mi gratitud al personal de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña por su amabilidad y por la atención recibida a lo largo de estos años.

Por último, me gustaría dar las gracias a mis padres, sin cuya inestimable ayuda la realización de esta tesis no hubiese sido posible, por todo el ánimo y la confianza que me han transmitido durante estos años. También a mi abuela María, por su apoyo incondicional, y a mi novia Ana, por su paciencia y comprensión incluso en las etapas más duras de este viaje.

ÍNDICE

ÍNDICE.....	9
ABREVIATURAS	19
INTRODUCCIÓN.....	21
CAPÍTULO I. LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y ARMONIZACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO EUROPEO: LOS PRIMEROS PASOS.....	31
1. La necesidad de garantizar la libertad de establecimiento prevista en el Tratado como base del proceso de armonización del Derecho societario europeo	31
2. Un apunte terminológico: “armonización”, “aproximación”, o “coordinación” de las legislaciones nacionales de los Estados miembros en el ámbito del Derecho societario.....	38
3. Los primeros pasos en el proceso de armonización del Derecho societario europeo	41
4. El inicio del proceso de armonización en el ámbito de las operaciones de reorganización empresarial a nivel interno: fusiones y escisiones	45
4.1. El importante papel de las fusiones y escisiones como instrumentos al servicio de la reorganización y redimensionamiento de las actividades de la empresa	45
4.2. La Directiva 78/855/CEE, sobre fusiones de sociedades anónimas	48
4.3. La Directiva 82/891/CEE, sobre escisiones de sociedades anónimas	57
CAPÍTULO II. LA EXTENSIÓN DEL PROCESO DE ARMONIZACIÓN A LAS FUSIONES TRANSFRONTERIZAS INTRACOMUNITARIAS.....	65
1. La necesidad de incrementar el grado de concentración empresarial en el seno de Unión Europea	65
2. Los obstáculos a los que se enfrentaban las fusiones transfronterizas en el plano del Derecho societario.....	68
3. Un breve apunte: el control de las concentraciones empresariales como obstáculo a la realización de operaciones de fusión transfronteriza y elemento a tener en cuenta para entender el proceso de armonización en el plano del Derecho societario y del Derecho tributario llevado a cabo por las instituciones europeas en relación con estas operaciones	72

4. El camino hacia la elaboración de una norma europea que abordase de forma específica la problemática que presentaban las operaciones de fusión transfronteriza	80
5. El pretendido papel de la <i>Societas Europaea</i> como instrumento facilitador de determinadas operaciones transfronterizas de reorganización empresarial	86
5.1. El surgimiento de una figura societaria de naturaleza europea y el largo camino hasta la aprobación del Reglamento (CE) n° 2157/2001	86
5.2. La Sociedad Europea y las operaciones de fusión entre sociedades de diferentes Estados miembros	93
5.3. La Sociedad Europea y las operaciones de traslado transfronterizo del domicilio social.....	102
5.4. A modo de recapitulación: el papel actual de la Sociedad Europea en el ámbito de las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial	108
6. La Directiva 2005/56/CE como eje central del proceso de armonización del Derecho societario europeo en materia de fusiones transfronterizas de sociedades de capital.....	115
7. La STJUE de 13 de diciembre de 2005, en el asunto <i>SEVIC</i> como punto de inflexión definitivo	139

CAPÍTULO III. LAS OPERACIONES DE TRANSFORMACIÓN Y ESCISIÓN TRANSFRONTERIZAS: ÚLTIMAS INCORPORACIONES AL PROCESO DE ARMONIZACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO EUROPEO EN EL ÁMBITO DE LAS REORGANIZACIONES EMPRESARIALES

1. El traslado transfronterizo de la sede social	147
1.1. Una aproximación a la problemática jurídica que planteaba el traslado transfronterizo de la sede social de las sociedades constituidas en los diferentes Estados miembros	147
1.2. El impacto de la jurisprudencia del TJUE sobre la interpretación de la libertad de establecimiento en el ámbito del traslado transfronterizo de la sede social.....	158
1.2.1. La libertad de los Estados miembros para definir los criterios de conexión que determinan el origen de la personalidad jurídica de una sociedad conforme a su ordenamiento y los requisitos para el mantenimiento de la misma.....	158
1.2.2. El derecho de las sociedades constituidas de acuerdo con la legislación de un Estado miembro a trasladar su sede social al territorio de otro Estado miembro....	160
1.3. Las limitaciones de la jurisprudencia del TJUE en relación con el traslado transfronterizo de la sede social, así como del uso de “vías indirectas» para llevar a cabo estas operaciones	168
1.4. La necesidad de dar una respuesta al problema del traslado transfronterizo del domicilio social desde el plano del Derecho positivo europeo.....	171

1.5. La regulación de la transformación transfronteriza a través de la reforma operada por la Directiva 2019/2121/UE	176
1.6. La intensificación de la competencia normativa entre Estados miembros, así como de la competencia entre formas societarias nacionales y europeas: un posible “efecto secundario” de la jurisprudencia del TJUE en materia de libertad de establecimiento y de la introducción de normas comunitarias en materia de transformaciones transfronterizas	184
2. La escisión transfronteriza	189
2.1. La necesidad de extender el proceso de armonización a las escisiones transfronterizas: problemática jurídica que planteaba su realización y limitaciones de las “vías indirectas” para llevarlas a cabo.....	189
2.2. El establecimiento de un régimen jurídico armonizado para estas operaciones por parte de la Directiva 2019/2121/UE	196
CAPÍTULO IV. EL PROCESO DE APROXIMACIÓN EUROPEO DE LAS LEGISLACIONES DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN EL ÁMBITO DE LA FISCALIDAD DIRECTA.....	209
1. La necesidad de acometer un proceso de armonización en materia de fiscalidad al objeto de garantizar las Libertades Fundamentales y el establecimiento del mercado interior.....	209
2. La ausencia de una base jurídica sólida en el Tratado para llevar a cabo el proceso de armonización en el ámbito de la fiscalidad directa	215
3. El requisito de unanimidad previsto en el artículo 100 del TCEE como uno de los principales obstáculos a la adopción de Directivas en el ámbito de la fiscalidad directa	218
4. Los primeros pasos en el proceso de aproximación de las legislaciones nacionales de los Estados miembros en materia de fiscalidad directa (periodo 1960-1990): planteamiento inicial y cambio de enfoque.....	223
CAPÍTULO V. LA CREACIÓN DE UN RÉGIMEN DE NEUTRALIDAD FISCAL PARA LAS OPERACIONES TRANSFRONTERIZAS DE REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL.....	235
1. Introducción.....	235
2. Análisis de los principales obstáculos en materia de imposición directa que afectaban negativamente a la realización de operaciones de reorganización empresarial en el ámbito transfronterizo	238
2.1. La fusión de sociedades como ejemplo ilustrativo de la problemática que presentaban las operaciones de reorganización empresarial desde la óptica fiscal ..	239

2.1.1.	En sede de la sociedad o sociedades transmitentes	239
2.1.2.	En sede de la sociedad beneficiaria	243
2.1.3.	En sede de los socios de la sociedad o sociedades transmitentes.....	245
2.2.	Extensión de los obstáculos fiscales que afectaban a las operaciones de fusión a otras operaciones de reorganización empresarial.....	249
3.	Los primeros pasos en el proceso de configuración de un régimen de neutralidad fiscal aplicable a las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial.....	255
4.	La Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones de 1969	260
5.	La Directiva 90/434/CEE	269
5.1.	Consideraciones generales	269
5.2.	Objeto, finalidad y principales diferencias con respecto a la Propuesta de Directiva de 1969.....	271
5.3.	Los problemas de implementación de la Directiva 90/434/CEE en los primeros años... ..	285
6.	La Directiva 2005/19/CE, de 17 de febrero de 2005	293
6.1.	El camino hacia la reforma de la Directiva 90/434/CEE.....	293
6.2.	Las modificaciones operadas por la Directiva 2005/19/CE.....	298
7.	Las modificaciones de la Directiva 90/434/CEE derivadas de la incorporación de nuevos Estados miembros a la Unión Europea con posterioridad a su entrada en vigor	310
8.	La codificación del régimen fiscal común aplicable a las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial a través de la Directiva 2009/133/CE, de 19 de octubre de 2009	312
9.	La problemática fiscal asociada a las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial en el ámbito de los impuestos no contemplados por la Directiva 2009/133/CE.....	315
9.1.	La falta de una definición explícita de los impuestos a los que resulta de aplicación el régimen previsto en la Directiva Fiscal de Fusiones	315
9.2.	La exigencia por parte de los Estados miembros de determinados impuestos indirectos en el marco de estas operaciones: una cuestión no resuelta por la Directiva 2009/133/CE.....	319
9.2.1.	Introducción.....	319
9.2.2.	Luces y sombras del proceso de armonización de los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales	321
9.2.3.	Especial referencia al Impuesto sobre el Valor Añadido	333

**CAPÍTULO VI. LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN
SUBJETIVO DE LA DIRECTIVA 2009/133/CE..... 339**

1. Consideraciones generales.....	339
2. Análisis de los requisitos que deben cumplir las sociedades participantes en la operación para que ésta pueda acogerse al régimen de neutralidad fiscal previsto por la Directiva 2009/133/CE	340
2.1. El requisito relativo a la forma que deben adoptar las sociedades participantes en la operación	340
2.1.1. La limitación de las formas societarias nacionales cubiertas por la Directiva 2009/133/CE.....	343
2.1.2. Los problemas de flexibilidad asociados al uso de una lista cerrada como instrumento para delimitar el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 2009/133/CE y las divergencias entre las formas societarias cubiertas en función del Estado miembro en cuestión.....	354
2.1.3. La falta de uniformidad entre las formas societarias nacionales cubiertas por la Directiva 2009/133/CE y por otras normas europeas en el ámbito de la fiscalidad directa	362
2.2. La condición relativa a la residencia fiscal de las sociedades participantes en la operación.....	367
2.3. La sujeción al Impuesto sobre Sociedades de un Estado miembro de las sociedades participantes en la operación	373
3. La ausencia de requisitos por lo que respecta a los socios de las sociedades participantes en las operaciones de reorganización empresarial transfronteriza cubiertas por la Directiva 2009/133/CE.....	380

**CAPÍTULO VII. LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN
OBJETIVO DE LA DIRECTIVA 2009/133/CE..... 385**

1. La naturaleza intra-europea de la operación de reorganización empresarial como elemento determinante de la aplicación de la Directiva 2009/133/CE.....	385
2. La extensión del ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE a operaciones de reorganización empresarial de naturaleza interna	395
3. La aplicación de la Directiva 2009/133/CE en el ámbito del Espacio Económico Europeo	403
4. Operaciones de reorganización empresarial cubiertas por el ámbito de aplicación objetivo de la Directiva 2009/133/CE	407
4.1. El carácter autónomo de las definiciones contenidas en el artículo 2 de la Directiva.....	408
4.2. Fusiones	414

4.2.1.	Modalidades cubiertas	414
4.2.2.	Caracteres definidores de las diferentes modalidades de fusión previstas en la Directiva 2009/133/CE.....	416
4.3.	Escisiones.....	423
4.3.1.	La escisión total	423
4.3.1.1.	Modalidades cubiertas y principales caracteres definidores.....	423
4.3.1.2.	Especial referencia a la cuestión de la proporcionalidad en la atribución de títulos de las sociedades beneficiarias a los socios de la sociedad escindida	427
4.3.2.	Escisión parcial.....	430
4.3.2.1.	Modalidades cubiertas y principales caracteres definidores.....	430
4.3.2.2.	Sobre el concepto de rama de actividad empleado por la Directiva 2009/133/CE en el ámbito de las operaciones de escisión parcial y aportación de activos.....	435
4.3.2.2.1.	Consideraciones generales.....	435
4.3.2.2.2.	Caracteres definidores	438
4.3.2.2.2.1.	La necesidad de que se transmita la totalidad de los elementos de activo y pasivo que integran la rama de actividad	438
4.3.2.2.2.2.	La necesidad de que se transmita la propiedad de los activos que integran la rama de actividad	446
4.3.2.2.2.3.	El carácter autónomo del conjunto patrimonial que integra la rama de actividad	449
4.3.2.2.2.4.	La naturaleza activa o pasiva del negocio que integra la rama de actividad.....	456
4.3.2.3.	Una reflexión acerca de la falta de flexibilidad del concepto de escisión parcial previsto en la Directiva 2009/133/CE.....	461
4.4.	Aportación de activos	464
4.5.	Canje de acciones.....	471
4.5.1.	Caracteres definidores	471
4.5.2.	Especial referencia a la cuestión relativa a la residencia de los socios de la sociedad dominada	480
4.6.	Traslado transfronterizo del domicilio social de una Sociedad Europea o de una Sociedad Cooperativa Europea	485
4.6.1.	Elementos definidores	485
4.6.2.	La exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE de las operaciones de traslado transfronterizo del domicilio social de las formas societarias nacionales de los Estados miembros	488
5.	Análisis de algunos elementos comunes en la definición de varias de las operaciones de reorganización empresarial cubiertas por el ámbito de aplicación objetivo de la Directiva 2009/133/CE.....	496
5.1.	La necesidad de que la aportación de activos o la entrega de títulos tenga como contrapartida la entrega de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria o adquirente.....	496

5.2. Consideraciones acerca de la naturaleza de los títulos representativos del capital social entregados en contrapartida por la sociedad beneficiaria o dominante.....	501
5.3. Un apunte acerca de la compensación complementaria en efectivo prevista por la Directiva en los supuestos de fusión, escisión y canje de valores	503

CAPÍTULO VIII. MEDIDAS QUE INTEGRAN EL RÉGIMEN DE NEUTRALIDAD FISCAL CONFIGURADO POR LA DIRECTIVA 2009/133/CE

1. Tratamiento fiscal de las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial en sede de las sociedades participantes en las mismas.....	515
1.1. El diferimiento del gravamen de las plusvalías latentes puestas de manifiesto como resultado de la operación	515
1.1.1. La configuración de la regla prevista en el artículo 4.1 de la Directiva .	515
1.1.1.1. Consideraciones generales	515
1.1.1.2. La referencia a los conceptos de “valor fiscal” y “valor real”	519
1.1.2. Análisis de los requisitos que deben concurrir para que resulte de aplicación la denominada “regla de diferimiento”	521
1.1.2.1. La necesidad de que el conjunto patrimonial transmitido se encuentre efectivamente vinculado a un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria situado en el Estado miembro de la sociedad transmitente	521
1.1.2.1.1. Finalidad, implicaciones, y caracteres definidores de este requisito.	521
1.1.2.1.2. La exigencia relativa a que los elementos patrimoniales transmitidos contribuyan a la generación de bases imponibles en el Estado miembro de la sociedad transmitente.....	531
1.1.2.1.3. Consideraciones acerca de la falta de una definición del concepto de establecimiento permanente por parte de la Directiva 2009/133/CE	535
1.1.2.1.3.1. Un cambio de enfoque con respecto a la Propuesta de Directiva de 1969.....	535
1.1.2.1.3.2. La imposibilidad de extrapolar la definición del concepto de “rama de actividad” para precisar el significado del término “establecimiento permanente”	537
1.1.2.1.3.3. La interpretación del término “establecimiento permanente” realizada por el TJUE.....	539
1.1.2.1.4. Posibles alternativas a la hora de precisar el alcance del concepto de “establecimiento permanente”	542
1.1.2.1.4.1. El artículo 5 del Modelo de Convenio de la OCDE.....	542
1.1.2.1.4.2. Las Directivas 2011/96/UE y 2003/49/CE.....	544
1.1.2.1.4.3. El recurso a la definición de “establecimiento permanente” contenida en los CDI o en la legislación doméstica de los Estados miembros.....	548

1.1.2.1.5. La compatibilidad de este requisito con el Derecho Primario de la UE.....	553
1.1.2.2. La continuidad en el cálculo de las amortizaciones, así como de las posibles plusvalías/minusvalías relativas a los elementos patrimoniales transmitidos	555
1.2. La insuficiencia de las reglas de valoración contenidas en la Directiva 2009/133/CE.....	563
1.2.1. Operaciones de aportación de activos	563
1.2.2. Operaciones de canje de valores.....	570
1.3. La transmisión de provisiones o reservas constituidas en sede de la sociedad transmitente.....	578
1.4. El aprovechamiento de las pérdidas no compensadas a efectos fiscales existentes en sede de la sociedad transmitente	583
1.4.1. La posibilidad de compensación por parte del establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria localizado en el territorio de la sociedad transmitente.....	583
1.4.2. La extensión de la regla de compensación de pérdidas al Estado miembro de la sociedad beneficiaria	594
1.5. Una aproximación a la problemática particular que presentan las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial entre sociedades participadas.....	607
1.5.1. Participación de la sociedad beneficiaria en el capital social de la sociedad transmitente	607
1.5.2. Participación de la sociedad transmitente en el capital social de la sociedad beneficiaria.....	616
2. Tratamiento fiscal de la renta de los socios de la sociedad transmitente o dominada en las operaciones de fusión, escisión, escisión parcial y canje de valores..	618
2.1. El diferimiento del gravamen de las plusvalías latentes puestas de manifiesto como resultado de la operación	618
2.2. El principio de conservación del valor fiscal como <i>conditio sine qua non</i> para la aplicación de la regla de diferimiento	624
2.3. La facultad de los Estados miembros para gravar el beneficio derivado de la transmisión de los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria o dominante	627
3. El traslado transfronterizo de la sede social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea	637
3.1. La aplicación de los requisitos contemplados en el artículo 3 de la Directiva a las formas societarias europeas.....	637
3.2. La extensión del régimen de neutralidad fiscal a estas operaciones.....	640
4. La transparencia fiscal en el ámbito de la Directiva 2009/133/CE	648
4.1. Consideraciones generales	648
4.2. Implicaciones derivadas de la consideración de la sociedad transmitente o dominada como transparente a efectos fiscales	651

4.2.1. La aplicación de la regla de diferimiento en sede de los socios de la sociedad transmitente o dominada no residente de naturaleza híbrida	651
4.2.2. La “cláusula de escape” prevista en el artículo 11.1 de la Directiva 2009/133/CE.....	655
4.3. La aplicación de la regla de diferimiento en sede de las personas que ostentan un interés en los socios de la sociedad transmitente o dominada considerados como transparentes a efectos fiscales	658
4.4. Implicaciones derivadas de la consideración de la sociedad beneficiaria o dominante como transparente a efectos fiscales	662
5. El caso particular de la transmisión de un establecimiento permanente localizado en otro Estado miembro.....	666
5.1. La renuncia del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente a sus derechos de gravamen sobre el establecimiento permanente y la asunción de su rol a efectos de la Directiva por parte del Estado miembro donde se encuentra situado dicho establecimiento permanente	667
5.2. La facultad del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente para gravar las pérdidas procedentes del establecimiento permanente que se hubiesen deducido de la base imponible de dicha sociedad en su territorio	672
5.3. El caso particular de la “filialización” de un establecimiento permanente de la sociedad transmitente.....	679
5.4. La excepción a la regla general: la posibilidad del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente de gravar la operación	682
5.5. Un apunte acerca de la transmisión de una filial en el marco de operaciones transfronterizas de reorganización empresarial cubiertas por la Directiva.....	687
CAPÍTULO IX. LÍMITES A LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE NEUTRALIDAD FISCAL: LA CLÁUSULA ANTI-ABUSO CONTEMPLADA EN EL ARTÍCULO 15 DE LA DIRECTIVA 2009/133/CE.....	691
1. Introducción.....	691
2. La modalidad prevista en el artículo 15.1.a) de la Directiva: contextualización, elementos definidores, y delimitación de su perímetro de aplicación a la luz de la jurisprudencia del TJUE	694
2.1. Consideraciones generales	694
2.2. El objetivo principal o uno de los principales objetivos de la operación de reorganización empresarial es el fraude o la evasión fiscal	705
2.2.1. Sobre la ausencia de una definición de los conceptos de fraude y evasión fiscal a los que hace referencia el artículo 15 de la Directiva	705
2.2.2. Sobre la referencia a la necesidad de que el principal objetivo o uno de los principales objetivos de la operación sea el fraude o la evasión fiscal	714
2.3. La falta de motivos económicos válidos como presunción de fraude o evasión fiscal.....	718

2.4. La necesidad de llevar a cabo un análisis caso por caso de la operación de reorganización empresarial en cuestión	733
2.5. La observancia o cumplimiento del Derecho Primario de la UE.....	741
2.6. El uso de las operaciones de reorganización empresarial con el fin de eludir el pago de un impuesto no cubierto por el ámbito de aplicación de la Directiva	744
2.7. El sometimiento de la aplicación de las disposiciones contenidas en la Directiva 2009/133/CE a un procedimiento de autorización previa por parte de las autoridades tributarias domésticas	750
2.8. La posibilidad de que los Estados miembros puedan imponer sanciones derivadas de la denegación de la aplicación del régimen de neutralidad fiscal.....	761
3. La modalidad prevista en el artículo 15.1 apartado b) de la Directiva 2009/133/CE	766
3.1. Finalidad y estructura.....	766
3.2. Límites a la aplicación de esta modalidad de cláusula anti-abuso: la excepción prevista en el artículo 15.2 de la Directiva	769
3.3. Reflexiones finales.....	771
CONCLUSIONES	773
CONCLUSIONS.....	815
BIBLIOGRAFIA	857

ABREVIATURAS

AA.VV	= Autores varios
AEEE	= Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo
AEIE	= Agrupación Europea de Interés Económico
AELC	= Asociación Europea de Libre Comercio
AN	= Audiencia Nacional
AUE	= Acta Única Europea
CECA	= Comunidad Económica del Carbón y del Acero
CEE	= Comunidad Económica Europea
CESE	= Comité Económico y Social Europeo
CGI	= Code Général des Impôts
DGI	= Direction Générale des Impôts
DGRN	= Dirección General de los Registros y del Notariado
DGT	= Dirección General de Tributos
DOCE	= Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOUE	= Diario Oficial de la Unión Europea
EEE	= Espacio Económico Europeo
IBFD	= International Bureau of Fiscal Documentation
JOAN	= Journal Officiel de l'Assemblée Nationale
LME	= Ley de Modificaciones Estructurales
MCOCDE	= Modelo de Convenio de la OCDE
OCDE	= Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OPA	= Oferta Pública de Adquisición
PYMES	= Pequeñas y Medianas Empresas
RIS	= Reglamento del Impuesto de Sociedades
RRM	= Reglamento del Registro Mercantil

SCE	= Sociedad Cooperativa Europea
SDA	= Service des Décisions Anticipées
SE	= Sociedad Europea
STJUE	= Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TCE	= Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TCEE	= Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea
TEAC	= Tribunal Económico Administrativo Central
TFUE	= Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJCE	= Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	= Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLIS	= Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades
TRLSA	= Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas
TGUE	= Tribunal General de la Unión Europea
TUE	= Tratado de la Unión Europea
UE	= Unión Europea

INTRODUCCIÓN

Desde la firma del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea en 1957, quedaron sentadas las bases para la construcción de un mercado común europeo cuya efectiva implantación y correcto funcionamiento requería, entre otras cuestiones, garantizar las Libertades Fundamentales y eliminar los obstáculos a la actividad transfronteriza de las empresas de los diferentes Estados miembros. Ciertamente, los cambios derivados de la creación un mercado común a menudo determinaban la necesidad de acometer procesos de reorganización empresarial de carácter doméstico, pero también de naturaleza transfronteriza, orientados principalmente a incrementar el tamaño de las empresas, así como a adaptar sus estructuras productivas y organizacionales a las exigencias del nuevo escenario que ante ellas se planteaba, ya fuera con la intención de acceder a otros mercados dentro del ámbito comunitario, o simplemente para defender la posición que ostentaban el mercado nacional (tradicionalmente protegido con diversas barreras de entrada) frente a empresas competidoras de otros Estados miembros e incluso de países terceros como Estados Unidos o Japón.

Sin embargo, a comienzos de la década de los sesenta, las disposiciones contenidas en las legislaciones nacionales de los Estados miembros y aplicables a estas operaciones, tanto en materia de Derecho societario como en el plano del Derecho tributario, estaban concebidas desde una óptica puramente interna, investidas de un cierto carácter proteccionista y, en muchas ocasiones, resultaban discriminatorias, lo que se traducía en que, con carácter general, la realización de operaciones transfronterizas de reorganización empresarial constituyese una misión casi imposible o, cuanto menos, estuviese sometida a restricciones que la hacían muy gravosa para las partes implicadas en la misma.

De este modo, y desde la perspectiva del Derecho societario, cabría señalar como, a nivel interno, la mayoría de operaciones de reorganización empresarial podían llevarse a cabo sin mayores complicaciones sobre la base de la legislación doméstica del Estado miembro en cuestión, si bien existían importantes divergencias a la hora de su regulación por parte de los diferentes Estados. Sin embargo, en el plano transfronterizo, la posibilidad de llevar a cabo operaciones de fusión o escisión quedaba supeditada, por una parte, a que los Estados miembros contemplasen en sus respectivos ordenamientos nacionales disposiciones tendentes a permitir la realización de estas operaciones y, por otra parte, a la superación de toda la problemática derivada de la interacción de las normas materiales y de conflicto de leyes de los Estados miembros involucrados en la operación. De este modo, la propia realidad práctica fue dejando en evidencia que la regulación de estas operaciones a través de normas internas unida al empleo de las diversas técnicas de solución de los conflictos de leyes propias del Derecho

Internacional Privado no constituía una solución adecuada y susceptible de perpetuarse en el tiempo en el contexto de la Unión Europea.

Por ello, se puso en marcha un intenso proceso de armonización en el ámbito del Derecho societario que cristalizaría en, una primera etapa, la adopción de normas tales como las Directivas 78/855/CEE¹ y 82/891/CEE² que se proyectaban, respectivamente, sobre las operaciones de fusión y escisión de sociedades anónimas realizadas en el ámbito estrictamente doméstico. No obstante, y por lo que respecta a las operaciones de fusión transfronteriza, habría que esperar hasta comienzos del nuevo milenio para que viese la luz la Directiva 2005/56/CE³, la cual, más allá de establecer un concepto “europeo” de este tipo de operaciones (tomado a su vez de la Directiva 78/855/CEE), configuró un régimen jurídico orientado a permitir que las sociedades de capital de los diferentes Estados miembros pudieran llevarlas a cabo en adecuadas condiciones de seguridad jurídica a la vez que trataba de garantizar la protección de los derechos de los socios minoritarios, acreedores, y trabajadores.

De hecho, hasta ese momento, la única vía para acometer una operación de fusión transfronteriza dotada de un cierto nivel de garantías jurídicas para las sociedades participantes y para los principales colectivos afectados por la misma consistía en su instrumentalización a través de la figura de la *Societas Europaea* regulada por el Reglamento (CE) n° 2157/2001⁴ donde se contemplaba la posibilidad de crear una Sociedad Europea a través de la fusión de sociedades anónimas de diferentes Estados miembros. Sin embargo, el “restrictivo” régimen jurídico previsto por el Reglamento (CE) n° 2157/2001 para esta forma societaria de naturaleza europea (y, en particular, por lo que respecta a la modalidad de constitución por fusión), así como los problemas e incertidumbres asociados al mismo, entre los que podría destacarse la imposibilidad de que las PYMEs, constituidas en su mayoría bajo la forma de sociedad limitada, pudiesen participar en la creación de una Sociedad Europea por fusión, determinaban que, desde la óptica del Derecho europeo, no nos encontrábamos ante una opción satisfactoria a largo plazo para llevar a cabo estas operaciones.

Más recientemente, la Directiva 2019/2121/UE⁵ ha extendido el proceso de armonización en el plano del Derecho societario europeo a las operaciones de escisión y transformación transfronteriza de sociedades de capital de los diferentes Estados

¹ Tercera Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las fusiones de las sociedades anónimas. (DOCE n° L 295, de 20 de octubre de 1978, p.36).

² Sexta Directiva 82/891/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1982, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y referente a la escisión de sociedades anónimas (DOCE n° L 378, de 31 de diciembre de 1982, p.47).

³ Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005 relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital (DOUE n° L 310, de 25 de noviembre de 2005, p.1).

⁴ Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001 por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (DOCE n° L 294, de 10 de noviembre de 2001, p.1).

⁵ Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas (DOUE n° L 321, de 12 de diciembre de 2019, p.1).

miembros, estableciendo un régimen jurídico-procedimental armonizado que permite llevarlas a cabo en adecuadas condiciones de seguridad jurídica y protección de los intereses de los principales colectivos afectados por las mismas. A este respecto, cabría señalar como, si bien la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya había sentado las bases para posibilitar su realización al amparo de la libertad de establecimiento, lo cierto es que no resultaba suficiente para eliminar los obstáculos jurídicos que afectaban a dichas operaciones. De hecho, y por lo que respecta al traslado intra-europeo de la sede social con mantenimiento de la personalidad jurídica, únicamente la Sociedad Europea y Sociedad Cooperativa Europea podían llevar a cabo estas operaciones en un contexto de seguridad jurídica sobre la base de las disposiciones contenidas en los Reglamentos (CE) n° 2157/2001 y 1435/2003⁶; de ahí la importancia de la armonización de la operación de transformación transfronteriza como mecanismo a través del cual las sociedades constituidas con arreglo al ordenamiento de un Estado miembro pueden llevar a cabo el traslado de su sede social a otro Estado miembro mediante su conversión en una forma jurídica propia de dicho Estado miembro, sin que esto determine la disolución y liquidación de la sociedad en su Estado miembro de origen.

Por otra parte, y desde el punto de vista estrictamente fiscal, las operaciones de reorganización empresarial (fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones) se enfrentaban a numerosos obstáculos en el plano de la imposición directa (que por su importancia en términos cuantitativos destacaban sobre los existentes en el ámbito de la imposición indirecta), tanto en sede de la sociedad transmitente y de sus socios, como en sede de la sociedad beneficiaria, especialmente aquéllas que suponían la disolución de la sociedad transmitente (fusiones y escisiones totales). En este sentido, el gravamen inmediato de las plusvalías latentes puestas de manifiesto como resultado de la operación se configuraba como el principal problema que presentaban estas operaciones, tanto a nivel interno como en el plano transfronterizo, al determinar el surgimiento de un importante coste fiscal que, al impactar directamente sobre la posición financiera de la sociedad transmitente y de sus socios, podía frustrar su realización efectiva aun cuando éstas resultasen viables (y deseables) desde una perspectiva económica y/o comercial.

A este respecto, cabría señalar como, ya en década de los sesenta, todos los Estados miembros contemplaban en sus respectivas legislaciones tributarias domésticas medidas o regímenes fiscales especiales en el ámbito de la imposición directa cuya finalidad estaba orientada fundamentalmente, bien a disminuir el coste asociado a las operaciones de fusión de naturaleza doméstica (sistemas de tipo reducido o de fraccionamiento del pago) o bien a garantizar su neutralidad fiscal (sistema de diferimiento), y que, en algunos casos (p.ej. Alemania, Francia, o Países Bajos), resultaban extensibles a otras operaciones domésticas de reorganización empresarial tales como escisiones, aportaciones de activos o canjes de acciones. Sin embargo,

⁶ Reglamento (CE) n° 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (DOUE n° 207, de 18 de agosto de 2003, p.1).

inspirados por un cierto temor a perder o ver enormemente dificultada la posibilidad de gravar las rentas o plusvalías generadas en su territorio, eran minoría los Estados miembros que extendían la aplicación de sus medidas o regímenes fiscales especiales a supuestos transfronterizos, lo que situaba a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizadas de naturaleza intra-comunitaria en una situación de desventaja frente a sus homólogas llevadas a cabo en el ámbito interno.

Asimismo, no debe perderse de vista que, incluso en aquellos supuestos en los que los Estados miembros contemplaban en sus respectivos ordenamientos internos la posibilidad de extender, con matices y sujeto al cumplimiento de una serie de requisitos, el régimen fiscal especial previsto para determinadas operaciones de reorganización empresarial de naturaleza doméstica al plano transfronterizo, lo cierto es que, en ausencia de un régimen fiscal común aplicable a estas operaciones, el importante grado de heterogeneidad existente entre los mismos seguía constituyendo un obstáculo a su realización efectiva.

En este contexto, pronto quedó de manifiesto la necesidad de llevar a cabo un proceso de aproximación de las legislaciones fiscales de los Estados miembros en esta materia que desembocase en la adopción de un instrumento normativo de naturaleza comunitaria que eliminase los posibles obstáculos, restricciones o distorsiones que en el ámbito de la imposición directa afectaban negativamente a la realización de las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial y contribuyese de este modo al correcto funcionamiento del mercado común así como al incremento de los niveles de productividad y competitividad de las empresas europeas en el plano internacional.

De este modo, y tras más de veinte años de negociaciones, vio la luz la Directiva 90/434/CEE⁷, con el objetivo de implantar un régimen fiscal común aplicable las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos y canje de acciones llevadas a cabo entre sociedades de diferentes Estados miembros que, superando las dificultades que suponía la extensión al plano transfronterizo de los regímenes fiscales implementados por Estados miembros para este tipo de operaciones en el ámbito interno, garantizase su neutralidad fiscal, tanto desde la óptica de las sociedades participantes como desde la perspectiva de sus socios (eliminando el elevado coste que suponía el gravamen inmediato de las plusvalías puestas de manifiesto en el momento de su realización a través de la configuración de un sistema de diferimiento), sin que de ello se derivase un perjuicio para los derechos impositivos de los Estados miembros.

La adhesión de nuevos Estados miembros a la Unión Europea con posterioridad a la aprobación de la Directiva 90/434/CEE ha determinado la necesidad de modificar en diversas ocasiones su contenido, si bien los cambios de mayor calado fueron

⁷ Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros (DOCE n° L 225, de 20 de agosto de 1990).

introducidos a través de la Directiva 2005/19/CE⁸ por cuanto supuso, no sólo la ampliación de su ámbito de aplicación subjetivo (incorporando a la Sociedad Europea, a la Sociedad Cooperativa Europea, y a otras formas societarias nacionales de los nuevos Estados miembros o de los ya existentes pero que por su naturaleza fueron excluidas en un primer momento, tales como sociedades cooperativas, mutuas de seguros, cajas de ahorros, fondos de inversión o determinadas sociedades civiles) y objetivo (incorporando las operaciones de escisión parcial o el traslado transfronterizo del domicilio social de la Sociedad Europea o la Sociedad Cooperativa Europea), sino también la introducción de nuevas disposiciones que buscaban integrar determinadas “lagunas” existentes en su articulado (p.ej. en relación con las entidades híbridas), así como clarificar alguno de sus preceptos ya existentes (p.ej. la definición de canje de acciones, o la cobertura de las operaciones de “filialización”). Por ello, en el año 2009, y al objeto facilitar su aplicación por parte de los agentes económicos, se procedió a su codificación a través de la Directiva 2009/133/CE⁹.

Sin embargo, y a pesar de su importancia, el paso del tiempo ha ido poniendo de manifiesto la existencia de ciertas cuestiones controvertidas vinculadas al régimen fiscal configurado por la Directiva 2009/133/CE, tanto desde el punto de vista de la propia norma de Derecho de la Unión Europea, como en relación con la transposición de su contenido a nivel interno efectuada por los distintos Estados miembros, muchos de los cuales han diseñado sus regímenes fiscales aplicables a las operaciones de reorganización empresarial de naturaleza estrictamente doméstica a imagen y semejanza de lo establecido en la Directiva.

A este respecto, no puede perderse de vista que la Directiva 2009/133/CE no es ajena a elementos tales como: i) la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de impuestos de salida, compensación de pérdidas transfronterizas, o aplicación del principio general de prohibición de abuso del Derecho; ii) la aprobación de otras normas de Derecho de la Unión Europea en materia de imposición directa y, en particular, la Directiva 2016/1164/UE¹⁰ (especialmente por lo que respecta a la cláusula general anti-abuso prevista en su artículo 6 y a las disposiciones en materia de imposición de salida contenidas en su artículo 5); o iii) los avances del proceso de armonización de las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial en el plano del Derecho societario europeo, plasmado en la reciente Directiva 2019/2121/UE.

⁸ Directiva 2005/19/CE del Consejo, de 17 de febrero de 2005, 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 realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros (DOUE n° L 58, de 4 de marzo de 2005, p.19).

⁹ Directiva 2009/133/CE, de 19 de octubre de 2009 relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro (DOUE n° L 310, de 25 de noviembre de 2009, p.34).

¹⁰ Directiva 2016/1164/UE del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior (DOUE n° L 193, de 19 de julio de 2016, p.1).

Por ello, el objetivo fundamental de esta tesis doctoral pivota sobre el estudio del régimen de neutralidad fiscal configurado por la Directiva 2009/133/CE con el fin de valorar en el contexto actual su adecuación como instrumento para eliminar los obstáculos fiscales que afectaban negativamente a la realización de las operaciones intra-europeas de reorganización empresarial cubiertas por su ámbito de aplicación. Asimismo, integrados dentro de este objetivo general y estrechamente vinculados a la consecución del mismo, podrían identificarse los siguientes objetivos específicos:

- Análisis del proceso de armonización del Derecho societario europeo en el ámbito de las operaciones de reorganización empresarial y su interrelación con la Directiva 2009/133/CE.
- Examen de los fundamentos del proceso de armonización en el ámbito de la fiscalidad directa, así como del contexto en el que surge la Directiva 90/434/CEE, partiendo de la Propuesta de 1969 hasta su codificación final por parte de la Directiva 2009/133/CE.
- Estudio de las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE, al objeto de poner de manifiesto sus limitaciones y cuestiones problemáticas, así como identificar aquellos aspectos en los que todavía existe un margen de mejora, proponiendo en su caso las soluciones pertinentes.
- Análisis del impacto de la jurisprudencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como de la aprobación de otras normas europeas en materia de fiscalidad directa sobre la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Directiva Fiscal de Fusiones.

Para la consecución de los citados objetivos emplearemos una metodología de naturaleza cualitativa basada fundamentalmente en el estudio valorativo de las normas pertinentes del Derecho de la Unión Europea y, en su caso, de las legislaciones fiscales domésticas de los Estados miembros, de la jurisprudencia relevante del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como de la literatura científica existente en la materia, tanto a nivel europeo, como a nivel nacional. A nuestro juicio, la realización de este trabajo de investigación requiere la adopción de un enfoque de naturaleza eminentemente europeo que, partiendo del análisis de las disposiciones contenidas en la Directiva 2009/133/CE, se proyecte horizontalmente sobre otras normas de Derecho de la Unión Europea vinculadas a la citada Directiva (tanto en el plano del Derecho tributario como en el ámbito del Derecho societario), así como sobre la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en aquellas materias que se encuentren íntimamente ligadas al contenido de sus disposiciones. Todo ello, sin perjuicio de que, en determinadas ocasiones, resulte necesario descender al ámbito de los ordenamientos domésticos de los Estados miembros con el fin de analizar posibles aspectos problemáticos vinculados a la implementación de la Directiva 2009/133/CE en sus respectivos Derechos nacionales. Esta memoria de investigación, sin embargo, no aborda, por razones metodológicas y materiales, las conexiones que existen entre la normativa europea que trata de eliminar los obstáculos a las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial con uno de los puntales del Derecho de la UE que tiene

como principal objetivo la libre competencia y limita las operaciones de concentración empresarial que distorsionan de forma relevante tal principio y el buen funcionamiento del mercado interior.

A la luz de lo anteriormente expuesto, hemos estructurado la presente memoria de investigación doctoral en torno a nueve capítulos, de los cuales los tres primeros podrían encuadrarse dentro del ámbito del Derecho societario, mientras que los seis restantes presentan un contenido de naturaleza estrictamente tributaria.

Así, en el Capítulo I, se analizarán los inicios del proceso de armonización en el plano del Derecho societario europeo sobre la base de la necesidad de garantizar la libertad de establecimiento prevista en el Tratado, así como su extensión por parte de las Directivas 78/855/CEE y 82/891/CEE al ámbito de las operaciones de fusión y escisión de carácter interno llevadas a cabo por sociedades anónimas, prestando una especial atención al contenido de las citadas normas comunitarias.

En el Capítulo II, centrado fundamentalmente en la extensión del proceso de armonización en el ámbito del Derecho societario europeo a las operaciones de fusión entre sociedades de diferentes Estados miembros, se estudian los obstáculos a los que debían hacer frente estas operaciones, el papel de la Sociedad Anónima Europea como instrumento al servicio de las fusiones transfronterizas así como de las operaciones de traslado transfronterizo de la sede social, la importancia de la doctrina derivada de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *SEVIC*¹¹, y, muy especialmente, el régimen jurídico configurado por la Directiva 2005/56/CE (actualmente codificada en la Directiva 2017/1132/UE¹²).

En el Capítulo III se analizan con especial detenimiento los problemas que desde el punto de vista jurídico planteaba la realización en el ámbito comunitario de las operaciones de traslado transfronterizo de la sede social por parte de sociedades nacionales de los distintos Estados miembros, el impacto de la jurisprudencia del TJUE en materia de libertad de establecimiento sobre la posibilidad de llevar a cabo estas operaciones así como sus limitaciones, o la configuración por parte de la Directiva 2019/2121/UE de un régimen jurídico-procedimental armonizado aplicable a las operaciones de transformación transfronteriza con el fin de articular un mecanismo a través del cual las sociedades nacionales pudiesen trasladar su sede social de un Estado miembro a otro en adecuadas condiciones de seguridad jurídica y protección de los principales colectivos afectados por la misma. Asimismo, también se lleva a cabo una reflexión acerca del incremento de la competencia normativa entre Estados miembros y entre las formas societarias nacionales y las formas societarias europeas como resultado de la extensión del proceso de armonización a estas operaciones. Por otra parte, también se aborda la problemática jurídica que presentaban las escisiones transfronterizas y su

¹¹ STJUE de 13 de diciembre de 2005, asunto C-411/03, *SEVIC Systems AG*.

¹² Directiva 2017/1132/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (DOUE n° L 169, de 30 de junio de 2017, p.46).

incorporación al proceso de armonización del Derecho en virtud de la reforma operada en la Directiva 2017/1132/UE por parte de la Directiva 2019/2121/UE.

En el Capítulo IV se examina, por una parte, la necesidad de acometer un proceso de aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de fiscalidad directa al objeto de garantizar las Libertades Fundamentales y el correcto funcionamiento del mercado interior, reflexionando acerca de los obstáculos que se planteaban al mismo, y, por otra parte, los primeros pasos que se fueron dando en este proceso desde la elaboración en 1962 del denominado “Informe Neumark” hasta 1990, año en el que se consumó el cambio de enfoque de la Comisión Europea acerca del modo en que debía llevarse a cabo el proceso de armonización en el ámbito de la fiscalidad empresarial, plasmado en la retirada de aquellas Propuestas de Directiva que apostaban por una profunda armonización de los sistemas fiscales de los Estados miembros (p.ej. la Propuesta de Directiva de 1975 relativa a la armonización de los sistemas del impuesto de sociedades y de los regímenes de retención en la fuente sobre dividendos¹³, retirada ese mismo año, o la Propuesta de Directiva de 1984 relativa a la armonización del régimen fiscal de la compensación de pérdidas¹⁴, abandonada en 1996), así como en la adopción de normas europeas que optaban por una aproximación más limitada, tanto por su intensidad como por su amplitud, de los ordenamientos nacionales de los Estados miembros (p.ej. la Directiva 90/434/CEE o la Directiva 90/435/CEE¹⁵).

El Capítulo V se centra primeramente en el estudio de los principales obstáculos que, desde la óptica de la fiscalidad directa, afectaban a las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial tanto en sede de las sociedades participantes en las mismas como en sede de sus socios, para a continuación abordar la génesis del proceso de creación de un régimen de neutralidad fiscal aplicable a estas operaciones, desde sus orígenes hasta la codificación operada por la Directiva 2009/133/CE, pasando por la Propuesta de Directiva de 1969¹⁶, la aprobación de la Directiva 90/434/CEE, o la reforma llevada a cabo por la Directiva 2015/19/CE. Por otra parte, también se hará referencia a la problemática fiscal que se plantea en el ámbito de aquellos impuestos no contemplados por el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE.

En el Capítulo VI se lleva a cabo un análisis del ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 2009/133/CE, profundizando en los requisitos que deben cumplir las sociedades participantes en las operaciones de reorganización empresarial cubiertas por dicha norma de Derecho europeo con el fin de identificar aquellos aspectos problemáticos o controvertidos. Asimismo, también se ponen de manifiesto las

¹³ DOCE n° C 253, de 5 de noviembre de 1975, p.2.

¹⁴ DOCE n° C 253, de 20 de septiembre de 1984, p.5.

¹⁵ Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados Miembros diferentes (DOCE n° L 225, de 20 de agosto de 1990, p.6).

¹⁶ DOCE n° C 39, de 22 de marzo de 1969, p.1.

implicaciones derivadas de la no exigencia de requisito alguno por parte de la Directiva en relación con los socios de las sociedades participantes en dichas operaciones.

El Capítulo VII está centrado en el estudio del ámbito de aplicación objetivo de la Directiva 2009/133/CE. De este modo, y aun cuando el ámbito de aplicación natural de la citada norma se proyecta sobre operaciones de naturaleza intra-europea, se analizan cuestiones tales como la extensión de su ámbito de aplicación a reorganizaciones empresariales estrictamente domésticas por parte de los Estados miembros, o su posible aplicación en el ámbito del Espacio Económico Europeo. En cualquier caso, el eje central de este capítulo lo constituye el estudio de las diferentes operaciones cubiertas por el ámbito de aplicación de la Directiva de forma tal que, partiendo del carácter autónomo de sus definiciones, se examinan sus principales caracteres definidores, así como los problemas interpretativos que se plantean en torno a las mismas. En relación con esta cuestión, se estudia con particular detalle el concepto de rama de actividad al configurarse como un elemento clave en relación con las operaciones de escisión parcial y aportación de activos. Asimismo, también se analiza la exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva de las operaciones de traslado transfronterizo de la sede social llevadas a cabo por sociedades nacionales de los diferentes Estado miembros, cuestión relevante no sólo por las implicaciones que en este contexto también despliega la Directiva 2016/1164/UE sino por su incorporación al proceso de armonización del Derecho societario europeo como resultado de la aprobación de la Directiva 2019/2121/UE.

En el Capítulo VIII se lleva a cabo un análisis exhaustivo de las medidas que integran el régimen de neutralidad fiscal configurado por la Directiva 2009/133/CE. De este modo, se estudia en primer el tratamiento fiscal de las operaciones de reorganización empresarial cubiertas por su ámbito de aplicación en sede de las sociedades participantes en las mismas, profundizando en cuestiones tales como: i) la regla del diferimiento del gravamen de las plusvalías puestas como manifiesto como resultado de la operación y los requisitos necesarios para su aplicación (con especial atención a la problemática que plantea la ausencia de una definición de establecimiento permanente en el articulado de la Directiva o la derivada de la insuficiencia de las reglas de valoración contenidas en la misma); ii) la regla relativa al aprovechamiento fiscal de las pérdidas existentes en sede de la sociedad transmitente por parte del establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria localizado en el Estado miembro de la sociedad transmitente, así como la posibilidad de su extensión al Estado miembro de la sociedad beneficiaria; o iii) la problemática particular que plantean aquellas operaciones de reorganización empresarial en las que la sociedad beneficiaria ostenta una participación en el capital social de la sociedad transmitente. En segundo lugar, se estudia el tratamiento fiscal de los socios de la sociedad transmitente o dominada, analizando la regla de diferimiento y los requisitos para su aplicación, así como la facultad del Estado miembro que otorgó el diferimiento para gravar las plusvalías derivadas de la ulterior transmisión de los títulos de la sociedad beneficiaria o dominante recibidos en contrapartida, prestando una especial atención a la problemática que puede plantearse

cuando dicho Estado ya no ostenta facultades impositivas sobre dichas plusvalías. En tercer lugar, se aborda de forma separada el estudio de las disposiciones de la Directiva en materia de transparencia y las implicaciones que para la aplicación del régimen de neutralidad fiscal tiene que la sociedad transmitente o dominada, la sociedad beneficiaria o dominante, o bien los socios de la sociedad transmitente o dominada sean considerados como transparentes a efectos fiscales. Por último, y habida cuenta de su particularidad, se abordan las reglas específicas que operan en aquellos supuestos en los que entre el conjunto patrimonial transmitido figura un establecimiento permanente de la sociedad transmitente localizado en el territorio de otro Estado miembro (incluyendo el de la propia sociedad beneficiaria).

Finalmente, en el Capítulo IX se aborda el estudio de la cláusula anti-abuso contemplada en el artículo 15.1 de la Directiva 2009/133/CE. En concreto, y por lo que respecta a la modalidad prevista en el apartado a) del citado precepto, se analizan los fundamentos sobre los que se construye, sus elementos definidores, la delimitación de su perímetro de aplicación a la luz de la jurisprudencia del TJUE, o la interrelación con las cláusulas anti-abuso previstas en otras normas de Derecho de la Unión Europea. También se analiza la modalidad prevista en el apartado b) del citado precepto, en particular, su finalidad, estructura, así como la excepción a su aplicación prevista en el artículo 15.2 de la Directiva.

CAPÍTULO I. LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y ARMONIZACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO EUROPEO: LOS PRIMEROS PASOS

1. La necesidad de garantizar la libertad de establecimiento prevista en el Tratado como base del proceso de armonización del Derecho societario europeo

Como es sabido, el Capítulo segundo, del Título IV, de la Tercera Parte del TFUE hace referencia al derecho de establecimiento, a saber, una de las cuatro Libertades Fundamentales cuya garantía constituye uno de los ejes vertebradores de la Unión Europea, y más en concreto, del buen funcionamiento del mercado interior al que se refiere el artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea y el artículo 26 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹⁷. Una lectura del citado Capítulo del TFUE enseña que nos sitúa sobre la pista de que el objetivo perseguido por el Tratado consiste esencialmente en eliminar de forma progresiva las posibles restricciones existentes¹⁸ a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro¹⁹, incluso aquéllas de escaso alcance o poca importancia²⁰. En concreto, el Tratado circunscribe la dimensión objetiva de la libertad de establecimiento, por una parte, al “acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del Capítulo relativo a los capitales”²¹; y, por otra, a “la apertura de

¹⁷ En concreto, el tenor literal del artículo 26.2 del TFUE, cuyo origen se sitúa en el artículo 13 del Acta Única Europea (DOCE nº L 169, de 29 de junio de 1987, p.1), establece que “el mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados”. Sobre la importancia de la libertad de establecimiento para la construcción del mercado único, *vid.*, entre otros, CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2003, pp.87-200.

¹⁸ Originariamente, el artículo 53 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea contemplaba específicamente la prohibición para los Estados miembros de introducir nuevas restricciones a la libertad de establecimiento, si bien esta obligación ya no figura en el TFUE por resultar totalmente innecesaria.

¹⁹ *Vid.* artículo 49 del TFUE, párrafo primero; y, en el mismo sentido, artículo 50.2 del TFUE, apartado c). A este respecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha apuntado que el concepto de restricciones a la libertad de establecimiento permite dar cobertura a “todas las medidas que prohíban, obstaculicen o hagan menos interesante el ejercicio de dicha libertad” (*vid.* SSTJUE de 6 de diciembre de 2007, asunto C-298/05, *Columbus Container Services BVBA & Co. v. Finanzamt Bielefeld-Innenstadt*, ap.34; de 5 de octubre de 2004, asunto C-442/02, *CaixaBank France v. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, ap.11; o de 17 de octubre de 2002, asunto C-79/01, *Payroll Data Services (Italy) Srl y ADP Europe SA v. ADP GSI SA*, ap.26).

²⁰ En este sentido, *vid.* SSTJUE de 14 de diciembre de 2006, asunto C-170/05, *Denkavit Internationaal BV y Denkavit France SARL v. Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, ap.50; o de 11 de marzo de 2004, asunto C-9/02, *Lasteyrie du Saillant v. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, ap.43.

²¹ *Vid.* artículo 49 del TFUE, párrafo segundo.

agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro”²².

A este respecto, debe tenerse presente que, tal y cómo ha apuntado el TJUE, el concepto de establecimiento “protegido” por el Tratado es muy amplio e implica la posibilidad de que un nacional de un Estado miembro participe, de forma estable y continua, en la vida económica de otro Estado miembro y se beneficie de ello²³. De hecho, a la luz de algún pronunciamiento del TJUE, parece que las formas de establecimiento secundario contempladas en el párrafo primero del artículo 49 del TFUE (agencias, sucursales o filiales) no deben ser contempladas como una lista cerrada o *numerus clausus*, sino que las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento podrían dar cobertura a otras fórmulas a través de las cuales los nacionales de un Estado miembro articulen una “presencia permanente” en el territorio de otro Estado miembro²⁴. Por otra parte, cabría apuntar cómo las reglas establecidas en los artículos 49 y 54 del TFUE se proyectan, no sólo sobre las medidas nacionales que permiten el acceso a otro Estado miembro o el ejercicio en su territorio de la actividad económica de que se trate, sino también sobre aquellas medidas que meramente facilitan dicho acceso o el ejercicio de la actividad económica en cuestión²⁵.

Asimismo, y en relación con la dimensión subjetiva de la libertad de establecimiento, el artículo 54 del TFUE, en su párrafo primero, establece el principio de asimilación a las personas físicas nacionales de los diferentes Estados miembros de aquellas sociedades²⁶ constituidas según la legislación de un Estado miembro y cuya

²² Vid. artículo 49 del TFUE, párrafo primero; y, en el mismo sentido, artículo 50.2 del TFUE, apartado f).

²³ Vid., entre otras, las SSTJUE de 17 de septiembre de 2009, asunto C-182/08, *Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG v. Finanzamt München II*, ap.46; de 11 de octubre de 2007, asunto C-451/05, *Européenne et Luxembourgeoise d'investissements SA (ELISA) v. Directeur général des impôts y Ministère public*, ap.63; de 14 de septiembre de 2006, asunto C-386/04, *Centro di Musicologia Walter Stauffer v. Finanzamt München für Körperschaften*, ap.18; de 17 de junio de 1997, asunto C-70/95, *Sodemare SA y otros v. Regione Lombardia*, ap.24; o de 30 de noviembre de 1995, asunto C-55/94, *Reinhard Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, ap.25.

²⁴ Ésta es la idea que puede extraerse de la STJUE de 4 de diciembre de 1986, asunto C-205/84, *Comisión de las Comunidades Europeas v. República Federal de Alemania*, ap.21, donde se apunta que “conviene reconocer que una empresa de seguros de otro Estado miembro que mantenga una presencia permanente en el Estado miembro de que se trate se regirá por las disposiciones del Tratado sobre derecho de establecimiento, y ello aunque dicha presencia no haya adquirido la forma de una sucursal o agencia sino que se ejerza por medio de una simple oficina gestionada por el propio personal de la empresa o de una persona independiente pero apoderada para actuar permanentemente por cuenta de ésta como lo haría una agencia”.

²⁵ Vid. Conclusiones del Abogado General Tizzano presentadas el 7 de julio de 2005, asunto C-411/03, *SEVIC Systems AG*, aps.29-30.

²⁶ Nótese cómo frente a la versión en español del TFUE, donde los artículos 49, párrafo segundo, artículo 50.2, apartado g) y artículo 54 emplean únicamente el término “sociedad”, la versión en lengua inglesa del TFUE utiliza la expresión “*companies or firms*”, lo cual ha sido interpretado por un sector de la doctrina en el sentido de que la aplicación del artículo 54 del TFUE no da cobertura a los *partnerships* del Derecho británico carentes personalidad jurídica independiente, sin perjuicio del derecho de establecimiento que asiste a sus partícipes como personas físicas nacionales de un Estado miembro (vid. EDWARDS, V., *EC Company Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p.338; y, en un sentido similar, WYMEERSCH, E., “Centros: A landmark decision in European Company Law”, *Financial Law Institute Working Papers Series*, nº15, Universiteit Gent, 1999, p.6). Por el contrario, otros autores

sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre situada dentro de la Unión Europea²⁷, mientras que en su párrafo segundo, precisa que el concepto de “sociedad” a efectos del Tratado se circunscribe a “las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo”²⁸. Ciertamente, y cómo tendremos ocasión de comentar en posteriores epígrafes de este trabajo, el principio de asimilación entre personas físicas y jurídicas al que acabamos de hacer referencia no debe ser interpretado en un sentido estricto²⁹ habida cuenta de que las sociedades, a diferencia de las personas físicas, son entidades creadas en virtud de un ordenamiento jurídico nacional y, por tanto, sólo existen a través de la legislación doméstica que regula su constitución y funcionamiento³⁰. De hecho, podría afirmarse que el propio artículo 220 del TCEE (hoy eliminado del TFUE) no venía sino a reflejar las particularidades de las sociedades frente a las personas físicas en

entienden que la redacción del precepto resulta engañosa e incompleta, de forma tal que el párrafo primero del artículo 54 del TFUE debería comenzar del siguiente modo: “Las sociedades y otras personas jurídicas constituidas de conformidad con la legislación...”. Así, quedaría más claro su verdadero alcance, ya que dicho precepto, en realidad, permite dar cobertura tanto a entidades que tienen una personalidad jurídica propia de acuerdo con la legislación conforme a la cual se han constituido, como a los “civil or commercial partnerships” que no poseen una personalidad jurídica independiente (*vid.* GERNER-BEUERLE, C., SCHILLIG, M., “The mysteries of freedom of establishment after Cartesio”, *International & comparative law quarterly*, vol.59, nº2, 2010, p.304; y, en una línea similar, FIBBE, G.K., “The different translations of the term ‘company’ in the Merger Directive and the Parent-Subsidiary Directive: a Babylonian confusion of tongues”, *EC Tax Review*, vol.15, nº2, 2006, pp.97-99; VAN THIEL, S., *Free movement of persons and Income Tax Law: the European Court in search of principles*, IBFD, Amsterdam, 2002, p.209; LOY, O., “Le marché unique et les sociétés”, *Droit et pratique du commerce international*, vol.15, nº2, 1989, p.251). En relación con esta cuestión, conviene apuntar como la STJUE de 14 de septiembre de 2017, asunto C-646/15, *Trustees of the P Panayi Accumulation & Maintenance Settlements v. Commissioners for Her Majesty’s Revenue and Customs*, aps.24-35, reconoció que un fideicomiso (*trust*) constituido de acuerdo con la legislación de un Estado miembro, que disponga de derechos y obligaciones que le permitan actuar como tal y lleve a cabo una actividad económica efectiva (presente un fin lucrativo), estaría incluido en la cláusula de cierre prevista en el párrafo segundo del artículo 54 del TFUE y, por ende, podría invocar la libertad de establecimiento prevista en el artículo 49 del TFUE.

²⁷ En este sentido, es importante tener presente que el artículo 54 del TFUE no exige en modo alguno que la sede social, la administración central o el centro de actividad principal de la sociedad en cuestión estén situados en el mismo Estado miembro. Sobre esta cuestión, *vid.* LOUSSOUARN, Y., “Le droit d’établissement des sociétés”, *Revue trimestrielle de droit européen*, vol.26, nº 2, 1990, pp.229-230.

²⁸ No obstante la redacción del párrafo segundo del artículo 54 del TFUE en lo relativo a la exclusión del concepto de sociedad de aquéllas entidades que no persigan fines lucrativos, conviene apuntar que en la STJUE de 14 de septiembre de 2006, asunto C-386/04, *Centro di Musicologia Walter Stauffer v. Finanzamt München für Körperschaften*, el hecho de que la protagonista fuese una fundación constituida de acuerdo con el Derecho italiano que perseguía objetivos exclusivamente culturales y no tenía fines lucrativos no fue determinante para denegar su acceso a las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento previstas en el Tratado, sino que el Tribunal rechazó su aplicación al caso concreto debido a la “falta de presencia permanente en el Estado miembro de acogida” del mismo modo que podría haberlo hecho si se hubiese tratado de una sociedad con ánimo de lucro.

²⁹ En este sentido, *vid.* CRAIG, P., DE BÚRCA, G., *EU Law. Text, Cases, and Materials*, 5th Edition, Oxford University Press, 2011, p.779.

³⁰ *Vid.* SSTJUE de 27 de septiembre de 1988, asunto C-81/87, *The Queen v. Daily Mail and General Trust Plc*, ap.19; de 16 de diciembre de 2008, asunto C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, ap.104; y de 12 de julio de 2012, asunto C-378/10, *VALE Építési*, ap.27. Evidentemente, de esta afirmación habría que excluir a la Sociedad Anónima Europea y a la Sociedad Cooperativa Europea, en la medida en que se trata de formas societarias cuyo origen no se encuentra en las legislaciones domésticas de los diferentes Estados miembros, sino en normas de Derecho europeo.

el ámbito de libertad de establecimiento, obligando a los Estados miembros a entablar negociaciones para asegurar en favor de sus nacionales el reconocimiento recíproco de las sociedades definidas en el párrafo segundo del artículo 48 del TCEE (actual artículo 54 del TFUE), el mantenimiento de la personalidad jurídica en caso de traslado de su sede de un país a otro, y la posibilidad de fusión de sociedades sujetas a legislaciones nacionales diferentes.

Por lo que respecta al fin perseguido por el Tratado en el ámbito del derecho de establecimiento, conviene apuntar como el antiguo artículo 54.1 del TCEE ya contemplaba la elaboración por el Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Comité Económico y Social Europeo (en adelante, CESE) y a la Asamblea, de un “Programa General” orientado a la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento que, por aquel entonces, existían en el seno la Comunidad, siendo finalmente aprobado por unanimidad el 18 de diciembre de 1961³¹. De acuerdo con el propio TCEE, la ejecución del Programa General y, por ende, la consecución del objetivo al que se dirigía, se instrumentaría fundamentalmente a través de la elaboración de Directivas por el Consejo, también a propuesta de la Comisión y previa consulta al CESE) y a la Asamblea³².

Ciertamente, la progresiva eliminación de las medidas discriminatorias por razón de la nacionalidad presentes en los ordenamientos internos de los diferentes Estados miembros exigida por el artículo 7 del TCEE (artículo 18 del TFUE)³³, tenía que venir acompañada de un proceso de armonización legislativa que contribuyese a garantizar de

³¹ Vid. DOCE nº 002, de 15 de enero de 1962, p.36.

³² Vid. artículo 54.2 del TCEE, cuyo contenido, debidamente actualizado, se encuentra plasmado actualmente en el artículo 50.1 del TFUE. En este sentido, no puede dejar de señalarse la novedad que supuso en el tiempo de la firma del Tratado de Roma, la creación de un Derecho europeo de naturaleza supranacional a través del cual encauzar el proceso de integración económica, frente a los instrumentos tradicionales que ofrecía el Derecho internacional (vid. VAN THIEL, S., *EU case law on income tax*, IBFD, Amsterdam, 2001, p.3).

³³ Nótese como, a pesar del tenor literal del precepto, su interpretación por parte del TJUE (vid., entre otras, las SSTJUE de 12 de febrero de 1974, asunto C-152/73, *Giovanni Maria Sotgiu v. Deutsche Bundespost*, ap.11; de 8 de mayo de 1990, asunto C-175/88, *Klaus Biehl v. Administration des contributions del Gran Ducado de Luxemburgo*, ap.13; y de 13 de julio de 1993, asunto C-330/91, *Commerzbank AG v. Inland Revenue Commissioners*, ap.14) ha precisado como el mismo no sólo permite atajar situaciones de discriminación manifiesta por razón de la nacionalidad, o el domicilio social por lo que respecta a las sociedades (discriminación directa), sino también cualquier forma de discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación conduzca de hecho al mismo resultado (discriminación indirecta). Un completo estudio acerca de la interpretación del principio de no discriminación o de igualdad de trato en los primeros años de vigencia del Tratado, recogiendo y sintetizando las principales líneas doctrinales de la época, puede encontrarse en BLECKMANN, A., “Considérations sur l’interprétation de l’article 7 du Traité C.E.E.”, *Revue trimestrielle de droit européen*, nº3, 1976, pp.469-481. En la misma línea, sobre la interpretación de este principio por parte de la jurisprudencia del TJUE hasta principios de la década de los noventa, vid. MERINO JARA, I., “La incidencia de la fiscalidad sobre la libertad de circulación y de establecimiento”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº11, Universidad de Extremadura, 1993, pp.178-179. Más recientemente, vid. DOUMA, S., *Optimization of Tax Sovereignty and Free Movement*, IBFD Doctoral Series, vol.21, IBFD, Amsterdam, 2011, pp.113-115, donde el autor reflexiona acerca del concepto de “nacionalidad” como motivo de diferenciación en el trato y sobre cómo puede apreciarse de forma efectiva una vulneración del principio no discriminación.

forma efectiva la libertad de establecimiento³⁴, así como el buen funcionamiento del mercado interior³⁵, y que, en la medida de lo posible, evitase el denominado “efecto Delaware”³⁶. En este sentido, no conviene perder de vista que, tal y como puede extraerse de su tenor literal³⁷ y ha sido confirmado por la STJUE de 26 de enero de 1992, asunto C-112/91, *Werner v. Finanzamt Aachen-Innenstadt*³⁸, este precepto sólo resulta de aplicación en ausencia de otra disposición específica del Tratado aplicable, operando las Libertades Fundamentales a modo de *lex specialis* que prevalece sobre el artículo 18 del TFUE como *lex generalis*.

Como ya hemos apuntado, la base jurídica para acometer este proceso de armonización de las legislaciones nacionales de los Estados miembros a través de Directivas se encontraba prevista con carácter general en el artículo 54.2 del TCEE (artículo 50.1 del TFUE³⁹), si bien en el plano del Derecho societario también resultaba particularmente importante el artículo 54.3, apartado g) del TCEE (hoy artículo 50.2, apartado g) del TFUE), donde se establece la necesidad de coordinación “en la medida necesaria y con el objeto de hacerlas equivalentes, [de] las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el párrafo segundo del artículo 54, para

³⁴ En este sentido, se ha afirmado que el principio de la “*par conditio concurrentium*”, sobre el que se articula la vertiente económica del proceso integrador, lleva implícita una obligación dual, a saber: por una parte, la supresión de las eventuales discriminaciones por razón de la nacionalidad, y, por otra, el mantenimiento de una uniformidad sustancial en las posiciones jurídicas al fin de evitar posibles distorsiones en el buen funcionamiento del mercado común derivadas de disposiciones legislativas de carácter doméstico; de ahí que el proceso de armonización normativa asuma una dimensión funcional desde una perspectiva esencialmente económica, aspecto que se intensifica cuando nos referimos al concreto ámbito del Derecho de sociedades (*vid.* FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “Problemas político-jurídicos de la armonización societaria desde la perspectiva de los ordenamientos nacionales”, en ALONSO UREBA, A., CHICO ORTIZ, J.M. y LUCAS FERNÁNDEZ, F., *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Civitas, Madrid, 1987, pp.40-41).

³⁵ A este respecto, y reafirmando la idea de que la armonización de las legislaciones nacionales de los Estados miembros se concebía no como un fin en sí mismo sino como un medio o instrumento para contribuir al establecimiento del mercado común, *vid.* LIMPENS, A., “Harmonisation des législations dans le cadre du marché commun”, *Revue internationale de droit comparé*, vol.19, nº3, 1967, p.622; y SCHWARTZ, I.E., “De la conception du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne”, *Revue trimestrielle de droit européen*, vol.3, nº2, 1967, p.247.

³⁶ *Vid.* McCACHERY, J.A., VERMEULEN, E.P.M., “Does the European Company Prevent the «Delaware Effect»?”, *European Law Journal*, vol.1, nº6, 2005, p.791. Una buena aproximación a este fenómeno en el ámbito norteamericano puede encontrarse en DRURY, R., “The Regulation and Recognition of Foreign Corporations: Responses to the “Delaware Syndrome”, *The Cambridge Law Journal*, vol.57, nº1, 1998, pp.165-194.

³⁷ El párrafo primero del artículo 18 del TFUE establece que “en el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad” (el subrayado es nuestro).

³⁸ Sobre esta cuestión, *vid.* ENGLMAIR, V., “The Relevance of the Fundamental Freedoms for Direct Taxation”, en LANG, M., PISTONE, P., SCHUCH, J., STARINGER, C. (eds.), *Introduction to European Tax Law: Direct Taxation*, 3rd edition, Spiramus, Wien, 2013, p.49; BALLARINO, T., “La mort annoncée de la réglementation allemande des fusions internationales”, *Revue trimestrielle de droit européen*, vol.42, nº4, 2006, p.723; o VAN BOEIJEN-OSTASZEWSKA, A., BURGERS, I.J.J., *The Taxation of Permanent Establishments*, Suppl. nº24, IBFD, Amsterdam, September 2004, p.15.

³⁹ El citado precepto establece que “a efectos de alcanzar la libertad de establecimiento en una determinada actividad, el Parlamento Europeo y el Consejo decidirán, mediante directivas, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social”.

proteger los intereses de socios y terceros”⁴⁰. A este respecto, conviene recordar que los empleados, accionistas minoritarios, y acreedores, ya encontraban protección en los ordenamientos internos de los Estados miembros, pero su carácter heterogéneo y diferentes niveles de intensidad, podía traducirse en distorsiones de la competencia que terminaban por afectar al correcto funcionamiento del mercado interior⁴¹.

Por otra parte, y en la medida en que estas divergencias en el ámbito de la protección de dichos colectivos se traducían en importantes restricciones a la movilidad transfronteriza de las sociedades de los diferentes Estados miembros, la coordinación de los Derechos nacionales en materia societaria prevista actualmente en el artículo 50.2, apartado g) del TFUE se configuraba como un requisito indispensable para garantizar la libertad de establecimiento de las sociedades contempladas en el artículo 54 del Tratado⁴². Ciertamente, no podía concebirse un mercado común europeo con unas mínimas aspiraciones de viabilidad efectiva sin acometer este proceso armonizador⁴³, pues las sociedades, como partícipes y dinamizadores del mismo, operaban cada vez con mayor frecuencia en un contexto transnacional, auspiciadas por el desarrollo de la libertad de circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, siendo necesario garantizar unos estándares mínimos comunitarios en materia societaria con el objetivo de proporcionar un marco de seguridad jurídica en sus relaciones con socios y terceros⁴⁴.

⁴⁰ Nótese cómo el artículo 50.2, apartado f) del TFUE también establecía la necesidad de una “supresión progresiva de las restricciones a la libertad de establecimiento, en cada rama de actividad contemplada, tanto en lo que respecta a las condiciones de apertura, en el territorio de un Estado miembro, de agencias, sucursales o filiales, como a las condiciones de admisión del personal de la sede central en los órganos de gestión o de control de aquéllas”; sin embargo, y como apunta SCHÜTZE, R., *European Union Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, p.624, dicho precepto ha tenido un papel totalmente residual como fundamento del proceso armonizador habida cuenta del importante grado de flexibilidad de la jurisprudencia del TJUE en el ámbito del derecho de establecimiento secundario.

⁴¹ Vid. WERLAUFF, E., “The development of Community company law”, *European Law Review*, vol.17, n°3, 1992, p.208.

⁴² En este sentido, vid. VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA, G., “Libre circulation des sociétés en Europe: concurrence ou convergence des modèles juridiques?”, *Revue trimestrielle de droit européen*, n°1, 2014, p.12, que apunta cómo la afirmación por el Tratado de un derecho de establecimiento no es sinónimo de aproximación de Derechos nacionales, de ahí que la obligación prevista en el artículo 50.2, apartado g) del TFUE contribuya de forma necesaria a garantizar la efectividad del mismo. En una línea similar, vid. LOMBARDO, S., “Conflict of Law Rules in Company Law after Überseering: An Economic and Comparative Analysis of the Allocation of Policy Competence in the European Union”, *European Business Organization Law Review*, vol.4, n°2, 2003, p.311.

⁴³ No obstante, algunos autores, trayendo a colación el ejemplo norteamericano, han matizado que el establecimiento de un libre mercado no requería necesariamente la armonización del Derecho societario de los Estados miembros, si bien resultaba conveniente a los efectos de alcanzar un mayor nivel de seguridad jurídica, proteger los intereses socios y terceros, e impulsar el comercio y la competitividad de las empresas europeas (vid. WERLAUFF, E., “The development of...”, *op.cit.*, pp.230-231).

⁴⁴ En este sentido, ya en 1970 la Comisión había afirmado que “para que la industria aproveche todas las ventajas que tiene derecho a esperar de la existencia de la Comunidad, es esencial que los esfuerzos emprendidos para armonizar y unificar el cuadro institucional en el que se inscribe la vida de las empresas sean considerablemente acelerados. En efecto, las empresas que pretenden desarrollar su actividad en el conjunto del espacio comunitario están todavía lejos de encontrar las facilidades de un verdadero mercado interior y continúan encontrando numerosos obstáculos en el ámbito jurídico, fiscal y financiero” (vid. COMMISSION EUROPÉENNE, *La politique industrielle de la Communauté. Mémoire de la Commission au Conseil*, COM (70) 100 final, 1970, p.23).

En definitiva, podría afirmarse que, en un primer momento, el actual artículo 50.2, apartado g) del TFUE constituyó el pilar jurídico central sobre el que comenzó a cimentarse un incipiente proceso de armonización en el ámbito del Derecho societario europeo orientado esencialmente a la coordinación de las garantías exigidas en los diferentes Estados miembros a las sociedades definidas en párrafo segundo del artículo 54 del TFUE para proteger los intereses de socios y terceros⁴⁵, pero que posteriormente fue evolucionando y ampliando su radio de acción⁴⁶ de forma tal que el fundamento jurídico sobre el que se construían las normas europeas tuvo que desplazarse hacia otros preceptos del TFUE como el artículo 50 (concebido de forma genérica)⁴⁷, el artículo 50.1⁴⁸, el artículo 114⁴⁹, o incluso el artículo 352⁵⁰.

⁴⁵ *Vid.*, entre otras, la Directiva 68/151/CEE, de 9 de marzo de 1968, que abordaba la coordinación de las disposiciones nacionales en materia de publicidad, validez de los compromisos societarios y nulidad de la sociedad (DOCE nº L 65, de 14 de marzo de 1968, p.8); la Directiva 77/91/CEE, de 13 de diciembre de 1976, relativa a la coordinación de las legislaciones nacionales en el ámbito de la constitución, mantenimiento y modificaciones del capital social de la sociedad anónima (DOCE nº L 26, de 31 de enero de 1977, p.1); la Directiva 78/855/CEE, de 9 de octubre de 1978, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas (DOCE nº L 295, de 20 de octubre de 1978, p.36); la Directiva 78/660/CEE, de 25 de julio de 1978, en materia de cuentas anuales de determinados tipos societarios (DOCE nº L 222, de 14 de agosto de 1978, p.11); la Directiva 82/891/CEE, de 17 de diciembre de 1982, relativa a las escisiones de sociedades anónimas (DOCE nº L 378, de 31 de diciembre de 1982, p.47); la Directiva 83/349/CEE, de 13 de junio de 1983, relativa a las cuentas consolidadas (DOCE nº L 193, de 18 de julio de 1983, p.1); o la Directiva 84/253/CEE, de 10 de abril de 1984, relativa a la autorización de las personas encargadas del control legal de documentos contables (DOCE, nº L 126, de 12 de mayo de 1984, p.20).

⁴⁶ Esta tendencia “expansiva” del proceso armonizador en el ámbito del Derecho societario ya había sido identificada con acierto a principios de los años noventa por GUYON, Y., “La coordination communautaire du droit français des sociétés”, *Revue trimestrielle de droit européen*, nº2, 1990, p.246.

⁴⁷ *Vid.*, entre otras, la Directiva 89/666/CEE, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la publicidad de las sucursales constituidas en un Estado Miembro por determinadas formas de sociedades sometidas al Derecho de otro Estado (DOCE nº L 395, de 30 de diciembre de 1989, p.36); la Directiva 89/667/CEE, de 21 de diciembre de 1989, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único (DOCE nº L 395, de 30 de diciembre de 1989, p.40); o la Directiva 2005/56/CE, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital (DOUE nº L 310, de 25 de noviembre de 2005, p.1).

⁴⁸ *Vid.*, a título de ejemplo, la Directiva 2004/25/CE, de 21 de abril de 2004, relativa a las ofertas públicas de adquisición (DOUE nº L 142, de 30 de abril de 2004, p.12); o la Directiva 2013/34/UE, de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas (DOUE nº L 182, de 29 de junio de 2013, p.19).

⁴⁹ *Vid.*, a título de ejemplo, la Directiva 2007/36/CE, de 11 de julio de 2007, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas (DOUE nº L 184, de 14 de julio de 2007, p.17).

⁵⁰ *Vid.*, a título de ejemplo, el Reglamento (CEE) nº 2137/85, de 25 de julio de 1985, relativo a la constitución de una agrupación europea de interés económico (DOCE nº L 199, de 31 de julio de 1985, p.1); el Reglamento (CE) nº 2157/2001, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (DOUE nº L 294, de 10 de noviembre de 2001, p.1); la Directiva 2001/86/CE, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (DOUE nº L 294, de 10 de noviembre de 2001, p.22); la Propuesta de Reglamento por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad privada Europea, COM (2008) 396 final, de 25 de junio de 2008; o la Propuesta de Reglamento por el que se aprueba el Estatuto de la Fundación Europea, COM (2012) 35 final, de 8 de febrero de 2012.

2. Un apunte terminológico: “armonización”, “aproximación”, o “coordinación” de las legislaciones nacionales de los Estados miembros en el ámbito del Derecho societario

Tal y como hemos adelantado, el artículo 50.2, apartado g), del TFUE, sobre el que se fundamentan buena parte de las Directivas adoptadas hasta la fecha en el ámbito del Derecho societario, se refiere a la “coordinación” de las legislaciones nacionales de los Estados miembros frente a otros preceptos del Tratado como el artículo 114, que emplea los términos “aproximación” y “armonización” y que también ha servido de base para la elaboración de Directivas en el ámbito del Derecho societario⁵¹, el artículo 115, que opta por el término “aproximación” y sobre el que se han adoptado Directivas en materia de fiscalidad directa⁵², o el artículo 113, que hace referencia al término “armonización” y que constituye el fundamento jurídico de diversas Directivas en el ámbito de la fiscalidad indirecta⁵³.

En este sentido, la cuestión acerca de su significado y posible equivalencia ha dado lugar a diferentes posicionamientos doctrinales que esencialmente se dividen entre aquéllos autores que: a) consideraban que los citados conceptos podían diferenciarse en razón de la intensidad con la que los instrumentos de Derecho europeo incidían sobre los ordenamientos nacionales de los Estados miembros, en relación con los diferentes ámbitos de aplicación de los artículos del Tratado que contenían dichos conceptos⁵⁴, y b) los que defendían su similitud por contraposición al concepto de “unificación”⁵⁵. Sin

⁵¹ Por ejemplo, la Directiva 2003/6/CE, de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (DOUE nº L 96, de 12 de abril de 2003, p.16).

⁵² Por ejemplo, la Directiva 2011/96/UE, de 30 de noviembre de 2011 relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (DOUE nº L 345, de 29 de diciembre de 2011, p.8), la Directiva 2009/133/CE, de 19 de octubre de 2009 relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro (DOUE nº L 310, de 25 de noviembre de 2009, p.34), o la Directiva 2003/49/CE, de 3 de junio de 2003 relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros (DOUE nº L 157, de 26 de junio de 2003, p.49).

⁵³ Por ejemplo, la Directiva 2006/112/CE, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido (DOUE nº L 347, de 11 de diciembre de 2006, p.1). En el ámbito de los impuestos especiales también podríamos traer a colación la Directiva 2008/118/CE, de 16 de diciembre de 2008, relativa al régimen general de los impuestos especiales (DOUE nº L 9, de 14 de enero de 2009, p.12), la Directiva 92/84/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aproximación de los tipos del impuesto especial sobre el alcohol y las bebidas alcohólicas (DOCE nº L 316, de 31 de octubre de 1992, p.29), o la Directiva 2011/64/UE, de 21 de junio de 2011, relativa a la estructura y los tipos del impuesto especial que grava las labores del tabaco (DOUE nº L 176, de 5 de julio de 2011, p.24).

⁵⁴ Dentro de esta línea de pensamiento, se ha afirmado que “la elegancia del lenguaje no ha guiado a los redactores del Tratado cuando utilizaron los términos de armonización, coordinación, y aproximación. Ellos no quisieron variar estos vocablos por razones de estilo; sino que se inspiraron por razones de precisión” (vid. RODIÈRE, R., “L’harmonisation des législations européennes dans le cadre de la Communauté économique européenne”, *Revue trimestrielle de droit européen*, 1965, p.350).

⁵⁵ En representación de esta opinión doctrinal, vid. GUYON, Y., *op.cit.*, pp.242-243; o VAN DER ELST, R., “Les notions de coordination, d’harmonisation, de rapprochement et d’unification du droit dans le cadre juridique de la Communauté européenne”, en WAELBROECK, M. (dir.), *Les instruments du*

embargo, tampoco faltan posiciones doctrinales más eclécticas al respecto, desde las cuales se ha apuntado que “es cierto, en efecto, que la coordinación no implica la unificación de los Derechos nacionales y que puede constituir solamente una etapa hacia la aproximación y la armonización de tales Derechos (...). No obstante, en ciertas hipótesis, la coordinación puede ir hasta dicha unificación o uniformización de las legislaciones nacionales si ésta resulta indispensable para alcanzar el fin perseguido (...). La coordinación toma entonces la forma de una aproximación o incluso de una unificación”⁵⁶.

Ciertamente debemos tener presente que nos encontramos ante conceptos que no se encuentran definidos por el propio Tratado, de ahí que la determinación de su alcance pueda resultar compleja. De hecho, ya desde un primer momento se apuntó la problemática que planteaba la interpretación de la expresión “aproximación de las legislaciones” o “aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros” que figura en el hoy artículo 115 TFUE, por cuanto ni los usos jurídicos, ni los trabajos preparatorios, ni siquiera un análisis etimológico del término “aproximación” ayudaban de forma decisiva a la comprensión de su significado. Así, por lo que respecta a los usos jurídicos, estos no resultaban de gran utilidad al tratarse de una expresión novedosa en el ámbito del Derecho comparado y del Derecho internacional. Tampoco los trabajos preparatorios eran determinantes, ya que sólo permitían calificar esta expresión como un medio para conseguir los objetivos previstos por el Tratado. Incluso el análisis etimológico presenta una eficacia limitada si tenemos en cuenta que los términos contenidos en las diferentes versiones lingüísticas del artículo 115 del TFUE (“aproximación”, en español; “*aproximação*”, en portugués; “*approximation*”, en inglés; “*rapprochement*”, en francés; “*ravvicinamento*”, en italiano; “*angleichung*”, en alemán; o “*aanpassing*”, en holandés) no son exactamente sinónimos⁵⁷.

Más allá de estos planteamientos que, partiendo de una visión más apegada al tenor literal del Tratado, tratan de determinar el alcance de los términos “coordinación”, “aproximación” y “armonización” al objeto de identificar posibles diferencias y similitudes por lo que a su interpretación se refiere, también es posible encontrar posiciones doctrinales que superan, o cuanto menos simplifican, este debate terminológico y adoptan un visión más pragmática. Así, en el plano del Derecho societario, algunos autores sólo distinguen entre la “uniformización” de las legislaciones

rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne, Éditions de l'Université de Bruxelles, Collection Thèses et travaux juridiques, Bruxelles, 1976, pp.1-14.

⁵⁶ Vid. HOUIN, R., “Les Sociétés”, *Revue trimestrielle de droit européen*, nº2, 1966, p.318.

⁵⁷ De este modo, sólo los términos “aproximación”, “*aproximação*”, “*approximation*”, “*rapprochement*”, y “*ravvicinamento*” presentan un significado plenamente coincidente, fundamentándose en la oposición entre los conceptos de “lejos” y “cerca”. Sin embargo, el término en alemán “*angleichung*” se construye sobre la oposición entre los conceptos de “diferente” y “parecido” (siendo quizás más adecuado el uso del concepto de “*annäherung*”, inspirado también en una oposición entre los conceptos de “lejos” y “cerca”), mientras que el término holandés “*aanpassing*” aparece más vinculado a la idea de “adaptación” o “ajuste” (sobre esta cuestión, vid. BEUVE-MERY, J., “Le rapprochement des législations. L'article 100 du Traité C.E.E. et ses applications”, *Revue trimestrielle de droit européen*, nº4, 1967, pp.845-849).

nacionales de los Estados miembros, que se lleva a cabo a través de Convenios y Reglamentos, y la “armonización” de las mismas, que se instrumenta a través de Directivas⁵⁸. Otros autores, directamente optan por emplear de forma genérica el concepto de “aproximación” de los ordenamientos internos en el ámbito de los artículos 50, 113 y 115 del TFUE, al otorgarle una suerte de significado omnicompreensivo como mecanismo que “interviene allí donde el propio Tratado no contempla una regulación material concreta en relación a la eliminación de obstáculos a los intercambios y a la competencia entre Estados miembros o para la implementación de una política común o coordinada”⁵⁹.

En definitiva, desde la óptica de los redactores del Tratado parece que los términos “coordinación” y “armonización” no son intercambiables, e incluso podría sostenerse que los términos “coordinación” y “aproximación” no presentan un significado equivalente. No obstante, a la vista del contenido de las diversas Directivas que se han ido adoptando en los diferentes ámbitos que a efectos de nuestro estudio interesan (Derecho societario y Derecho tributario), bien podría afirmarse que la frontera entre ambos conceptos se ha ido diluyendo con el paso del tiempo hasta llegar a un punto en que resulta muy difusa. De hecho, el término “armonización” se ha consolidado como el concepto general de referencia a la hora de referirse al proceso de alineamiento de las legislaciones de los diferentes Estados miembros en los ámbitos mercantil y fiscal (con independencia de su intensidad) que las instituciones europeas han llevado a cabo con el objetivo de garantizar las Libertades Fundamentales previstas en el Tratado y eliminar los obstáculos y distorsiones que afectan al correcto funcionamiento del mercado interior⁶⁰. A este respecto, tampoco puede perderse de vista como determinadas Directivas han sido elaboradas sobre la base jurídica de dos preceptos del Tratado que incluyen términos diferentes en su tenor literal, como los artículos 50 y 114 del TFUE (coordinación v. aproximación) sobre los que se elaboró la Directiva 2007/36/CE, de 11 de julio de 2007, relativa al ejercicio de determinados

⁵⁸ En este sentido, *vid.* PASA, B., BENACCHIO, G.A., *The harmonization of civil and commercial law in Europe*, CEU Press, Budapest, 2005, pp.283-285.

⁵⁹ *Vid.* SCHWARTZ, I.E., *op.cit.*, pp.239-245.

⁶⁰ Un ejemplo del uso del término “armonización” (en lugar de “coordinación”) como concepto general en el ámbito del Derecho societario puede encontrarse en el documento EUROPEAN COMMISSION, *Report of the reflection group on the future of EU company law*, 5 April 2011. El propio Parlamento Europeo, afirmó en el Considerando nº7 de su Dictamen sobre la Propuesta de Tercera Directiva en materia de fusiones de sociedades anónimas (DOCE nº C 129, de 11 de diciembre de 1972, p.50) que “las disposiciones sobre las fusiones internas y las relativas a las fusiones internacionales deben ser armonizadas en toda medida de lo posible” (el subrayado es nuestro). Asimismo, en el ámbito fiscal, podría traerse a colación la malograda Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (BICCIS), COM (2011) 121 final, de 16 de marzo de 2011, ya que, a pesar de establecer un alineamiento “de alta intensidad” de los ordenamientos domésticos de los Estados miembros en materia de fiscalidad directa, se construye necesariamente sobre la base del artículo 115 del TFUE que hace referencia al término “aproximación”, siendo la propia Comisión, en su Exposición de Motivos a la Propuesta, la que opta por emplear el término “armonización” al afirmar que “la armonización sólo afectará al cálculo de la base imponible (...)” (el subrayado es nuestro). En el plano doctrinal, un ejemplo del uso indistinto de los términos “aproximación” y “armonización” en el ámbito del artículo 115 TFUE puede encontrarse en LIMPENS, A., *op.cit.*, pp.621-653.

derechos de los accionistas de sociedades cotizadas⁶¹, y la Directiva 2003/71/CE, de 4 de noviembre de 2003, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores⁶², o como los artículos 113 y 115 del TFUE (armonización v. aproximación) que constituyen el fundamento de la Directiva 2008/7/CE del Consejo, de 12 de febrero de 2008, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales⁶³ y de la Directiva 2011/16/UE, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad⁶⁴.

Por todo ello, y a pesar de que numerosas Directivas adoptadas en el ámbito del Derecho societario europeo se han cimentado sobre la base jurídica del artículo 50.2, apartado g) del TFUE que hace referencia al término “coordinación”, no existe problema alguno en emplear el término “armonización” para referirnos al proceso de alineamiento de las legislaciones de los Estados miembros en esta materia. De hecho, siguiendo al propio TJUE⁶⁵, bien podría afirmarse que dicho precepto establece una verdadera competencia de armonización de los ordenamientos nacionales⁶⁶ y, en todo caso, no debemos olvidar que siempre puede acudir al artículo 50 (concebido de forma genérica) o al artículo 50.1 del TFUE para dar cobertura a Directivas que, en el plano del Derecho societario, presenten un calado armonizador tal que difícilmente encajen en el concepto de “coordinación” contemplado en el artículo 50.2, apartado g) del Tratado.

3. Los primeros pasos en el proceso de armonización del Derecho societario europeo

El pistoletazo de salida al proceso de armonización legislativa en el ámbito del Derecho societario europeo, sobre la base del artículo 50.2, apartado g) del TFUE, vino dado por la elaboración de la Directiva 68/151/CEE⁶⁷ (derogada por la Directiva 2009/101/CE⁶⁸, la cual sería codificada posteriormente a través de la Directiva

⁶¹ DOUE n° L 184, de 14 de julio de 2007, p.17.

⁶² DOUE n° L 345, de 31 de diciembre de 2003, p.64.

⁶³ DOUE n° L 46, de 21 de febrero de 2008, p.11.

⁶⁴ DOUE n° L 64, de 11 de marzo de 2011, p.1.

⁶⁵ En este sentido, la STJUE de 9 de marzo de 1999, asunto C-212/97, *Centros Ltd v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, ap.28, afirma que “a este respecto, no tiene relevancia que el Derecho de sociedades no haya sido armonizado por completo en la Comunidad; además, el Consejo, en todo momento, puede completar dicha armonización sobre la base de las facultades que le otorga la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado CE [Artículo 50.2, apartado g) del TFUE]” (el subrayado es nuestro).

⁶⁶ Así lo entiende SCHÜTZE, R., *European Union Law, op.cit.*, p.625, que califica de “desafortunado” el tenor literal del artículo 50.2, apartado g) TFUE por emplear el término “coordinación”.

⁶⁷ Primera Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros (DOCE n° L 65, de 14 de marzo de 1968, p.8).

⁶⁸ Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades

2017/1132/UE⁶⁹), cuyo objetivo era avanzar en la coordinación de las legislaciones domésticas de los Estados miembros en materia de publicidad, validez de los compromisos societarios, y nulidad de sociedades, con el fin de proteger los intereses de socios y terceros⁷⁰. Ciertamente, el conflicto de intereses entre ambos colectivos resultaba ya una cuestión clásica a la par que compleja en el ámbito del Derecho societario, pues el difícil equilibrio entre los mismos se veía afectado por factores tales como la situación económica y social de cada país, la capacidad de influencia de los grupos de presión, o las necesidades de seguridad en la contratación vinculadas al desarrollo de los intercambios comerciales y de crédito. Así, las legislaciones nacionales de Estados miembros como Alemania o Italia otorgaban un importante grado de protección a los intereses de los terceros, mientras que en Luxemburgo o los Países Bajos la legislación societaria resultaba más favorable a los intereses de los socios y la sociedad.

Partiendo de este escenario, y aunque en la práctica la labor de los tribunales contribuía a equilibrar la balanza, especialmente con respecto al segundo grupo de países, lo cierto es que resultaba necesario eliminar, a través de un instrumento europeo de Derecho positivo, las discordancias existentes en los ordenamientos domésticos de los seis Estados miembros que por aquel entonces conformaban la CEE en aquellos ámbitos que mayor impacto pudieran tener sobre los derechos e intereses de socios y terceros. Sin lugar a dudas, las cuestiones relativas a la validez de los compromisos societarios, el régimen de nulidad de sociedades, y los requisitos de publicidad a los que deben estar sometidas las sociedades constituyen aspectos nucleares de la vida societaria íntimamente relacionados con los derechos de socios, acreedores y terceros; de ahí que, desde un primer momento, se haya destacado el importante papel que ha jugado la Directiva 68/151/CEE, abriendo camino y sirviendo de base (especialmente en materia de publicidad) para el desarrollo de otras Directivas en el plano del Derecho societario europeo⁷¹.

Por ello, y aunque el análisis en profundidad de su contenido excede el objeto de este trabajo, a nuestro juicio, resulta importante destacar la amplitud de su ámbito de aplicación subjetivo, en contraposición con otras Directivas adoptadas posteriormente,

definidas en el artículo 48, párrafo segundo, del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros (DOUE n° L 258, de 1 de octubre de 2009, p.11).

⁶⁹ Directiva 2017/1132/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (DOUE n° L 169, de 30 de junio de 2017, p.46).

⁷⁰ Un buen análisis de su contenido puede encontrarse en VAN OMMESLAGHE, P., “La première directive du Conseil du 9 mars 1968 en matière de sociétés”, *Cahiers de droit européenne*, vol.5, 1969, pp.495-563 y 619-665; o en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “La primera Directiva de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades y el Registro Mercantil español”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, n°597, 1990, pp.393-420.

⁷¹ En este sentido, *vid.* GUYON, Y., *op.cit.*, p.243; o HOUIN, R., *op.cit.*, pp.309-310. De hecho, pueden encontrarse numerosas referencias a esta norma europea, entre otras, en las Directivas 77/91/CEE (constitución, mantenimiento y modificaciones de capital de las sociedades anónimas), 78/855/CEE (fusiones de sociedades anónimas), 82/891/CEE (escisión de sociedades anónimas), o 2005/56/CE (fusiones transfronterizas de sociedades de capital), a las que nos referiremos más adelante en este trabajo.

pues la Directiva 68/151/CEE resultaba de aplicación a las sociedades anónimas, sociedades comanditarias por acciones, o sociedades de responsabilidad limitada, bajo las correspondientes denominaciones nacionales. En este sentido, hay que tener en cuenta que dichas formas societarias eran las comunes en los Estados miembros que integraban la Comunidad en el momento de la promulgación de dicha Directiva (Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y Países Bajos), si bien la incorporación progresiva de nuevos Estados de tradiciones jurídicas diversas a lo largo de los años, determinó que el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 2009/101/CE (que derogó la Directiva 68/151/CEE) ya no se circunscribiese estrictamente a la tradicional “trilogía societaria”, aspecto que se ha mantenido en la actual Directiva 2017/1132/UE por lo que respecta a las disposiciones cuyo origen se encuentra en la citada norma comunitaria⁷².

El siguiente paso en el proceso de armonización del Derecho societario europeo, vino dado con la elaboración de la importante Directiva 77/91/CEE⁷³ (reemplazada, tras ser objeto de numerosas modificaciones⁷⁴, por la Directiva 2012/30/UE⁷⁵, la cual fue posteriormente codificada a través de la Directiva 2017/1132/UE), que abordaba el problema de la armonización en materia de constitución, mantenimiento y modificaciones de capital en las sociedades anónimas, estableciendo una serie de normas que afectaban, entre otras, a cuestiones tales como el contenido de los estatutos o de la escritura de constitución de las sociedades anónimas, su capital mínimo, las aportaciones dinerarias y no dinerarias, la emisión de acciones, la distribución de dividendos entre los accionistas, la adquisición de acciones propias, o el aumento y reducción de capital⁷⁶.

Ciertamente, la efectiva implantación del mercado interior requería una coordinación de las legislaciones nacionales en materia de constitución de sociedades

⁷² Cfr. artículo 1 de la Directiva 68/151/CEE, artículo 1 de la Directiva 2009/101/CE, y artículos 7.1 y 13 de la Directiva 2017/1132/UE en relación con el anexo II de la citada Directiva.

⁷³ Segunda Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital (DOCE nº L 26, de 31 de enero de 1977, p.1).

⁷⁴ Por ejemplo, las introducidas por la Directiva 92/101/CEE del Consejo de 23 de noviembre de 1992 (DOCE nº L 347, de 28 noviembre de 1992), por la Directiva 2006/68/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006 (DOCE nº L 264, de 25 de septiembre de 2006), y por la Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009 (DOCE nº L 259, de 2 de octubre de 2009).

⁷⁵ Directiva 2012/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el artículo 54, párrafo segundo, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital (DOUE, nº L 315, de 14 de noviembre de 2012, p.74).

⁷⁶ Una primera aproximación a su contenido puede encontrarse en DENECKER, J., “La deuxième directive du Conseil des Communautés européennes relative à la constitution de la société anonyme, au maintien et aux modifications de son capital”, *Revue des Sociétés*, nº95, 1977, pp.661-679; o SCHMITTHOFF, C.M., “The Second EEC Directive on Company Law”, *Common Market Law Review*, vol.15, nº1, 1978, pp.43-54.

anónimas, y, más en concreto, de todos los aspectos relativos al capital social y su composición, así como en relación con las alteraciones que éste pudiera sufrir durante la vida de la sociedad a través de posibles ampliaciones y reducciones del mismo. A este respecto, cabría señalar como las modificaciones de capital social pueden desplegar efectos indeseables sobre accionistas y terceros (principalmente acreedores), y por ello, se hacía preciso, de un lado, garantizar la igualdad de trato a los accionistas que se encontrasen en condiciones idénticas, y de otro, proteger los intereses de aquellos acreedores que ostentaban deudas cuya titularidad era anterior a la decisión de reducción de capital⁷⁷.

Asimismo, no puede perderse de vista que, desde la firma del Tratado de Roma, pronto quedó de manifiesto la necesidad de que las empresas europeas adaptasen sus estructuras, tradicionalmente orientadas al mercado doméstico, no sólo al contexto propio de un mercado europeo a gran escala sino a las condiciones cambiantes de los mercados mundiales. De este modo, muchas empresas establecidas en el seno de la Unión Europea tendrían que aumentar su dimensión óptima, reorganizar sus estructuras de aprovisionamiento y distribución, especializar o diversificar su producción o catálogo de servicios ofrecidos, así como incrementar los recursos destinados a investigación y desarrollo, lo que, en definitiva, podría determinar la necesidad de incrementar el capital de dichas empresas, trasladar su sede de un Estado miembro a otro, o acometer operaciones de reorganización empresarial ya fuera a nivel interno o transfronterizo⁷⁸.

Por ello, resultaba necesario extender el proceso de armonización a aquellos ámbitos de los ordenamientos nacionales que contribuyesen al establecimiento de un adecuado marco de seguridad jurídica para el desarrollo de operaciones de reorganización empresarial (fusiones, escisiones, etc.) partiendo de las siguientes coordenadas: 1) a nivel interno, la mayoría de estas operaciones podían realizarse sin mayores complicaciones sobre la base de la legislación doméstica de cada Estado miembro, pero planteaban el problema de la divergencia en cuanto a las medidas de protección de socios y terceros; y 2) a nivel intra-europeo, el problema era más grave ya que, con carácter general, estas operaciones no podían llevarse a cabo, bien porque así lo establecían las propias legislaciones de los Estados miembros en materia societaria, o bien debido a la interacción entre las mismas; todo ello, sin mencionar el elevado coste fiscal de estas operaciones que, en la práctica, determinaba la imposibilidad de su realización.

⁷⁷ Vid. Considerando nº5 de la Directiva 77/91/CEE.

⁷⁸ En este sentido, *vid.* EUROPEAN COMMISSION, “Memorandum by the Commission of the European Economic Community on the Establishment of European Companies”, SEC (66) 1250, 22 April 1966, *Bulletin of the European Economic Community. Supplement*, nº9-10/1966, p.5.

4. El inicio del proceso de armonización en el ámbito de las operaciones de reorganización empresarial a nivel interno: fusiones y escisiones

4.1. El importante papel de las fusiones y escisiones como instrumentos al servicio de la reorganización y redimensionamiento de las actividades de la empresa

Por lo que respecta a las operaciones de fusión (tanto internas como transfronterizas), cabría apuntar que constituyen un importante instrumento jurídico en manos de las empresas a través del cual podrían alcanzarse, entre otros, los siguientes objetivos en el plano estratégico, económico, financiero o comercial: la obtención de sinergias derivadas del aprovechamiento de las economías de escala y alcance (“fusiones horizontales”), lo que se traduce en una reducción de los costes de producción; la gestión más eficiente de los recursos con los que cuenta la empresa; el incremento de la capacidad productiva; la posibilidad de captar recursos financieros a un menor coste o aumentar la capacidad de endeudamiento; el aumento del potencial de expansión y crecimiento de la empresa, permitiendo el acceso a nuevos mercados en los que previamente no se encontraba implantada, el incremento de la cuota de mercado o la protección de la ya existente; o la mejora de la eficiencia de la cadena de suministro y del control de sus aprovisionamientos de materias primas, reduciendo el coste de las mismas y ahorrando los márgenes aplicados por el distribuidor lo que, en definitiva, redundará en un mejor precio de venta al público del producto final haciéndolo más competitivo (“fusiones verticales”)⁷⁹.

Asimismo, y desde el punto de vista organizativo, las operaciones de fusión posibilitan la reordenación de los distintos negocios de un grupo de sociedades a través de la centralización de servicios comunes (favoreciendo la coordinación de las diferentes actividades desarrolladas por la empresa), o la unificación de los controles jurídicos y contables, a la vez que pueden servir de instrumento para trasladar el domicilio social de la empresa o para transformar una estructura societaria basada en filiales en una estructura societaria basada en sucursales la cual, *a priori*, mejoraría la efectividad del proceso de toma de decisiones (eliminando posibles divergencias de intereses entre la matriz y sus filiales) y resultaría más eficiente en términos de costes⁸⁰.

⁷⁹ Una lista de los principales motivos (estratégicos, financieros, comerciales y organizativos) para la realización de operaciones de fusión y adquisición de empresas puede encontrarse en BOTELLA GARCÍA-LASTRA, C., “La importancia de la motivación económica de las operaciones de concentración y reestructuración empresarial y su incidencia fiscal”, *Revista de contabilidad y tributación*, nº224, 2001, pp.10-11; o en SEGAIN, H., “Fusions transfrontalières: va-t-on vers plus de confiance?”, *Journal des Sociétés*, nº 58, 2008, p.38.

⁸⁰ En relación con esta última cuestión, se han identificado algunos factores que contribuyen a “encarecer” las estructuras societarias articuladas en torno a una red de filiales establecidas en los diferentes Estados miembros, entre los que destaca la necesidad de un Consejo de Administración independiente para cada una de las filiales o el cumplimiento con la normativa contable y societaria propia del Estado de establecimiento (*vid.* WYMEERSCH, E., “Is a Directive on Corporate Mobility

Por otra parte, y específicamente en el ámbito transfronterizo, las operaciones de fusión podrían contribuir a la reducción de los costes regulatorios en la medida en que, con carácter general, la sociedad resultante de la misma tan sólo quedará sujeta a la actividad supervisora de las autoridades de un Estado miembro. De igual modo, las fusiones transfronterizas constituyen un mecanismo adecuado para la búsqueda por parte de las empresas de un entorno jurídico y/o fiscal más ventajoso que se traduzca en una disminución de sus costes o en una mayor facilidad para obtener financiación tanto interna como externa.

Por lo que respecta a las operaciones de escisión, y a pesar del recelo con el que tradicionalmente los legisladores nacionales han tratado a esta figura habida cuenta de los potenciales efectos negativos que podía desplegar sobre los intereses de accionistas, trabajadores, y acreedores, no puede negarse su gran utilidad desde el punto de vista económico, financiero, estratégico y organizativo, al servir, por ejemplo, i) como mecanismo de división de sociedades con pluralidad de negocios o actividades empresariales dotadas de estructuras y patrimonios independientes, para dar lugar a sociedades dedicadas de forma específica a dichas actividades; ii) como mecanismo de solución de conflictos entre los socios, al permitir la división de la sociedad en varias entidades en las que se integrará cada uno de los grupos en conflicto; iii) como mecanismo de regionalización para empresas multinacionales, a través de la escisión en diversas sociedades cuyo domicilio social quedará fijado en el territorio donde se realiza la actividad en cuestión; iv) como técnica para garantizar la supervivencia de una sociedad que ejerce actividades económicas diferenciadas, cuando una de éstas ve comprometida su viabilidad, supuesto en el que podría plantearse la realización de una escisión de dicha actividad antes de que el problema termine por afectar al conjunto de la sociedad; v) como instrumento para eliminar posibles ineficiencias en el reparto de fondos entre divisiones de una misma sociedad (financiación cruzada interna); vi) como mecanismo para acceder a ayudas y/o beneficios fiscales destinados a empresas de reducida dimensión, así como evitar las obligaciones legales a las que están sometidas las grandes empresas; o vii) como mecanismo para evitar algunos problemas asociados al crecimiento excesivo de la sociedad, como la ralentización en los procesos de toma

Needed?”, *European Business Organization Law Review*, vol.8, 2007, p.165). No obstante, la decisión final acerca del modo de estructurar jurídicamente las actividades de la sociedad en el exterior (filiales v. sucursales) deberá tener en cuenta múltiples factores, entre los que podrían destacarse, la normativa fiscal sobre compensación de pérdidas transfronterizas, las normas sobre transparencia fiscal internacional, el contenido de los CDIIs aplicables, las implicaciones y requisitos establecidos por el Derecho societario en relación con cada una de las estructuras posibles, o el interés en mantener un control más o menos directo sobre la gestión de la empresa (sobre esta cuestión, *vid.* LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., HERRERA MOLINA, P., “Régimen fiscal de la Sociedad Europea”, *Crónica Tributaria*, nº 110, 2004, pp.71-72). A este respecto, y a título de ejemplo, podría traerse a colación la integración de las filiales del grupo “Sony” localizadas en Grecia, Italia, Polonia, Portugal, y Centro-Sudeste de Europa en la sociedad “Sony Europe limited” (2010), la integración de las filiales del grupo “Nokia” situadas en Bélgica, República Checa, Italia, Países Bajos, Polonia, Portugal, España y Suecia en la sociedad “Nokia Sales International Oy” (2012); o la integración de las filiales del grupo automovilístico “Honda” establecidas en Austria, República Checa, Francia, Alemania, Italia, Hungría, Polonia, Portugal, República Eslovaca, y España, en la sociedad “Honda Motor Europe Limited” (2013). Sobre esta cuestión, *vid.* BECH-BRUUN, LEXIDALE, *Study on the application of the cross-border mergers Directive for the Directorate General for the Internal Market and Service*, Brussels, 2013, pp.50-51.

de decisiones y ejecución de las mismas, la planificación de la estrategia societaria, el control de la eficiencia de las diferentes divisiones de la empresa⁸¹ o el mantenimiento de un adecuado nivel de control financiero de la misma⁸².

A este respecto, cabría apuntar como, en una consulta pública lanzada por la Comisión Europea en 2014, las principales razones identificadas por los participantes para llevar a cabo una escisión transfronteriza serían las siguientes: modificar o simplificar la estructura organizacional de la sociedad, adaptarse a las condiciones cambiantes del mercado europeo y aprovechar las nuevas oportunidades que se generan en el mismo, resolver disputas entre grupos de socios en conflicto, acceder a beneficios fiscales, o buscar un entorno legislativo más favorable⁸³.

En definitiva, y a la vista de lo expuesto, podría afirmarse que, por una parte, las operaciones de fusión y escisión constituyen un instrumento de gran utilidad en todas las fases del ciclo económico⁸⁴, tanto para las grandes empresas multinacionales como para las pequeñas y medianas empresas y, por otra parte, están llamadas a desempeñar un papel fundamental en determinados momentos de la vida de un negocio, hasta el punto de que pueden llegar a ser el único medio para garantizar su competitividad e incluso su supervivencia. De este modo, no debe resultarnos extraño el interés de las instituciones europeas en extender a estas operaciones, en la medida de lo posible, el proceso de armonización en el ámbito del Derecho societario que se había iniciado a finales de la década de los sesenta con la aprobación de la Directiva 68/151/CEE.

⁸¹ Nótese cómo en aquellas sociedades que establezcan un sistema de incentivos para directivos y trabajadores vinculados a los resultados globales de la empresa (y no a los de la división en la que estos prestan sus servicios), los directivos y trabajadores de ramas de actividad o divisiones más eficientes pueden verse desmotivados al constatar que los resultados de divisiones menos eficientes se integran con los de su división para determinar el resultado global de la empresa y, por ende, los incentivos que van a percibir el conjunto de trabajadores y directivos con independencia de la división en la que desempeñen su puesto de trabajo. En estos supuestos, la solución podría pasar por llevar a cabo una operación de escisión de la empresa en sus diferentes ramas de actividad o divisiones, de forma tal que el control de la eficiencia de las mismas resultase más sencillo, así como el establecimiento de un plan de incentivos independiente para sus trabajadores y directivos.

⁸² Sobre el conjunto de finalidades a las que sirven las operaciones de escisión, *vid.*, entre otros, ROJO, A., “La escisión de sociedades”, en ALONSO UREBA, A., CHICO ORTIZ, J.M, y LUCAS FERNÁNDEZ, F., *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Civitas, Madrid, 1987, pp.666-667; DOMÍNGUEZ PÉREZ, J.L., “Una indagación acerca de las escisiones empresariales”, *Revista de contabilidad y tributación*, nº221-222, 2001, pp.143-145; MARTÍN GARCÍA, J.M., “La escisión” en SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M. (coord.), *Estudios jurídicos sobre operaciones de restructuración societaria*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, p.130; y NAVATTE, P., *Fusions et acquisitions*, EMS, Caen, 2012, pp.259-270.

⁸³ *Vid.* EUROPEAN COMMISSION (DIRECTORATE GENERAL JUSTICE AND CONSUMERS), *Feedback statement. Summary of responses to the public consultation on cross border mergers and divisions*, Brussels, October 2015, p.19).

⁸⁴ A título de ejemplo, podría apuntarse cómo entre los años 2008 y 2012, marcados por el impacto de la crisis económica y financiera a nivel global, el número de fusiones transfronterizas realizadas en el marco de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo (en adelante, EEE) se incrementó en un 173%, pasando de 132 operaciones completadas en 2008 a 361 en el año 2012 (*vid.* BECH-BRUUN, LEXIDALE, *op.cit.*, 2013, p.5).

4.2. La Directiva 78/855/CEE, sobre fusiones de sociedades anónimas

La aprobación de la Directiva 78/855/CEE⁸⁵ (derogada por la Directiva 2011/35/UE⁸⁶, la cual fue posteriormente codificada a través de la Directiva 2017/1132/UE⁸⁷), también conocida como “Tercera Directiva” en el ámbito del Derecho societario europeo⁸⁸, supuso la continuación natural de la labor iniciada por la Directiva 77/91/CEE, pues una vez armonizados los aspectos relativos a la constitución, mantenimiento y modificaciones de capital en las sociedades anónimas, era necesario abordar a renglón seguido todo lo relativo a la fusión de dichas sociedades⁸⁹, sobre la base común de la defensa de los intereses de socios y terceros⁹⁰. Por ello, lo primero que debemos destacar es la obligación impuesta a los Estados miembros por parte del legislador europeo para que procediesen a regular esta operación a nivel interno⁹¹, ya que, en el momento de la promulgación de la Directiva 78/855/CEE, la fusión de sociedades todavía no se encontraba plenamente desarrollada en los ordenamientos domésticos de algunos de estos Estados miembros, como era el caso de los Países Bajos⁹², si bien, con carácter general, podríamos afirmar que se trataba de una operación que se realizaba sin grandes dificultades al amparo de las respectivas legislaciones

⁸⁵ Tercera Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las fusiones de las sociedades anónimas. (DOCE nº L 295, de 20 de octubre de 1978, p.36).

⁸⁶ Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas (DOUE nº L 110, de 29 de abril de 2011, p.1).

⁸⁷ Nótese como, a los efectos de una mayor claridad expositiva y salvo excepciones puntuales, a lo largo de este epígrafe haremos referencia al articulado de la Directiva 78/855/CEE, sin perjuicio de que, en su caso, también se apunten los preceptos correspondientes de la actual Directiva 2017/1132/UE cuya redacción ya recoge los cambios introducidos por las diversas normas que modificaron el contenido de la “Tercera Directiva” como, por ejemplo, la Directiva 2007/63/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 78/855/CEE y 82/891/CEE del Consejo por lo que respecta al requisito de presentación de un informe de un perito independiente en caso de fusión o escisión de sociedades anónimas (DOUE nº L 300, de 17 de noviembre de 2007, p.47), o la Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por la que se modifican las Directivas 77/91/CEE, 78/855/CEE y 82/891/CEE del Consejo y la Directiva 2005/56/CE en lo que se refiere a las obligaciones de información y documentación en el caso de las fusiones y escisiones (DOUE nº L 259, de 2 de octubre de 2009, p.14).

⁸⁸ A este respecto, cabría apuntar como la numeración ordinal que se otorga a las diferentes Directivas en materia de Derecho societario europeo hace referencia al momento de presentación de la Propuesta por parte de la Comisión Europea y no al momento de su aprobación.

⁸⁹ Nótese como desde comienzos de la década de los sesenta se venía produciendo un incremento notable de los procesos de concentración empresarial a nivel interno en los Estados miembros (*vid. COMMISSION EUROPÉENNE, La politique industrielle de la Communauté. Mémoire de la Commission au Conseil*, COM (70) 100 final, 1970, p.92) al objeto de mejorar las competitividad de sus empresas en el mercado común y que dio lugar al surgimiento de los denominados “campeones nacionales” (sobre esta cuestión, *vid. GARCÍA-DURÁN HUET, P.*, “La lenta gestación de la política comunitaria de fusiones”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 12, 2002, p.510).

⁹⁰ Un interesante comentario de las disposiciones contenidas en la “Tercera Directiva” en su versión originaria, puede encontrarse en LOY, O., “La troisième directive du Conseil des Communautés européennes du 9 octobre 1978 concernant les fusions des sociétés anonymes”, *Revue trimestrielle de droit européen*, nº2, 1980, pp.354-369.

⁹¹ *vid.* artículo 2 de la Directiva 78/855/CEE (actual artículo 88 de la Directiva 2017/1132/UE).

⁹² En este sentido, *vid. BERCOVITZ, A.*, “La fusión de sociedades”, en ALONSO UREBA, A., CHICO ORTIZ, J.M., y LUCAS FERNÁNDEZ, F., *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Civitas, Madrid, 1987, p.638.

nacionales en materia mercantil, fiscal, financiera y laboral⁹³. Así, por ejemplo, en Alemania, la Ley de Sociedades de 1937 ya había establecido en sus artículos 233 y siguientes un régimen jurídico bastante completo para las operaciones de fusión por absorción y por constitución, que sería ampliado y perfeccionado, especialmente por lo que se refiere a los derechos de los socios, a través de la Ley de sociedades por acciones de 6 de septiembre de 1965⁹⁴.

Una cuestión que no podemos perder de vista reside en que el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 78/855/CEE queda circunscrito exclusivamente a las sociedades anónimas de los diferentes Estados miembros, pudiendo asimismo excluirse la aplicación de la Directiva a las sociedades cooperativas, o cuando alguna de las sociedades que vayan a ser absorbidas o desaparezcan como resultado de la operación de fusión sean objeto de un procedimiento concursal, un convenio y otro procedimiento análogo⁹⁵. Por tanto, podría decirse que la Directiva 78/855/CEE viene a situarse en la línea de la Directiva 77/91/CEE, frente a otras normas europeas de la época aprobadas en el ámbito del Derecho de sociedades, como la Directiva 68/151/CEE o la Directiva 78/660/CEE⁹⁶, que extendían su ámbito de aplicación a

⁹³ Vid. EUROPEAN COMMISSION, “Memorandum by the Commission of the European Economic Community on the Establishment of European Companies”, SEC (66) 1250, 22 April 1966, *Bulletin of the European Economic Community. Supplement*, n 9-10/1966, p.5.

⁹⁴ A este respecto, nótese también como en España, que no formaba parte de la Unión Europea en el momento de aprobación de la “Tercera Directiva”, la aparición de una regulación integral de esta institución jurídica como tal se produce a través de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 (artículos 142 a 149), complementada con lo establecido en el Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956 (artículos 132 a 137). Precisamente, la necesidad de implementar en nuestro Derecho interno la Directiva 78/855/CEE y otras normas comunitarias en el ámbito del Derecho societario tras la entrada de España en la UE en 1986, daría lugar a que la Ley de Sociedades de 1951 fuese sustituida por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, en cuyos artículos 233 a 251 se recogía una regulación ya más precisa de las operaciones de fusión, la cual sería complementada posteriormente con lo establecido en los artículos 226 a 234 del Reglamento del Registro Mercantil de 19 de julio de 1996 (sobre esta cuestión, *vid. GONZÁLEZ BLÁZQUEZ, M.E.*, “La protección de los accionistas en los procedimientos de fusión”, *Revista de contabilidad y tributación*, nº241, 2003, pp.127-128).

⁹⁵ Vid. artículo 1 de la Directiva 78/855/CEE (actual artículo 87 de la Directiva 2017/1132/UE). En este sentido, conviene apuntar como en virtud de la modificación introducida en su momento por la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) nº 1093/2010 y (UE) nº 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE nº L 173, de 12 de junio de 2014, p.190), los Estados miembros deberán garantizar que las disposiciones anteriormente contenidas en la Directiva 2011/35/UE (y que actualmente se encuentran recogidas en el Capítulo I del Título II de la Directiva 2017/1132/UE) no se apliquen a aquellas sociedades cubiertas por el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/59/UE y con respecto a las cuales se estén utilizando por parte de las autoridades competentes los instrumentos, competencias y mecanismos de resolución establecidos en el título IV de la citada Directiva.

⁹⁶ Cuarta Directiva del Consejo, de 25 de julio de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad (DOCE nº L 222, de 14 de abril de 1978, p.11). Esta Directiva tenía como principal objetivo la armonización de las disposiciones nacionales relativas a la elaboración, contenido, estructura y publicidad de las cuentas anuales, del informe de gestión y de la Memoria de las empresas, habida cuenta de su relevancia para la protección de socios y terceros, especialmente por lo que respecta a la necesidad de que dichos documentos ofreciesen una imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad. Con la misma

formas societarias de gran relevancia como las sociedades de responsabilidad limitada o las sociedades comanditarias por acciones y, por ende, conseguían un efecto armonizador de mayor calado. De hecho, el dictamen del Parlamento Europeo⁹⁷ sobre la Propuesta de Tercera Directiva presentada por la Comisión⁹⁸ se había mostrado partidario de ampliar su ámbito de aplicación subjetivo a estos tipos societarios, pero lo cierto es que las divergencias entre las concepciones y reglas relativas a las sociedades de responsabilidad limitada por parte de los ordenamientos de los Estados miembros eran de tal entidad que, al menos en un momento inicial, dificultaban en grado sumo la extensión de la Directiva 78/855/CEE a esta figura societaria⁹⁹. Sin embargo, y aun cuando en la actualidad el ámbito de aplicación subjetivo de las disposiciones contenidas en el Capítulo I del Título II de la Directiva 2017/1132/UE (herederas de las contempladas originariamente en la “Tercera Directiva”) sigue quedando circunscrito a las sociedades anónimas¹⁰⁰, la extensión progresiva por parte de la gran mayoría de Estados miembros del contenido de la Directiva 78/855/CEE a las sociedades de responsabilidad limitada e incluso a otros tipos societarios contemplados en su legislación (como p.ej. Italia o Países Bajos) ha permitido, en buena medida, ampliar las fronteras del proceso armonizador en este ámbito¹⁰¹.

Por lo que respecta a su ámbito de aplicación objetivo, una de las principales aportaciones de esta Directiva consistió en algo tan elemental y a la vez tan delicado

finalidad, y habida cuenta del creciente número de sociedades que formaban parte de un grupo, vería la luz unos años más tarde la Séptima Directiva 83/349/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1983, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado, relativa a las cuentas consolidadas (DOCE n° L 193, de 18 de julio de 1983, p.1). De hecho, algunos autores llegaron a afirmar en su momento que la armonización en el ámbito contable podría tener incluso un mayor impacto en la aproximación del Derecho societario de los Estados miembros que las propias normas materiales de Derecho societario elaboradas por las instituciones europeas a tal efecto (en este sentido, *vid.* WERLAUFF, E., “The development of...”, *op.cit.*, p.216). En la actualidad, ambas normas europeas han sido reemplazadas por la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo (DOUE n° L 182, de 29 de junio de 2013, p.19).

⁹⁷ DOCE n° C 129, de 11 de diciembre de 1972, p.50.

⁹⁸ DOCE n° C 89, de 14 de julio de 1970, p.20.

⁹⁹ Así lo entendía LOY, O., “La troisième directive...”, *op.cit.*, p.357, que, por el contrario, no veía mayores dificultades en la extensión de la Tercera Directiva a las sociedades comanditarias por acciones.

¹⁰⁰ De hecho, algunos autores ya apuntaron en su momento cómo esta actitud restrictiva del legislador europeo no parecía muy coherente con el hecho de que la “Tercera Directiva” estuviese inspirada por el actual artículo 50.2, apartado g) del TFUE, que a su vez se remite al artículo 54 del propio TFUE cuya definición de sociedad va mucho más allá de la sociedad anónima (*vid.* PASA, B., BENACCHIO, G.A., *op.cit.*, p.326).

¹⁰¹ *Vid.* HAMAEEKERS, H., *The Implementation of the EC Corporate Tax Directives*, Katholieke Universiteit Nijmegen, IBFD, Nijmegen, 1994, p.11. Por ejemplo, la implementación en Italia de las Directivas 78/855/CEE y 82/891/CEE a través del Decreto legislativo de 16 de enero de 1991, n°22, de modificación del Código Civil no queda limitada, por lo que a su ámbito de aplicación subjetivo se refiere a las sociedades anónimas, proyectándose sobre otras figuras societarias, incluyendo las cooperativas. En la misma línea se sitúa la legislación holandesa que ha posibilitado las fusiones y escisiones para todas las personas jurídicas contempladas en el Libro 2 del Código Civil, incluyendo cooperativas y sociedades mutuas de seguros, salvo para aquellas asociaciones con capacidad jurídica limitada (artículo 2:308 del Código Civil holandés o *Burgerlijk Wetboek*). Sobre esta cuestión, *vid.* PASA, B., BENACCHIO, G.A., *op.cit.*, p.326-327.

como acuñar una definición “europea” de las operaciones de fusión empresarial (aspecto sobre el que volveremos más adelante en este trabajo), pudiendo distinguirse dos grandes modalidades diferenciadas, a saber: fusión por absorción de una o varias sociedades por otra¹⁰² y fusión por constitución de una nueva sociedad¹⁰³. En la regulación de ambas categorías¹⁰⁴, orientada a la protección de los *shareholders*¹⁰⁵ y *stakeholders* de la empresa (entre los que destacan los acreedores¹⁰⁶), destaca la

¹⁰² Esta operación se define por el artículo 3.1 de la Directiva 78/855/CEE (actual artículo 89.1 de la Directiva 2017/1132/UE) como “la operación por la cual una o varias sociedades transfieren a otra, como consecuencia de una disolución sin liquidación, la totalidad de su patrimonio activa y pasivamente mediante la atribución a los accionistas de la o de las sociedades absorbidas de acciones de la sociedad absorbente y, eventualmente, de una compensación en especie que no supere el 10% del valor nominal de las acciones atribuidas o, a falta de valor nominal, de su valor contable”. A este respecto, nótese como la expresión “compensación en especie” que figuraba en la definición de fusión por absorción contenida en la versión en español de la Directiva 78/855/CEE podría introducir cierta confusión acerca de la naturaleza de la compensación que podían percibir los socios de la sociedad o sociedades transmitentes. No obstante, lo cierto es que si observamos las versiones en inglés (“*cash payment*”), italiano (“*conguaglio in danaro*”) o portugués (“*quantia em dinheiro*”) de la citada Directiva, resulta evidente que se trataba de un mero error de traducción (posiblemente del francés “*soulte en espèces*”) cuya corrección tardaría en hacerse efectiva más de treinta años (*vid.* DOUE n° L 74, de 19 de marzo de 2011, p.3). Así, en el artículo 3.1 de la Directiva 2011/35/UE ya figuraba la expresión “compensación en dinero” en lugar de “compensación en especie”. Por otra parte, cabría apuntar como la “Tercera Directiva” contemplaba dos variantes de la fusión por absorción, en función de si la sociedad absorbente era titular de todas las acciones y demás títulos que confieran derecho a voto en la Junta General de la sociedad o sociedades absorbidas (*vid.* artículo 24 de la Directiva 78/855/CEE y actual artículo 110 de la Directiva 2017/1132/UE), o tan sólo del 90% o más (*vid.* artículo 27 de la Directiva 78/855/CEE y actual artículo 113 de la Directiva 2017/1132/UE). La relevancia práctica de estos supuestos, reside fundamentalmente en la exigencia de unos menores requisitos y formalidades para que la operación se realice de forma válida (p.ej., en relación con la exigencia de informes de los órganos societarios y de peritos independientes sobre el proyecto de fusión, la información que debe ponerse a disposición de los accionistas, etc.), pues la disminución de las garantías de accionistas y terceros que *a priori* esto podría suponer quedaría mitigada por la especial relación entre la sociedad absorbente y la absorbida que existe en este tipo de supuestos. No en vano, se eximen o flexibilizan más requisitos en la primera de las modalidades mencionada que en la segunda, debido a la presencia, en esta última, de accionistas minoritarios en la sociedad absorbida.

¹⁰³ Esta operación se define por el artículo 4.1 de la Directiva 78/855/CEE (actual artículo 90.1 de la Directiva 2017/1132/UE) como “la operación por la que varias sociedades transfieren a una sociedad que constituyen, como consecuencia de su disolución sin liquidación, la totalidad de su patrimonio activa y pasivamente mediante la atribución a sus accionistas de acciones de la nueva sociedad y, eventualmente, de una compensación en especie que no supere el 10 % del valor nominal de las acciones atribuidas o, a falta de valor nominal, de su valor contable”. A este respecto, cabría señalar como, en línea con lo apuntado en la nota anterior, la referencia a la expresión “compensación en especie” fue sustituida por la expresión “compensación en dinero”, figurando esta última ya en la redacción del artículo 4.1 de la Directiva 2011/35/UE.

¹⁰⁴ En concreto, la “Tercera Directiva” opta por regular *in extenso* la fusión por absorción en sus artículos 5 a 22 (actuales artículos 91 a 108 de la Directiva 2017/1132/UE), para posteriormente, y a través de su artículo 23 (actual artículo 109 de la Directiva 2017/1132/UE), extender la práctica totalidad de su régimen legal a las operaciones de fusión por constitución.

¹⁰⁵ Sobre esta cuestión, pero en el marco del Derecho español, resulta muy interesante el estudio elaborado por GONZÁLEZ BLÁZQUEZ, E., *op.cit.*, pp.125 y ss.

¹⁰⁶ *Vid.* artículo 13 de la Directiva 78/855/CEE (actual artículo 99 de la Directiva 2017/1132/UE). Por lo que respecta a la protección de los derechos de los trabajadores de cada una de las sociedades que se fusionan, la “Tercera Directiva” no aborda directamente esta cuestión sino que se remite en su artículo 12 (actual artículo 98 de la Directiva 2017/1132/UE) a lo establecido en la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad (DOCE n° L 61, de 5 de marzo de 1977, p.26), la

obligatoriedad de elaborar un proyecto de fusión donde se recoja un contenido mínimo de información relativa a la operación establecido por la propia Directiva¹⁰⁷, y que, con carácter general, deberá ser aprobado por la Junta General de cada una de las sociedades que se fusionen¹⁰⁸ y sometido al requisito de publicidad¹⁰⁹.

Sobre este proyecto de fusión, la Directiva establecía, también con carácter general, la necesidad de que se elaborasen dos informes, uno realizado por los órganos de administración o dirección de cada una de las sociedades que participen en la operación y otro por uno o varios peritos independientes¹¹⁰, los cuales deberían prestar una atención especial a la relación de canje de las acciones y que posteriormente serán puestos a disposición de los accionistas, junto con otros documentos como las cuentas anuales o los informes de gestión de los últimos tres ejercicios de las sociedades que se fusionen, entre otros¹¹¹. Ahora bien, en relación con el informe pericial, garante de objetividad y salvaguarda de los derechos de accionistas y terceros, cabría señalar como tras la modificación operada por la Directiva 2007/63/CE su elaboración podía no resultar obligatoria siempre que así lo acordasen todos los accionistas y tenedores de títulos con derecho a voto de cada una de las sociedades involucradas en la fusión. De un modo similar, y tras la reforma operada por la Directiva 2009/109/CE, se abrió la puerta a que los Estados miembros pudieran estipular la no exigencia del informe sobre el proyecto de fusión elaborado por los órganos de administración o de dirección de cada una de las sociedades que se fusionen siempre que todos los accionistas y poseedores de otros títulos con derecho a voto de todas y cada una de las sociedades que participen en la fusión así lo acordasen. La principal justificación de esta flexibilización de los requisitos relativos al informe de los órganos societarios y al informe pericial, reside en la propia evolución de las políticas europeas en materia de Derecho de sociedades pues, a lo largo de la última década, éstas se han orientado, entre otros objetivos, hacia la reducción de las cargas administrativas soportadas por las empresas con el fin último de mejorar su eficacia y competitividad¹¹².

Otra de las grandes aportaciones que, a nuestro juicio, introdujo la Directiva 78/855/CEE, consistió en el incremento de la seguridad jurídica en el marco de este tipo de operaciones a través de tres mecanismos como son el sometimiento de la fusión a

cual sería posteriormente sustituida por la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad (DOCE nº L 82, de 22 de marzo de 2001, p.16).

¹⁰⁷ Vid. artículo 5 de la Directiva 78/855/CEE (actual artículo 91 de la Directiva 2017/1132/UE).

¹⁰⁸ Vid. artículos 7 y 8 de la Directiva 78/855/CEE (actuales artículos 93 y 94 de la Directiva 2017/1132/UE).

¹⁰⁹ Vid. artículo 6 de la Directiva 78/855/CEE (actual artículo 92 de la Directiva 2017/1132/UE).

¹¹⁰ Vid. artículos 9 y 10 de la Directiva 78/855/CEE, respectivamente (actuales artículos 95 y 96 de la Directiva 2017/1132/UE).

¹¹¹ Vid. artículo 11 de la Directiva 78/855/CEE (actual artículo 97 de la Directiva 2017/1132/UE).

¹¹² A este respecto, resultan particularmente interesantes las Comunicaciones de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo tituladas “Modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea. Un plan para avanzar”, COM (2003) 284 final, de 21 de mayo de 2003; y “Programa de Acción para la Reducción de las cargas administrativas en el Unión Europea”, COM (2007) 23 final, de 24 de enero de 2007.

unos requisitos de publicidad¹¹³, la fijación de sus efectos¹¹⁴ y, muy especialmente, el establecimiento de una serie de condiciones para la organización por parte de los Estados del régimen de nulidad de la fusión¹¹⁵.

Por lo que respecta al primero de ellos, la Directiva se remitía a las formas de publicidad previstas en la legislación de los Estados miembros que, en todo caso, deberían ser conformes a lo establecido en el artículo 3 de la Directiva 68/151/CEE¹¹⁶ (origen del actual artículo 16 de la Directiva 2017/1132/UE). Por lo que respecta al segundo de los mecanismos apuntados, cabría señalar como la “Tercera Directiva” estableció de forma clara que las fusiones por absorción o por constitución producirían *ipso iure* y de forma simultánea los siguientes efectos: 1) la transmisión universal de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad o sociedades transmitentes a la sociedad beneficiaria, 2) la conversión de los socios de la sociedad o sociedades transmitentes en socios de la sociedad beneficiaria (salvo en aquellos supuestos en los que la sociedad beneficiaria sea titular de todas las acciones y demás títulos que confieran derecho a voto en la sociedad o sociedades transmitentes¹¹⁷), y 3) la extinción de la sociedad o sociedades transmitentes¹¹⁸. Por lo que respecta al tercero de los mecanismos apuntados, orientado a proporcionar seguridad jurídica y salvaguardar los intereses de socios y terceros, la Directiva se limitaba a establecer una serie de límites y condiciones que los Estados miembros deberían respetar a la hora de desarrollar el régimen de nulidades de la fusión en sus ordenamientos internos. Así, entre otras cuestiones, i) se imponía la necesidad de que la nulidad fuese declarada por resolución judicial o, si la legislación de un Estado miembro así lo permitiese, por resolución administrativa susceptible de revisión ante los órganos jurisdiccionales; ii) se limitaban los supuestos en los que podía declararse la nulidad de una fusión que ya hubiera comenzado a surtir efectos; iii) se establecía un plazo relativamente corto (seis meses) para invocar la acción de nulidad; iv) se imponía la obligación al órgano que conociese de la solicitud de nulidad de la fusión, de conceder un plazo a las sociedades implicadas para regularizar la situación, siempre que estimase que la irregularidad invocada podía

¹¹³ Vid. artículo 18 de la Directiva 78/855/CEE (actual artículo 104 de la Directiva 2017/1132/UE).

¹¹⁴ Vid. artículo 19.1 de la Directiva 78/855/CEE (actual artículo 105.1 de la Directiva 2017/1132/UE).

¹¹⁵ Vid. artículo 22 de la Directiva 78/855/CEE (actual artículo 108 de la Directiva 2017/1132/UE).

¹¹⁶ En este sentido, cabría apuntar cómo, en líneas generales, el artículo 3 de la Directiva 68/151/CEE, interpretado conjuntamente con el artículo 2 de la citada norma, exigía que los Estados miembros abriesen un expediente, bien en un registro central o bien en un registro mercantil o registro de sociedades, por cada una de las sociedades inscritas en el que deberían incluirse (o transcribirse en el registro) una serie de actos e indicaciones relativos a la “vida de la sociedad” (p.ej. la escritura de constitución y los estatutos (si fueran objeto de un acto separado), así como sus modificaciones posteriores; los posibles cambios de domicilio social; o la disolución de la sociedad).

¹¹⁷ Vid. artículo 24 de la Directiva 78/855/CEE (actual artículo 110 de la Directiva 2017/1132/UE).

¹¹⁸ Ahora bien, partiendo del respeto a estos efectos jurídicos que imperativamente deberán producir las operaciones de fusión, nada impide a los Estados miembros exigir formalidades particulares para la oponibilidad a terceros de la transferencia de ciertos bienes, derechos y obligaciones aportados por la sociedad transmitente. Dichas formalidades podrán ser cumplimentadas por la sociedad beneficiaria de dichos bienes, derechos u obligaciones, o bien, por la sociedad transmitente, siempre que lo permita la legislación de los Estados miembros y durante un período limitado que no podrá fijarse, salvo casos excepcionales, en más de seis meses después de la fecha en que hubiera surtido efecto la fusión (vid. artículo 19.3 de la Directiva 78/855/CEE (actual artículo 105.3 de la Directiva 2017/1132/UE)).

ser subsanada; v) se sometía al requisito de publicidad la resolución donde se declarase la nulidad de la operación, lo cual determinaría el inicio del cómputo del plazo (seis meses) para la posible oposición de terceros; o vi) se establecía que la declaración de nulidad de la fusión no afectaría por sí misma a la validez de las obligaciones nacidas a cargo o en beneficio de la sociedad absorbente, con anterioridad a la resolución de nulidad y con posterioridad a la fecha en la que hubiese surtido efecto la fusión¹¹⁹.

Por último, es necesario destacar como, al margen de las fusiones por absorción y constitución a las que ya hemos hecho mención, la “Tercera Directiva” extiende su ámbito de aplicación objetivo a otras operaciones admitidas por las legislaciones de los Estados miembros cuya naturaleza resulta muy similar, pero que no cumplen alguno de los elementos definidores de las operaciones de fusión establecidos por la citada norma comunitaria, bien porque la compensación en metálico supera el límite establecido del 10%¹²⁰, o bien porque la/s sociedad/es transmitente/s no se extingue/n como resultado de la operación¹²¹. Sin lugar a dudas, estas disposiciones aportan flexibilidad a la aplicación del contenido de la Directiva, ampliando su radio de acción, a la vez que resultan consecuentes con su vocación garantista de los derechos de accionistas y terceros.

No obstante, y por lo que respecta a la segunda de las modalidades de operaciones asimiladas a la fusión a las que nos hemos referido, la redacción del artículo 31 de la Directiva 78/855/CEE resulta, a nuestro juicio, escueta y ambigua, de forma tal que no resulta totalmente claro si otras operaciones de reorganización empresarial como la aportación de activos o la escisión parcial quedarían incluidas bajo su ámbito de aplicación. En este sentido, el artículo 21.1 de la Propuesta de Tercera Directiva, de 16 de junio de 1970¹²², presentaba una redacción más elaborada, extendiendo la aplicación de la Directiva a las operaciones en virtud de las cuales “una sociedad transfiere a una o varias sociedades ya existentes o de nueva creación, la totalidad o una parte de su patrimonio a través de la atribución a sus socios de acciones de la sociedad o sociedades beneficiarias de la aportación, en contrapartida total o parcial de dicha aportación”. Ciertamente, a la vista del tenor literal del citado precepto, parece que éste podría dar cobertura tanto a operaciones de escisión total como de escisión parcial, pero no a aportaciones de activos, habida cuenta de que uno de los elementos característicos de las operaciones de aportación de activos reside en que es la propia sociedad transmitente (y no sus socios) la que recibe los títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria entregados en contrapartida de la

¹¹⁹ En relación con el régimen de nulidad de fusiones establecido en la “Tercera Directiva”, *vid.* PASA, B., BENACCHIO, G.A., *op.cit.*, p.323.

¹²⁰ *Vid.* artículo 30 de la Directiva 78/855/CEE (actual artículo 116 de la Directiva 2017/1132/UE).

¹²¹ *Vid.* artículo 31 de la Directiva 78/855/CEE (actual artículo 117 de la Directiva 2017/1132/UE).

¹²² DOCE nº C 89, de 14 de julio de 1970, p.20.

aportación de la totalidad o de una o varias partes del patrimonio de la sociedad transmitente¹²³.

Sin embargo, la redacción final del artículo 31 de la Directiva 78/855/CEE, que se ha mantenido en el actual artículo 117 de la Directiva 2017/1132/UE y que pivota básicamente sobre la supervivencia de la sociedad transmitente, no permite llegar de forma inequívoca a la misma conclusión. De este modo, parece claro que las operaciones de escisión total quedarían directamente excluidas de su ámbito de aplicación por cuanto la sociedad transmitente se extingue como resultado de la operación, lo cual resulta coherente con el hecho de que, tal y como veremos en el siguiente epígrafe de este trabajo, la Directiva 82/891/CEE (que también ha sido objeto de codificación a través de la Directiva 2017/1132/UE) ya abordaba específicamente la cuestión relativa a la escisión de las sociedades anónimas. Más dudas podrían plantearse *a priori* en relación con la posible inclusión de las operaciones de escisión parcial y aportación de activos dentro del ámbito de aplicación de la “Tercera Directiva”, habida cuenta de que el presupuesto de la supervivencia de la sociedad transmitente choca frontalmente con las definiciones de fusión por absorción y por constitución contenidas en los artículos 3.1 y 4.1 de la Directiva 78/855/CEE a los que se refiere de forma indirecta el artículo 31 de dicha norma comunitaria¹²⁴. A nuestro juicio, y dado que la no extinción de la sociedad transmitente es el único requisito explícito establecido por el

¹²³ Nótese como, a la hora de analizar esta cuestión y en virtud de la remisión efectuada por el artículo 31 de la Directiva a los ordenamientos nacionales de los Estados miembros, habría que atender a las definiciones concretas de estas operaciones (escisión, escisión parcial y aportación de activos) previstas en la normativa societaria doméstica de cada uno de los Estados miembros. Sin embargo, a los efectos que ahora interesan entendemos que, por lo que respecta a las operaciones de escisión (total o parcial) y aportación parcial de activos, no habría problema alguno en tomar como referencia las definiciones que de estas operaciones se han introducido recientemente en el artículo 160 *ter* de la Directiva 2017/1132/UE (relativo a supuestos transfronterizos). Asimismo, y por lo que respecta a las operaciones de aportación total de activos, podríamos recurrir a la definición contemplada en el artículo 2 apartado d) de la Directiva 2009/133/CE, sin perjuicio claro está de las diferencias que legítimamente pudieran existir en el ámbito mercantil a la hora de definir estas operaciones (p.ej. en relación con el requisito propio del ámbito tributario relativo a que el conjunto patrimonial transmitido conforme una rama de actividad). De hecho, si comparamos la definición que de “aportación de activos” realiza la Directiva 2009/133/CE con la definición que de esta operación, pero bajo el nombre de “segregación”, realiza el artículo 71 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, obtendremos una serie de características comunes, a saber: 1) la sociedad transmitente no se extingue como resultado de la operación; 2) la sociedad transmitente puede aportar la totalidad, una o varias partes de su patrimonio; y 3) es la sociedad transmitente, y no sus socios, la que recibe los títulos representativos del capital social de la beneficiaria. Lo mismo sucedería, relación con la operación con el artículo 70 LME (en relación con los artículos 73 y 25.2 LME por lo que respecta a la posibilidad de compensación en efectivo).

¹²⁴ El tenor literal del artículo 31 de la Directiva 78/855/CEE establece que “cuando la legislación de un Estado miembro permita una de las operaciones mencionadas en los artículos 2, 24 y 30, sin que todas las sociedades transferidas dejen de existir, el Capítulo II, con excepción de la letra c) del apartado 1 del artículo 19, y los Capítulos III y IV, serán respectivamente aplicables.” (el subrayado es nuestro). En nuestra opinión, esta referencia al artículo 2 de la Directiva donde se establece que “los Estados miembros organizarán, para las sociedades sujetas a su legislación, la fusión por absorción de una o varias sociedades por otra sociedad y la fusión por constitución de una nueva sociedad”, nos lleva indirectamente a tomar como referencia las definiciones que de estas operaciones se contienen en los artículos 3.1 y 4.1 de la Directiva para determinar si efectivamente, y con independencia del nombre dado a la operación concreta por parte de la legislación nacional de un Estado miembro, ésta presenta los caracteres definidores de una operación de fusión por absorción o por constitución.

artículo 31 de la Directiva 78/855/CEE, se impone la necesidad de flexibilizar alguno de los elementos definidores de las operaciones de fusión para analizar si las escisiones parciales, las aportaciones de activos, u otras operaciones de similar naturaleza desarrolladas por las legislaciones societarias de los Estados miembros, podrían quedar cubiertas por el ámbito de aplicación del citado precepto.

Así, en nuestra opinión, las operaciones de escisión parcial quedarían fuera del radio de acción del artículo 31 de la Directiva 78/855/CEE por cuanto, si bien es cierto que la sociedad transmitente no se extingue como resultado de la operación y que los títulos representativos del capital social de la beneficiaria son atribuidos a los socios de la sociedad transmitente como contrapartida de la aportación patrimonial efectuada (característica que comparte con las fusiones), no lo es menos que un elemento esencial de las operaciones de fusión reside en la transmisión de la totalidad del patrimonio de la sociedad transmitente a la sociedad beneficiaria, por no mencionar el hecho de que en las operaciones de fusión la sociedad beneficiaria debe ser única a diferencia de lo que sucede en el ámbito de las escisiones parciales donde podrían existir varias sociedades beneficiarias. Asimismo, debemos tener presente que las operaciones de escisión parcial podrían encontrar una cobertura específica en el artículo 25 de la Directiva 82/891/CEE sobre escisiones de sociedades anónimas (actual artículo 159 de la Directiva 2017/1132/UE).

Por lo que respecta a las aportaciones parciales de activos, la conclusión debe ser similar y resulta incluso más clara ya que nos encontramos ante una operación cuyos elementos definidores distan en gran medida de aquéllos que caracterizan las operaciones de fusión por cuanto: en primer lugar, es la sociedad transmitente (y no sus socios) la que recibe los títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria como contrapartida de la aportación patrimonial efectuada; en segundo lugar, no se produce una transmisión de la totalidad de los elementos de activo y pasivo de la sociedad transmitente; y, en tercer lugar, podrían existir varias sociedades beneficiarias. Ahora bien, si se tratase de una aportación total de activos en favor de una sola sociedad el escenario sería diferente habida cuenta de que la única diferencia sustancial entre estas operaciones y las operaciones de fusión (más allá, evidentemente, de la supervivencia de la sociedad transmitente que exige el artículo 31 de la Directiva 78/855/CE) pivotaría sobre el hecho de que sería la sociedad transmitente (y no sus socios) la que recibiría los títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria como contrapartida de la aportación patrimonial efectuada. A nuestro juicio, esta diferencia no resulta suficiente para negar a la aportación total de activos una naturaleza similar a las operaciones de fusión, más aun cuando la no extinción de la sociedad transmitente combinada con la transmisión de la totalidad de su patrimonio, exige necesariamente que los títulos de la sociedad beneficiaria sean atribuidos a la sociedad transmitente, que pasará a operar como una *sociedad holding*. Por ello, entendemos que el ámbito de aplicación objetivo del artículo 31 de la Directiva 78/855/CEE (actual artículo 117 de la Directiva 2017/1132/UE) podría proyectarse sobre las operaciones de aportación total de activos contempladas en las legislaciones

societarias de los Estados miembros, siempre que se encuentren definidas de un modo similar al establecido en el artículo 2, apartado d) de la Directiva 2009/133/CE.

En definitiva, si tenemos en cuenta que a finales de los años setenta la mayoría de los Estados miembros no disponían en sus respectivas legislaciones nacionales de normas sólidas y suficientemente desarrolladas en el ámbito de las fusiones transfronterizas, mientras que las relativas a las fusiones internas tenían un carácter marcadamente heterogéneo, podría afirmarse que, en el momento de su aprobación, la Directiva 78/855/CEE representó un gran avance en el ámbito del Derecho societario europeo. Ciertamente, y aun cuando dicha norma presentaba ciertas limitaciones por lo que respecta a su ámbito de aplicación objetivo y subjetivo, al circunscribirse sus efectos a las operaciones de fusión entre sociedades anónimas de naturaleza interna, la obligación impuesta a los Estados miembros de organizar para las sociedades anónimas sujetas a su legislación un régimen relativo a las fusiones por absorción y constitución sobre la base de unas definiciones comunes y unos requisitos mínimos fijados a nivel europeo, contribuyó de forma decisiva no sólo a la aproximación del contenido de los ordenamientos domésticos en el ámbito de las fusiones internas al objeto de garantizar la protección de socios y terceros, sino también a la creación de un marco jurídico europeo que, con las adaptaciones pertinentes, pudiese ser trasladado en un futuro al plano de las fusiones transfronterizas¹²⁵.

4.3. La Directiva 82/891/CEE, sobre escisiones de sociedades anónimas

Como ya hemos tenido ocasión de comprobar, desde finales de los años sesenta y durante toda la década de los setenta, las instituciones europeas venían desarrollando una intensa labor armonizadora en el ámbito del Derecho societario sobre la base de la progresiva eliminación de las restricciones a la libertad de establecimiento prevista en el actual artículo 50.2, apartado g) del TFUE. Por lo que respecta a las sociedades anónimas, el proceso de aproximación de las legislaciones de los Estados miembros ya se había proyectado sobre ámbitos tales como: i) la publicidad de determinados actos e información relevante acerca de la sociedad, validez de los compromisos societarios, y nulidad de sociedades (Directiva 68/151/CEE); ii) todo lo relativo a su constitución, así

¹²⁵ En este sentido, *vid.* TRÖGER, T.H., “Choice of Jurisdiction in European Corporate Law — Perspectives of European Corporate Governance”, *European Business Organization Law Review*, vol.6, nº1, 2005, p.37. Esta intención queda patente en el Considerando nº5 del Dictamen sobre la Propuesta de Tercera Directiva en materia de fusiones internas de sociedades anónimas (DOCE nº C 129, de 11 de diciembre de 1972, p.50), donde se afirmaba que dicha Directiva constituía “un requisito previo para la solución satisfactoria del problema de las fusiones internacionales, que deberá, en virtud del artículo 220 del Tratado de la CEE, ser solucionado de común acuerdo por los Estados miembros”. De hecho, la aproximación de los ordenamientos domésticos de los seis Estados miembros “originales” en materia de fusiones internas como medio para facilitar el posterior desarrollo de un instrumento jurídico que abordase las fusiones transfronterizas era una idea que ya estaba presente incluso antes de la elaboración de la Propuesta de Tercera Directiva (*vid.* EUROPEAN COMMISSION, “Memorandum by the Commission of the European Economic Community on the Establishment of European Companies”, SEC (66) 1250, 22 April 1966, *Bulletin of the European Economic Community. Supplement* nº 9-10/1966, p.8).

como al mantenimiento y modificaciones de su capital (Directiva 77/91/CEE); iii) la elaboración de sus cuentas anuales (Directiva 78/660/CEE); o iv) la realización de operaciones de fusión y otras operaciones asimiladas de naturaleza interna (Directiva 78/855/CEE). Sin embargo, habría que esperar hasta comienzos de la década de los ochenta para que viese la luz una norma de Derecho europeo que abordase la regulación de la figura de la escisión desde la perspectiva de la protección de los intereses de accionistas y terceros que pudieran verse afectados por la operación¹²⁶.

Ciertamente, y en la medida en que la escisión puede considerarse como el contrapunto natural de la operación de fusión¹²⁷, parece lógico que las garantías

¹²⁶ A este respecto, conviene recordar como la Propuesta de Tercera Directiva en materia de fusiones de sociedades anónimas (DOCE nº C 89, de 14 de julio de 1970, p.20), en virtud de lo expresado en su artículo 21.1, ya era partidaria de extender a las operaciones de escisión la práctica totalidad del régimen aplicable a las fusiones, al incluirlas dentro de la categoría de “otras operaciones asimilada a la fusión”. Tal solución requería, por una parte, contemplar la escisión como una suerte de fusión en la que la sociedad escindida o transmitente de la totalidad o una parte de su patrimonio adoptaría el papel de sociedad absorbida, mientras que la sociedad o las sociedades beneficiarias se configurarían como la sociedad o las sociedades absorbentes, y, por otra, realizar una serie de precisiones, contempladas en el artículo 21.2, para que dicha extensión por remisión del régimen de la fusión a la escisión fuese viable. Finalmente, este planteamiento, que contaba con el visto bueno del Dictamen del Parlamento Europeo (DOCE nº C 129, de 11 de diciembre de 1972, p.50) pero encontraba importantes reticencias en el Dictamen del CESE (DOCE nº C 88, de 6 de septiembre de 1971, p.18), no tuvo reflejo en la Directiva 78/855/CEE cuyo ámbito de aplicación, como hemos visto, quedó circunscrito exclusivamente a las fusiones y otras operaciones asimiladas, categoría, ésta última, en la que ya no quedaba incluida la figura de la escisión. Por el contrario, y de forma acertada, las instituciones europeas optaron por elaborar, sobre la base de la propia Propuesta de Tercera Directiva en materia de fusiones, una Directiva que abordara de forma autónoma las operaciones de escisión de sociedades anónimas.

¹²⁷ Así parecen concebirla autores como VANISTENDAEL, F., “Taxation of corporate reorganizations”, en THURONYI, V. (ed.), *Tax Law Design and Drafting*, vol.2, International Monetary Fund, Washington, 1998, p.898; BELL, S., “Amendments to Merger Directive: A New Dawn for Cross-Borders Reorganizations?”, *European Taxation*, vol.6, nº3, 2004, p.120; o RUSSO, R., OFFERMANN, R., “The 2005 Amendments to the EC Merger Directive”, *European Taxation*, vol.46, nº6, 2006, p.254. No obstante, como bien apunta el profesor A. ROJO, a pesar de la innegable existencia de “una analogía entre fusión y escisión, como consecuencia de una parcial comunidad de presupuestos y de efectos” entender ambas operaciones con carácter general en términos antitéticos, como la cara y la cruz de una misma moneda, supondría adoptar una óptica excesivamente reduccionista (*vid.* ROJO, A., *op.cit.*, p.665). En nuestra opinión, la escisión por constitución, al articular la división de una sociedad en dos o más entidades jurídicas independientes se configura como una suerte de operación “contraria” a la fusión por constitución, la cual constituye una forma de concentración empresarial. Así, en las operaciones de escisión total por constitución, partimos de una persona jurídica con un cierto patrimonio que, como resultado de la operación, se extingue para dar lugar a varias personas jurídicas que se repartirán los elementos patrimoniales de activo y pasivo que anteriormente estaban afectos a la actividad de la sociedad escindida mientras que, en las operaciones de fusión, partimos de varias personas jurídicas independientes que realizan su actividad con unos elementos patrimoniales determinados y que, como resultado de la operación, se extinguen para dar lugar una persona jurídica que incorporará dichos elementos patrimoniales de activo y pasivo. Sin embargo, no es menos cierto que, por ejemplo, cuando la escisión se realiza en favor de entidades ya existentes en el momento de realización de la operación, nos encontramos, en cierto sentido, ante una modalidad de concentración empresarial por cuanto se reduce el número de entidades jurídicas existentes a nivel global. Una opinión similar mantienen autores como HANSEN, L., “Merger, Moving and Division Across National Borders – When Case Law Breaks through Barriers and Overtakes Directives”, *European Business Law Review*, vol.18, nº1, 2007, p.191; o DOMÍNGUEZ PÉREZ, J.L., *op.cit.*, p.181, afirmando este último que “si bien *prima facie* la escisión se presenta como la operación opuesta a la fusión, se debe matizar esta apreciación inicial, habida cuenta que en muchos casos el patrimonio escindido termina refundiéndose con otros, ya provengan de otras escisiones ya pertenezcan a otras sociedades preexistentes, de manera que en definitiva se alcanza una

contempladas en la Directiva 78/855/CEE, con el objetivo de proteger los derechos de dichos colectivos, resultasen extensibles al ámbito de las operaciones de escisión de sociedades anónimas realizadas en el ámbito doméstico de los diferentes Estados miembros, surgiendo así la Directiva 82/891/CEE¹²⁸ o “Sexta Directiva” en el ámbito del Derecho societario europeo (la cual fue objeto de codificación a través de la Directiva 2017/1132/UE). No obstante, conviene tener presente que, mientras la Directiva 78/855/CEE imponía a los Estados miembros la necesidad de crear un marco legislativo armonizado en el ámbito de las fusiones internas, con independencia de que sus respectivos ordenamientos domésticos contemplasen o no dichas operaciones, la Directiva 82/891/CEE supeditaba dicha obligación de armonización a que la figura de la escisión estuviese permitida previamente en el Derecho interno del Estado miembro en cuestión¹²⁹, pudiendo, por ende, ser calificada como una Directiva de armonización imperativa relativa¹³⁰.

La identidad entre los fines y principios perseguidos por la Tercera y Sexta Directivas en materia de Derecho societario europeo, queda reflejada no sólo en su ámbito de aplicación subjetivo, sino en una estructura y contenido muy similar, aspecto que se mantuvo (e incluso se intensificó) tras las modificaciones operadas en su articulado por las Directivas 2007/63/CE y 2009/109/CE. Así, la primera gran aportación de la Directiva 82/891/CEE gira en torno al establecimiento de una definición a nivel europeo de las operaciones de escisión¹³¹, distinguiendo dos modalidades, a saber: escisión por absorción¹³² y escisión por constitución¹³³.

combinación empresarial similar a la que acontecería con una fusión, por lo que el trasfondo económico sería idéntico (...)”.

¹²⁸ Sexta Directiva 82/891/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1982, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y referente a la escisión de sociedades anónimas (DOCE nº L 378, de 31 de diciembre de 1982, p.47). La fecha de publicación de esta Directiva hay que ponerla en relación con el plazo general de tres años que el legislador europeo otorgó a los Estados miembros para adecuar sus disposiciones legales, reglamentarias y administrativas a la Directiva 78/855/CEE (artículo 32.1). De este modo, la promulgación de la Sexta Directiva poco después de terminado dicho plazo hace que esta primera etapa del proceso de armonización del Derecho societario en materia de operaciones de reorganización empresarial resulte ciertamente escalonada, finalizando, como norma general, el 1 de enero de 1986, fecha límite impuesta a los Estados miembros que permitían la realización de operaciones de escisión para implementar la Directiva 82/891/CEE (artículo 26.1). A este respecto, nótese como el TJUE llegó a declarar, después de la instrucción del correspondiente procedimiento conforme al artículo 258 del TFUE, el incumplimiento de sus obligaciones conforme al Tratado por parte de Bélgica al no implementar en el plazo establecido ninguna de las Directivas anteriormente mencionadas (*vid.* STJUE de 11 de mayo de 1989, asunto C-46/88, *Comisión Europea v. Bélgica*).

¹²⁹ *Cfr.* artículo 2 de la Directiva 78/855/CEE (actual artículo 88 de la Directiva 2017/1132/UE) y artículo 1.1 de la Directiva 82/891/CEE (actual artículo 135.1 de la Directiva 2017/1132/UE). A este respecto cabría apuntar cómo el Dictamen del CESE a la Propuesta de Tercera Directiva, presentado el 27 de mayo de 1971 (DOCE nº C 88, de 6 de septiembre de 1971, p.18), en relación con el artículo 21 de dicha propuesta (que hacía referencia a la escisión como una forma de operación asimilada a la fusión) se mostraba partidario de imponer también a los Estados miembros la obligación de regular las operaciones de escisión.

¹³⁰ En este sentido, *vid.* ROJO, A., *op.cit.*, p.671.

¹³¹ A este respecto cabría apuntar como, en realidad, el legislador europeo ya había desarrollado una definición de la operación de escisión en el artículo 2.1 de la Propuesta de Directiva del Consejo relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones y aportaciones de activos entre sociedades de diferentes Estados miembros, presentada por la Comisión el 16 de enero de 1969 (DOCE nº C39, de 22

Por lo que respecta a la configuración del régimen legal de estas operaciones¹³⁴, y aun sin ánimo de profundizar en esta cuestión (la cual excedería del objeto de estudio de nuestro trabajo), cabría destacar la necesidad de la elaboración de un proyecto de escisión (para el cual se establecía un contenido mínimo¹³⁵) que debería ser objeto de publicidad al menos un mes antes de la fecha establecida para la reunión de la Junta General de cada una de las sociedades participantes donde se decidiría acerca de su aprobación¹³⁶, operando, con carácter general, las mismas reglas y régimen de mayorías establecido por la Directiva 78/855/CEE en relación con las operaciones de fusión¹³⁷. Sobre este proyecto de escisión, la Directiva 82/891/CEE establecía la necesidad de que, con carácter general, se elaborasen dos informes, uno por parte de los órganos de administración o de dirección de cada una de las sociedades que participasen en la escisión¹³⁸ y otro por parte de uno o varios peritos independientes de éstas¹³⁹, los cuales

de marzo de 1969, p.1). De hecho, tal y como recomendó el Dictamen del CESE a la Propuesta de Tercera Directiva (sobre la que también se elaboró la Directiva 82/891/CEE), las definiciones finalmente plasmadas en los artículos 2 (escisión por absorción) y 21 (escisión por constitución) de la Sexta Directiva, resultan prácticamente idénticas a la contenida en el artículo 2.1 de la Propuesta de Directiva de 1969, que aborda de forma conjunta ambas modalidades de escisión, y que se ha mantenido vigente en el artículo 2.1, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE.

¹³² Definida por el artículo 2.1 de la Directiva 82/891/CEE (actual artículo 136.1 de la Directiva 2017/1132/UE) como “la operación por la que, como consecuencia de su disolución sin liquidación, una sociedad transfiere a varias sociedades el conjunto de su patrimonio, activo y pasivo, mediante la atribución a los accionistas de la sociedad escindida de acciones de las sociedades beneficiarias de las aportaciones resultantes de la escisión, en adelante denominadas «sociedades beneficiarias» y eventualmente, de una compensación en dinero que no exceda el 10 % del valor nominal de las acciones atribuidas o, en su defecto de valor nominal, de su valor contable”.

¹³³ Definida por el artículo 21.1 de la Directiva 82/891/CEE (actual artículo 155.1 de la Directiva 2017/1132/UE) como “la operación por la que, como consecuencia de una disolución sin liquidación, una sociedad transfiere a varias sociedades recientemente constituidas la totalidad de su patrimonio, activo y pasivo, mediante la atribución a los accionistas de la sociedad escindida de acciones de las sociedades beneficiarias y, eventualmente, de una compensación en metálico que no sobrepase el 10 % del valor nominal de las acciones atribuidas o en defecto de valor nominal, de su valor contable”.

¹³⁴ Siguiendo la operativa de la Directiva 78/855/CEE, la Directiva 82/891/CEE regulaba *in extenso* la figura de la escisión por absorción en sus artículos 2 a 20 (actuales artículos 136 a 154 de la Directiva 2017/1132/UE), para posteriormente, y a través de su artículo 22 (actual artículo 156 de la Directiva 2017/1132/UE), extender en gran medida el régimen aplicable a dichas operaciones a las escisiones por constitución de nuevas sociedades.

¹³⁵ *Vid.* artículo 3 de la Directiva 82/891/CEE (actual artículo 137 de la Directiva 2017/1132/UE).

¹³⁶ *Vid.* artículo 4 de la Directiva 82/891/CEE (actual artículo 138 de la Directiva 2017/1132/UE).

¹³⁷ *Vid.* artículo 5 de la Directiva 82/891/CEE (actual artículo 139 de la Directiva 2017/1132/UE). A este respecto, conviene tener presente como los Estados miembros podrán, por una parte, no imponer la aprobación de la escisión por la Junta General de una sociedad beneficiaria si se cumplen una serie de requisitos destinados a proteger los intereses de sus accionistas, principalmente en relación con la publicidad del proyecto de escisión, el acceso a la documentación e información relevante sobre la operación, o la posibilidad de que accionistas que representen un porcentaje mínimo del capital social de la sociedad escindida (que no podrá fijarse en más del 5%) puedan obtener la convocatoria de una Junta General de la sociedad beneficiaria llamada a pronunciarse sobre la aprobación de la escisión (artículo 6 de la Directiva 82/891/CEE; actual artículo 140 de la Directiva 2017/1132/UE), y, por otra parte, no exigir la aprobación de la operación por la Junta General de la sociedad escindida si las sociedades beneficiarias poseen conjuntamente todas las acciones de la sociedad escindida y todas las demás participaciones que confieran el derecho de voto en la Junta General de la sociedad escindida y se cumplen determinadas condiciones (artículo 20 de la Directiva 82/891/CEE; actual artículo 154 de la Directiva 2017/1132/UE).

¹³⁸ *Vid.* artículo 7 de la Directiva 82/891/CEE (actual artículo 141 de la Directiva 2017/1132/UE). Sin embargo, nótese como la propia Directiva contemplaba en su artículo 10 la posibilidad de que los Estados

junto con otra serie de documentos deberían ser puestos, salvo determinadas excepciones, a disposición de los accionistas al menos con un mes de antelación a la reunión de la Junta General que decidirá sobre la viabilidad del proyecto de escisión¹⁴⁰.

Por lo que respecta a la protección de los intereses de los colectivos que pudieran verse afectados por la operación de escisión, tales como acreedores, obligacionistas y poseedores de títulos con derechos especiales¹⁴¹, la Directiva 82/891/CEE sigue una línea muy similar a la Directiva 78/855/CEE, si bien dada la propia naturaleza de las operaciones de escisión, se introducen algunas particularidades en lo relativo a la protección de los acreedores, entre las que destacan: la referencia explícita a la responsabilidad solidaria de las sociedades beneficiarias respecto de las obligaciones frente a acreedores que no hubieran sido satisfechas por la sociedad a la que le fueron transmitidas en virtud de lo establecido en el proyecto de escisión, o incluso la posibilidad de que los Estados miembros puedan disponer que las sociedades beneficiarias respondan solidariamente de las obligaciones de la sociedad escindida¹⁴². También en materia de publicidad de la escisión¹⁴³, configuración del régimen de nulidades¹⁴⁴, así como en relación con la obligación de los Estados miembros de regular la responsabilidad civil de los miembros de los órganos de administración o de dirección de la sociedad escindida y de los peritos en relación con sus respectivas funciones en el marco de una operación de escisión¹⁴⁵, la Directiva 82/891/CEE optaba por reproducir casi de forma literal lo establecido en los artículos 18 a 22 de la Directiva 78/855/CEE.

Una cuestión que resulta particularmente interesante gira en torno al establecimiento por parte de la Directiva 82/891/CEE de los efectos jurídicos de la escisión como mecanismo que aporta seguridad jurídica a la realización de estas operaciones. De este modo, y de acuerdo con la citada norma, las operaciones de escisión producirán *ipso iure* y de forma simultánea los siguientes efectos¹⁴⁶: 1) la transmisión de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad escindida a las

miembros pudiesen excluir este requisito siempre que así lo decidiesen todos los accionistas y portadores de títulos con derecho a voto de las sociedades participantes en la escisión.

¹³⁹ Vid. artículo 8 de la Directiva 82/891/CEE (actual artículo 142 de la Directiva 2017/1132/UE). A este respecto, cabría señalar como, al igual que sucedía en relación con el informe de los órganos de administración o dirección, el artículo 10 de la Directiva contemplaba la posibilidad de que los Estados miembros pudiesen excluir este requisito siempre que así lo decidiesen todos los accionistas y portadores de títulos con derecho a voto de las sociedades participantes en la escisión, si bien tras la modificación operada por la Directiva 2007/63/CE en la redacción del citado precepto, la no exigencia del citado informe se convirtió en imperativa en caso de concurrir la unanimidad anteriormente señalada.

¹⁴⁰ Vid. artículos 9, 10, y 22.5 de la Directiva 82/891/CEE (actuales artículos 143, 144, y 156.4 de la Directiva 2017/1132/UE).

¹⁴¹ Nótese cómo, de igual modo que sucedía en el ámbito de las fusiones de sociedades anónimas reguladas por la Directiva 78/855/CE, los derechos de los trabajadores de cada una de las sociedades participantes en la escisión quedarían regulados por la Directiva 2001/23/CE.

¹⁴² Vid. artículos 12.3 y 12.6 respectivamente de la Directiva 82/891/CEE (actuales artículos 146.3 y 146.6 de la Directiva 2017/1132/UE).

¹⁴³ Vid. artículo 16 de la Directiva 82/891/CEE (actual artículo 150 de la Directiva 2017/1132/UE).

¹⁴⁴ Vid. artículo 19 de la Directiva 82/891/CEE (actual artículo 153 de la Directiva 2017/1132/UE).

¹⁴⁵ Vid. artículo 18 de la Directiva 82/891/CEE (actual artículo 152 de la Directiva 2017/1132/UE).

¹⁴⁶ Vid. artículo 17.1 de la Directiva 82/891/CEE (actual artículo 151.1 de la Directiva 2017/1132/UE).

sociedades beneficiarias de acuerdo con el reparto previsto en el proyecto de escisión¹⁴⁷; 2) los accionistas de la sociedad escindida se convertirán en accionistas de una o más de las sociedades beneficiarias conforme al reparto previsto en el proyecto de escisión; y 3) la sociedad escindida dejará de existir.

Por último, no puede dejar de destacarse como, siguiendo el ejemplo de los artículos 30 y 31 de la Directiva 78/855/CEE, se extiende la regulación de las operaciones de escisión propiamente dichas a otras operaciones contempladas por las legislaciones de los Estados miembros cuya esencia jurídica resulta similar, pero que no presentan alguno de los caracteres definidores de las operaciones de escisión previstos por la Directiva 82/891/CEE, bien porque la compensación en metálico supera el límite del 10%¹⁴⁸, o bien porque la sociedad escindida no deja de existir como resultado de la operación en cuestión¹⁴⁹. En relación con esta última modalidad, se plantea la duda acerca de qué operaciones quedarían incluidas bajo su ámbito de aplicación, siendo las principales candidatas la escisión parcial y la aportación parcial de activos. A este respecto, y al igual que sucedía en el ámbito del artículo 31 de la Directiva 78/855/CEE, el principal problema reside no sólo en la escueta redacción del artículo 25 de la Directiva 82/891/CEE, sino en la referencia indirecta que este precepto realiza a las definiciones de escisión por absorción y escisión por constitución contenidas respectivamente en los artículos 2.1 y 21.1 de la citada Directiva, habida cuenta de que el presupuesto de la supervivencia de la sociedad transmitente presenta problemas de encaje con dichas definiciones. En nuestra opinión, y dado que la no extinción de la sociedad transmitente es el único requisito plasmado de forma explícita en el tenor literal del artículo 25 de la Directiva 82/891/CEE, se impone la necesidad de flexibilizar alguno de los elementos definidores de las operaciones de escisión para analizar si las escisiones parciales, las aportaciones parciales de activos, u otras operaciones de similar naturaleza desarrolladas por las legislaciones societarias de los Estados miembros, pueden incluirse dentro del ámbito de aplicación del artículo 25 de la Directiva 82/891/CEE.

Así, en relación con las escisiones parciales, tendríamos que, por una parte, se satisface el requisito de la no extinción de la sociedad transmitente como resultado de la operación y, por otra parte, se respetan los principales elementos caracterizadores de las operaciones de escisión total por cuanto: 1) los títulos representativos del capital social de la sociedad o sociedades beneficiarias son atribuidos a los socios de la sociedad

¹⁴⁷ A este respecto habrá que tener en cuenta que el artículo 3.3 de la Directiva 82/8918/CEE (actual artículo 137.3 de la Directiva 2017/1132/UE) establece una regla especial en relación con aquellos elementos del patrimonio que no hubiesen sido atribuidos en el proyecto de escisión a una de las sociedades beneficiarias y la interpretación de éste no permita decidir sobre su reparto. Así pues, si se tratase de un elemento perteneciente al activo de la sociedad transmitente, dicho elemento o su contravalor se repartirá entre todas las sociedades beneficiarias de manera proporcional al activo atribuido a cada una de ellas en el proyecto de escisión; si, por el contrario, se tratase de un elemento perteneciente al pasivo de la sociedad transmitente, cada una de las sociedades beneficiarias será responsable solidariamente, pudiendo los Estados miembros determinar que esta responsabilidad solidaria quede limitada al activo neto atribuido a cada beneficiaria.

¹⁴⁸ *Vid.* artículo 24 de la Directiva 82/891/CEE (actual artículo 158 de la Directiva 2017/1132/UE).

¹⁴⁹ *Vid.* artículo 25 de la Directiva 82/891/CEE (actual artículo 159 de la Directiva 2017/1132/UE).

transmitente como contrapartida de la aportación patrimonial efectuada; 2) existe la posibilidad de fijar una compensación en efectivo que no exceda del 10 % del valor nominal de las acciones atribuidas o, a falta de valor nominal, de su valor contable. De este modo, los únicos elementos propios de la escisión parcial que podrían presentar problemas de encaje a la luz de las definiciones contenidas en los artículos 2.1 y 21.1 de la Directiva 82/891/CEE girarían en torno a que no se produce la transmisión de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad transmitente, y a la posibilidad de que sólo exista una sociedad beneficiaria.

Sin embargo, a nuestro juicio, a los efectos de la aplicación del artículo 25 de la Directiva 82/891/CEE, la no transmisión de la totalidad del patrimonio de la sociedad transmitente en el marco de las escisiones parciales debe ser vista como una condición necesaria para dar cumplimiento de forma simultánea al requisito de supervivencia de dicha sociedad y al de la atribución de los títulos de la sociedad o sociedades beneficiarias a los socios de la sociedad transmitente como contrapartida de la aportación patrimonial efectuada. Asimismo, el hecho de que la definición de escisión total por absorción y constitución exija la presencia de varias sociedades beneficiarias tampoco resulta determinante para excluir a las escisiones parciales del ámbito de aplicación del artículo 25 de la Directiva 82/891/CEE (actual artículo 159 de la Directiva 2017/1132/UE), ya que en el marco de estas operaciones también pueden existir varias sociedades beneficiarias a las que se atribuyan diversas partes del patrimonio de la sociedad transmitente. Por todo ello, entendemos que las escisiones parciales en favor de varias sociedades, quedarían cubiertas de forma clara por el ámbito de aplicación del citado precepto.

Mayores dudas podría plantear *a priori* la extensión de esta conclusión a las escisiones parciales en favor de una única sociedad, si bien, a nuestro juicio, la exclusión de esta modalidad de escisión parcial supondría adoptar una postura excesivamente formalista que no encontraría fácil acomodo a la luz de la finalidad de la Directiva 82/891/CEE, más aún si tenemos en cuenta la reciente extensión del proceso armonizador a las operaciones de escisión parcial por constitución cuando éstas presentan una naturaleza transfronteriza¹⁵⁰.

Ahora bien, por lo que respecta a las aportaciones parciales de activos, entendemos que deberían quedar fuera del ámbito de aplicación del artículo 25 de la Directiva 82/891/CEE ya que, si bien la sociedad transmitente tampoco se extingue como resultado de la operación, se trata de una operación que apenas comparte elementos definidores con las operaciones de escisión total en la medida en que: 1) es la sociedad transmitente (y no sus socios) la que recibe los títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria como contrapartida de la aportación patrimonial efectuada; 2) tampoco se produce una transmisión de la totalidad de los elementos patrimoniales de activo y pasivo de la sociedad transmitente; y 3) no existe la

¹⁵⁰ Vid. artículo 160 *ter* de la Directiva 2017/1132/UE.

posibilidad de una compensación adicional de efectivo¹⁵¹. Todo ello, sin perjuicio de que, a la luz de la ampliación del proceso armonizador del Derecho societario europeo para dar cobertura a las aportaciones parciales de activos (segregación) que se llevan a cabo en el ámbito transfronterizo y en las que la sociedad o sociedades beneficiarias son de nueva creación¹⁵², y sobre la base de principios similares a los que en su momento inspiraron la elaboración de las Directivas 78/855/CEE y 82/891/CEE, pudiera plantearse la conveniencia de extender, con las oportunas adaptaciones, la aplicación de las disposiciones contenidas actualmente en las secciones 2, 3 y 4 del Capítulo III del Título II de la Directiva 2017/1132/UE a las operaciones de aportación parcial de activos.

En definitiva, podría afirmarse que la Directiva 82/891/CEE estableció los caracteres definidores de las operaciones de escisión, así como su régimen jurídico fundamental, impactando directamente sobre las legislaciones societarias de los Estados miembros que contemplaban dichas operaciones. No obstante, y a pesar de la innegable relevancia que esta norma europea tuvo en el momento de su aprobación, lo cierto es que, en la actualidad, todavía existen algunos aspectos que, a nuestro juicio, presentan un cierto margen de mejora, a saber: en primer lugar, y aun cuando la práctica totalidad de los Estados miembros ya permiten las operaciones de escisión en el ámbito interno, debería imponerse a los Estados miembros la obligación de establecer un régimen jurídico para estas operaciones (al igual que sucede en el ámbito de las fusiones de sociedades anónimas), de forma tal que queden vinculados por las disposiciones actualmente contenidas en el actual Capítulo III del Título II de la Directiva 2017/1132/UE; y, en segundo lugar, creemos que, frente a la opción actual de dar cobertura a las escisiones parciales a través del genérico artículo 159 de la Directiva 2017/1132/UE, sería conveniente que el actual Capítulo III del Título II de la citada norma comunitaria se refiriese de forma explícita a estas operaciones¹⁵³.

¹⁵¹ En una línea similar ya se manifestó en su momento ROJO, A., *op.cit.*, pp.673-674. A este respecto, nótese como el hecho de que en la operación de aportación parcial de activos, tal y como se defina por la legislación societaria del Estado miembro en cuestión, sólo exista una sociedad beneficiaria (siguiendo el modelo de la definición contenida en el artículo 2, apartado d) la Directiva 2009/133/CE) o se admita la posibilidad de que sean varias (siguiendo el modelo de operación de segregación contenida en el artículo 160 *ter* de la Directiva 2017/1132/UE), no afecta a la conclusión alcanzada por cuanto, si bien es cierto que el hecho de que exista una única sociedad beneficiaria sería un elemento adicional de fricción con la definición de escisión total que maneja la Directiva 82/891/CEE, no lo es menos que la posibilidad de que sean varias las sociedades beneficiarias de la aportación parcial de activos no presenta la suficiente entidad para otorgar a esta operación una naturaleza similar a las operaciones de escisión, principalmente por el hecho de que los títulos de las sociedades beneficiarias seguirían atribuyéndose a la sociedad transmitente y no a sus socios.

¹⁵² *Vid.* artículo 160 *ter* de la Directiva 2017/1132/UE.

¹⁵³ A este respecto, se ha apuntado que el motivo por el cual la Directiva 82/891/CEE no daba cobertura de forma explícita a las operaciones de escisión parcial podría encontrarse en la influencia que la tradición jurídica francesa hubiera podido desplegar sobre la redacción de la Sexta Directiva pues, si bien el Derecho societario francés fue pionero en el reconocimiento de la figura jurídica de la escisión, una parte de la doctrina científica sólo consideraba la escisión total como escisión propiamente dicha (*vid.* DOMÍNGUEZ PÉREZ, J.L., *op.cit.*, p.149).

CAPÍTULO II. LA EXTENSIÓN DEL PROCESO DE ARMONIZACIÓN A LAS FUSIONES TRANSFRONTERIZAS INTRACOMUNITARIAS¹⁵⁴

1. La necesidad de incrementar el grado de concentración empresarial en el seno de Unión Europea

Desde un primer momento, dos de los objetivos más importantes perseguidos por las instituciones comunitarias en relación con la garantía de las Libertades Fundamentales y el establecimiento del mercado interior giraban, por una parte, en torno a la eliminación de los obstáculos de diversa índole (jurídicos, fiscales y financieros) que impedían o dificultaban la actividad de las empresas de los diferentes Estados miembros en el conjunto del territorio de la Comunidad; y, por otra parte, en torno a la necesidad de incrementar la competitividad de dichas empresas frente a las de países terceros, principalmente Estados Unidos y en menor medida Japón, habida cuenta de que, en paralelo al desarrollo del mercado común, se estaba intensificando el nivel de globalización de la economía mundial.

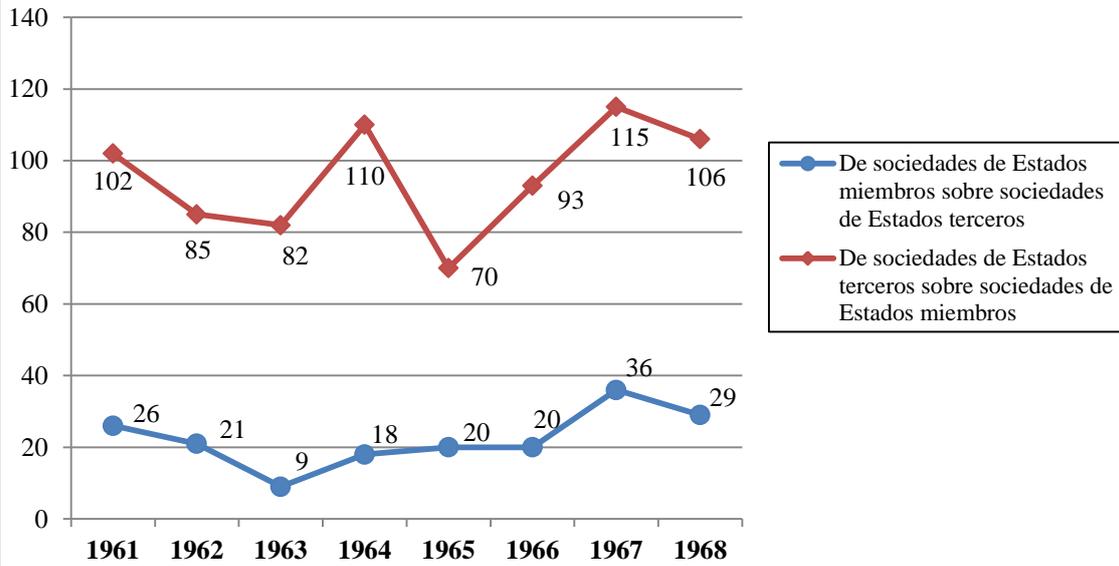
En relación con esta última cuestión, pronto quedó de manifiesto la importancia de alcanzar un mayor grado de concentración empresarial en el seno de la Comunidad que permitiese afrontar la competencia externa en “igualdad de armas”¹⁵⁵, más aun cuando comenzó a constatarse que la adquisición del control sobre empresas de los diferentes Estados miembros por parte de empresas de países terceros (las cuales presentaban una mayor fortaleza en términos económicos y financieros)¹⁵⁶ resultaba mucho más frecuente que el fenómeno a la inversa (esto es, adquisición y toma de control de empresas extranjeras por parte de empresas localizadas en los diferentes Estados miembros), tal y como muestra el siguiente gráfico.

¹⁵⁴ Nótese como el contenido de los epígrafes 1, 2, 4, y 6 de este Capítulo ya ha sido plasmado, al menos en parte y en relación con el estado de cosas en el momento de su elaboración, en el artículo QUINTAS SEARA, A., “La Directiva 2005/56/CE como eje central del proceso de armonización del Derecho societario europeo en materia de fusiones transfronterizas: una reflexión acerca de su origen, importancia, y cuestiones sobre las que todavía existe un margen de mejora”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 62, 2017, pp.47-91.

¹⁵⁵ De hecho, la competitividad frente al exterior constituye una de las principales razones que tradicionalmente han impulsado los procesos de concentración empresarial junto con otras como la racionalización de la producción, la ampliación de mercados, o la necesidad de sustituir una política de competencia entre empresas por una política de colaboración empresarial (*vid.* ALONSO SOTO, R., “La aplicación del Artículo 85 del Tratado CEE a las concentraciones de empresas: comentario a la Sentencia “Philip Morris” de 17 de noviembre de 1987”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol.15, nº3, 1988, p.770).

¹⁵⁶ A título de ejemplo, podría traerse a colación la adquisición el 8 de abril de 1970 por parte de la sociedad americana “*Continental Can Company Inc*” de más del 80% de las acciones y obligaciones convertibles de la sociedad neerlandesa “*Thomassen & Drijver-Verblifa NV*” a través de la sociedad holding “*Europemballage Corporation*”, también norteamericana y controlada al 100% por “*Continental Can Company Inc*”.

Gráfico 1.- Operaciones de fusión y adquisición de participaciones en el ámbito internacional (1961-1968)

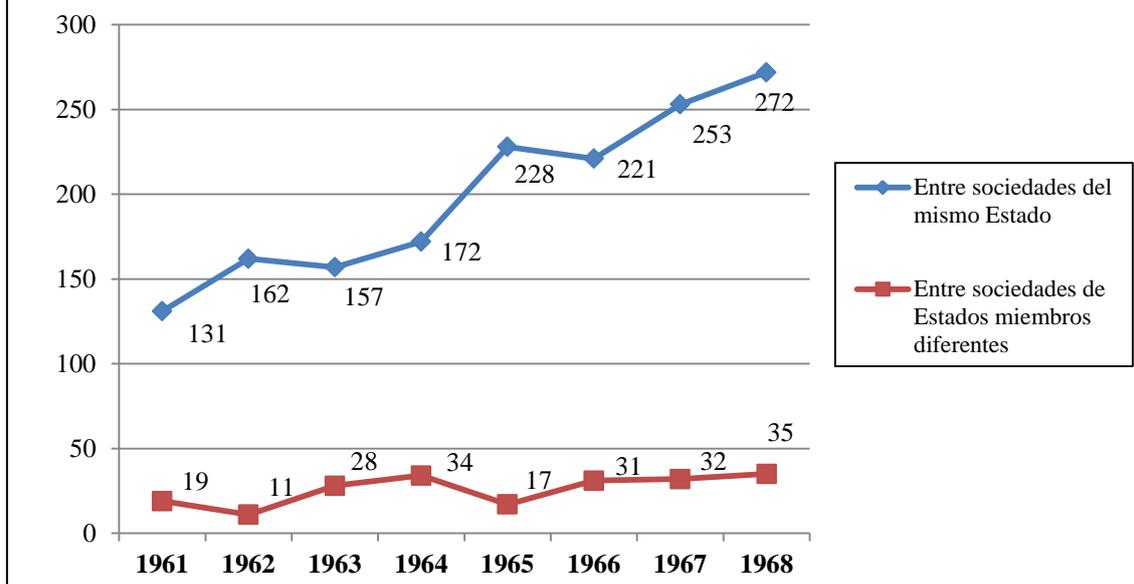


Fuente: Elaboración propia a partir de los datos contenidos en la Tabla nº 7 del documento COMMISSION EUROPÉENNE, *La politique industrielle de la Communauté. Memorandum de la Commission au Conseil*, COM (70) 100 final, 1970, p.92.

A este fenómeno, habría que añadir el incremento del número de operaciones de concentración empresarial a nivel interno a partir de la década de los sesenta fruto de una corriente de opinión favorable en el ámbito político y empresarial de los diferentes Estados miembros que apostaba más por la creación de los denominados “campeones nacionales”¹⁵⁷ como mecanismo para competir en el incipiente mercado interior que por la eliminación de todos los obstáculos que dificultaban la formación de empresas de carácter transnacional y de dimensión netamente europea, tal y como puede apreciarse en el siguiente gráfico.

¹⁵⁷ En este sentido, *vid.* GARCÍA-DURÁN HUET, P., *op.cit.*, p.510.

Gráfico 2.- Operaciones de fusión y adquisición de participaciones de control en el ámbito de la Comunidad Económica Europea (1961-1968)



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos contenidos en la Tabla nº 7 del documento COMMISSION EUROPÉENNE, *La politique industrielle de la Communauté. Memorandum de la Commission au Conseil*, COM (70) 100 final, 1970, p.92.

Sin embargo, con el paso del tiempo comenzó a hacerse patente la conveniencia de equilibrar esta situación¹⁵⁸ y potenciar las fusiones transfronterizas (calificadas por algunos autores como “instrumentos de ventaja comparativa”¹⁵⁹) entre sociedades de diferentes Estados miembros en la medida en que estas operaciones ayudarían a las empresas europeas a incrementar su dimensión sin que *a priori* se obtuviese una cuota de mercado excesiva en ningún Estado en particular, lo cual estaría más alineado con una política de competencia saludable a nivel europeo y con la idea de un mercado único que el enfoque de los campeones nacionales¹⁶⁰.

Ciertamente, la fusión intra-europea de sociedades se concebía, sobre el papel, como un instrumento idóneo para afrontar esta creciente necesidad de concentración empresarial por cuanto presentaba una serie de ventajas en relación con el otro mecanismo tradicional de concentración, la oferta pública de adquisición (OPA), entre las que destacaba la posibilidad de obtener el control total de la sociedad absorbida sin traspaso de fondos a sus accionistas¹⁶¹. Asimismo, ya hemos apuntado que, más allá de la generación de economías de escala, la racionalización de la producción, o la

¹⁵⁸ Sobre esta cuestión, *vid.* COMMISSION EUROPÉENNE, *La politique industrielle de la Communauté. Memorandum de la Commission au Conseil*, COM (70) 100 final, 1970, pp.27-28.

¹⁵⁹ En este sentido, *vid.* NEARY, J.P., “Cross-Border Mergers as Instruments of Comparative Advantage”, *The Review of Economic Studies*, vol.74, nº4, 2007, p.1246.

¹⁶⁰ Así lo entiende, CHOWN, J., “Eliminating Tax Obstacles for Cross-Border Operations”, *Tax Notes International*, vol.46, nº6, 2007, p.564.

¹⁶¹ De hecho, la fusión se ha llegado a definir como “la forma jurídicamente más perfecta de concentración de empresas” (*vid.* LOY, O., “La troisième directive...”, *op.cit.*, p.355).

reducción de los costes regulatorios, la fusión transfronteriza podía servir también, por una parte, como un instrumento muy económico de reestructuración de grupos empresariales al permitir a las sociedades matrices la sustitución de sus filiales en otros Estados miembros por agencias o sucursales (lo que se traduciría en una reducción de gastos de funcionamiento o en la mejora de la transmisión de las directrices y la información¹⁶²); y, por otra parte, como un mecanismo adecuado para la búsqueda de un entorno jurídico y/o fiscal más ventajoso para las empresas que contribuyese a una disminución de sus costes o a una mayor facilidad para obtener financiación interna y/o externa.

2. Los obstáculos a los que se enfrentaban las fusiones transfronterizas en el plano del Derecho societario

Hasta finales de la década de los setenta, y en algunos casos, hasta bien entrada la década de los ochenta, lo cierto es que las fusiones transfronterizas no encontraban precisamente una cálida acogida en el Derecho nacional de los Estados miembros, ya fuera por no estar permitidas, por quedar sometidas a estrictos requisitos que dificultaban enormemente su realización efectiva, o simplemente por la existencia de un vacío legal al respecto. De este modo, podría afirmarse que la intención de las instituciones comunitarias de promover estas operaciones en el marco de la UE quedaba reducida a una mera utopía debido al importante grado de heterogeneidad que presentaban las legislaciones societarias domésticas en este ámbito¹⁶³.

Así, en algunos Estados miembros como los Países Bajos, no sólo no existían disposiciones específicas acerca de las operaciones de fusión transfronteriza, sino que ni siquiera se contemplaban normas relativas a las fusiones de naturaleza interna¹⁶⁴, lo que

¹⁶² Vid. GOLDMAN, B., “Rapport concernant le projet de convention sur la fusion internationale des sociétés anonymes”, *Revue trimestrielle de droit européen*, vol.10, nº3, 1974, p.466; y BLANQUET, F., “Enfin la Société Européenne: la SE”, *Revue du droit de l’Union Européenne*, nº1, 2001, p.86. Ahora bien, a la hora de diseñar o replantear la estrategia de internacionalización de la empresa también debe tenerse en cuenta que, frente a las ventajas señaladas de una estructura basada en sucursales y no en filiales, se plantea el potencial inconveniente de la falta de personalidad jurídica propia de las sucursales, lo que determinará la exigencia a la sociedad (casa central) de la responsabilidad imputable a las mismas. Asimismo, hay que tener presente que, en algunos Estados miembros como España, la constitución y funcionamiento de sucursales extranjeras se encuentran sometidos, con carácter general, a obligaciones registrales similares a las exigidas para las sociedades mercantiles tanto por lo que respecta a actos de naturaleza mercantil como contable, de forma tal que el ahorro por este concepto podría no ser significativo (vid. MAROTO SÁNCHEZ, A., “Estudio de las operaciones realizadas entre la casa central y establecimientos permanentes”, *Crónica Tributaria*, nº131, 2009, pp.82-83).

¹⁶³ En este sentido, el profesor Pieter Sanders ya había afirmado que “en nuestros días, al contrario de lo que ocurre en el supuesto de las fusiones nacionales que se producen frecuentemente, una fusión internacional es prácticamente irrealizable” (vid. COMMISSION EUROPÉENNE, “Project d’un statut des sociétés anonymes européennes par M. le professeur Pieter Sanders, doyen de la faculté de droit de Rotterdam”, *Études. Série concurrence*, nº6, 1967, p.9).

¹⁶⁴ Nótese como la obligación de los Estados miembros de organizar un régimen jurídico para las operaciones de fusión de carácter doméstico sólo se hizo efectiva finalizado el plazo de transposición de la Directiva 78/855/CEE, fijado, con carácter general, en tres años (artículo 32.1).

en la práctica determinaba la imposibilidad de realizar estas operaciones. En una línea similar, las legislaciones societarias de Alemania¹⁶⁵ o Reino Unido¹⁶⁶, aun conociendo la institución jurídica de la fusión, no reconocían la fusión entre una sociedad constituida conforme a su ordenamiento y otra extranjera, con independencia del rol que desempeñase la sociedad nacional (transmitente o beneficiaria)¹⁶⁷. Adoptando una posición un poco más flexible, las legislaciones de Estados miembros como Bélgica, Francia o Luxemburgo, permitían la absorción de una sociedad extranjera por parte de una sociedad nacional siempre que la operación contase con la aprobación de la asamblea general extraordinaria de esta última en las condiciones ordinarias de *quorum* y mayorías. Sin embargo, en la práctica, esta posibilidad quedaba condicionada a que la normativa del Estado de la sociedad absorbida también admitiese la operación. Por lo que respecta a la situación inversa, a través de la interpretación de la normativa existente en materia de cambio de nacionalidad de sociedades, se llegaba a la conclusión de que la absorción de una sociedad de alguno de estos Estados miembros por parte de una sociedad extranjera resultaba teóricamente posible pero exigía la aprobación unánime de los socios, requisito de cumplimiento prácticamente imposible en aquellas sociedades en las que el capital presentase un elevado grado de dispersión y que, en la práctica, limitaba este tipo de operaciones al ámbito intra-grupo, habida cuenta de la mayor facilidad para satisfacer el requisito de la unanimidad.

En medio de este panorama legislativo, solamente Italia permitía las fusiones transfronterizas en ambas direcciones siempre que la operación fuese aprobada por la asamblea general extraordinaria de la sociedad italiana con los requisitos de *quorum* y mayorías establecidos para las modificaciones estatutarias, si bien en el caso de que la sociedad italiana fuese la absorbida se reconocía adicionalmente un derecho de separación a los accionistas que hubiesen votado en contra a la operación (*diritto de recesso*)¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Vid. WIDMANN, S., “The influence of the Merger Directive on German tax law”, *Intertax*, vol.18, nº10, 1990, p.412. En particular, el principal problema del caso alemán radicaba en que las operaciones de fusión estaban sometidas a un control judicial y como dicho control no podía realizarse respecto de sujetos extranjeros, la fusión de una sociedad alemana con una sociedad de otra nacionalidad resultaba inviable (vid. BALLARINO, T., *op.cit.*, p.722).

¹⁶⁶ Cfr. *Companies Act 1985*, secciones 425-427 (vid., también, MILLER, P., “EU Mergers Directive. Plus ça change, plus ce n’est pas la même chose”, *The Tax Journal*, 10 December 2007, p.7).

¹⁶⁷ Nótese que cuando hacemos referencia a la “nacionalidad” de una sociedad, no estamos sino ante un criterio de conexión de naturaleza política entre la sociedad y el Estado cuyo ordenamiento establece sus derechos y obligaciones el cual, a su vez, viene determinado por los modelos de determinación de la *lex societatis* empleados por los diferentes Estados, a saber: modelo de la incorporación, modelo de la sede real o modelos mixtos. Acerca de la problemática que presenta el uso del criterio de la nacionalidad como elemento sobre el que se construye el principio de asimilación entre personas físicas y sociedades contemplado en el artículo 54 del TFUE, vid. BORG-BARTHET, J., “Free at last? Choice of corporate law in the EU following the judgment in Vale”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol.62, nº2, 2013, pp.509-510.

¹⁶⁸ Una buena aproximación a los problemas que presentaba la realización de operaciones de fusión transfronteriza en el contexto del Derecho societario de los Estados miembros hasta mediados de la década de los setenta puede encontrarse en GOLDMAN, B., “Rapport concernant le...”, *op.cit.*, pp.466-468; o ROELANS, J., *Régimes fiscaux applicables aux fusions de sociétés dans les États membres de la C.E.E. et perspectives communautaires*, Bruylant, Bruxelles, 1970, pp.81-85.

Por lo que respecta a nuestro país, la posibilidad de abordar una fusión transfronteriza se inauguró con la aprobación del Real Decreto 1836/1974¹⁶⁹, al incorporar en la nueva redacción dada al artículo 9 del Código Civil un apartado relativo a estas operaciones donde se afirmaba que “en la fusión de sociedades de distinta nacionalidad se tendrán en cuenta las respectivas leyes personales”¹⁷⁰. Como puede observarse, se trataba de una norma de conflicto escueta y ambigua para la enorme complejidad de la cuestión sobre la que se proyectaba, planteando problemas de interpretación, por ejemplo, en relación con la medida en que debía tenerse en cuenta la ley personal de cada sociedad, o acerca de cuál sería la ley aplicable a efectos de la fusión (ley de la sociedad resultante v. ley de la sociedad o sociedades extintas)¹⁷¹. No obstante, en un contexto internacional como el que acabamos de plantear, la mera existencia del precepto anteriormente referido resultaba enormemente positiva al abrir definitivamente la puerta en España a la posibilidad de que pudiesen llevarse a cabo fusiones de sociedades españolas con sociedades extranjeras¹⁷², aun cuando, en la mayoría de supuestos, existían aspectos problemáticos en el plano jurídico-procedimental que podrían terminar por frustrar estas operaciones¹⁷³. Por su parte, algunos autores también han apuntado que la redacción del artículo 233.1 del hoy derogado Real Decreto Legislativo 1564/1989 (TRLISA), relativo a las clases y efectos de las operaciones de fusión, permitía dar cobertura a las operaciones de fusión transfronteriza ya que, aun cuando no se refería específicamente a las mismas, hacía referencia a “la fusión de cualesquiera Sociedades (...)”, lo cual parecía englobar tanto a sociedades españolas como a sociedades extranjeras¹⁷⁴.

Ciertamente, no debemos perder de vista que, aun cuando las legislaciones de los Estados miembros permitiesen estas operaciones, en ausencia de un instrumento jurídico específico de naturaleza europea, la realización efectiva de una fusión

¹⁶⁹ Real Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil.

¹⁷⁰ Vid. artículo 9.11, párrafo segundo del Código Civil.

¹⁷¹ Un buen análisis sobre la introducción de la regla del artículo 9.11 del Código Civil y la problemática que planteaba en sus orígenes puede encontrarse en CORRIENTE CÓRDOBA, J.A., “La fusión internacional de sociedades”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, nº5, Universidad de Navarra, 1979-1981, pp.341-344. Más adelante, la doctrina iría configurando una interpretación flexible de este precepto que pivotaba sobre la admisión de un criterio distributivo de forma tal que en lo relativo a la disolución de la sociedad transmitente habría que estar a lo establecido en su *lex societatis*, mientras que en lo relativo a la creación de la nueva sociedad podría acudir a la *lex loci* (vid., por lo que respecta al surgimiento de esta teoría, PÉREZ VERA, E., “Comentario al artículo 9.11 del Código Civil, en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo I, 1ª Ed., Edersa, Madrid, 1978, p.200; y CALVO CARAVACA, A.L., “Las personas jurídicas”, en GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. y otros, *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, 6ª Ed., Eurolex, Madrid, 1995, p.92).

¹⁷² A título de ejemplo, podría traerse a colación la fusión por absorción realizada en 1998 entre la sociedad española “Sarrio, S.A.” (absorbida) y la sociedad italiana “Reno de Medici S.p.A” (absorbente).

¹⁷³ Sobre esta cuestión, vid. TAPIA HERMIDA, A.J., “Aspectos jurídico-mercantiles de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas cotizadas”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº12, 1999, pp.133-173.

¹⁷⁴ En este sentido, vid. SÁNCHEZ RUS, H., “La fusión transfronteriza de sociedades anónimas desde la perspectiva del derecho español”, en AA.VV., *Las operaciones societarias de modificación estructural*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p.155.

transfronteriza requería generalmente acudir a las técnicas de resolución de conflicto de leyes para determinar la aplicación distributiva o acumulativa de las diferentes legislaciones nacionales que entraban en juego, lo que nos trasladaba al siempre complejo ámbito del Derecho internacional privado¹⁷⁵ o, si se prefiere, del Derecho internacional de sociedades (*Internationales Gesellschaftsrecht*)¹⁷⁶. A este respecto, la tendencia predominante entre los Estados miembros pivotaba sobre la denominada “*Vereinigungstheorie*” que, a grandes rasgos, defendía la aplicación distributiva de la *lex societatis* de cada una de las sociedades participantes en la fusión, salvo en aquellos aspectos de la operación que necesariamente requerían un tratamiento uniforme debido a la interacción entre dichas sociedades (p.ej. el contenido del proyecto de fusión transfronteriza). En relación con estas cuestiones, se procedía a la aplicación acumulativa de la *lex societatis* de todas las sociedades participantes y, en caso de resultar divergentes (aunque compatibles), se optaba por la más restrictiva¹⁷⁷.

Por otra parte, y más allá de toda la problemática derivada de la determinación de los requisitos, condiciones, y consecuencias jurídicas de la operación de fusión transfronteriza, así como los procedimientos para llevarla a cabo, lo cierto es que las divergencias existentes entre los ordenamientos domésticos de los Estados miembros en la materia terminarían por determinar que el régimen jurídico finalmente aplicable a la operación resultase unas veces más liberal y otras más restrictivo en función de la *lex societatis* a la que estuviesen sometidas las distintas sociedades nacionales participantes en la misma, con las implicaciones que esto conlleva en el plano de la seguridad jurídica y los derechos de socios y terceros¹⁷⁸. Ahora bien, no cabe duda de que los supuestos más problemáticos eran aquellos en los que las legislaciones societarias en juego presentaban ya no problemas de divergencia, sino de manifiesta incompatibilidad.

De este modo, la propia realidad práctica fue dejando en evidencia que la regulación de estas operaciones a través de normas internas unida al empleo de las

¹⁷⁵ En este sentido, se ha apuntado que los principales conflictos de leyes en el ámbito de las fusiones internacionales de sociedades se planteaban en relación con: 1) la posibilidad o no de realizar la operación, siendo el criterio más extendido aquél que entendía que la fusión transfronteriza sería posible si así lo era de acuerdo a la *lex societatis* de las sociedades participantes en la operación así como a la *lex societatis* de la sociedad resultante de la misma; 2) las condiciones en que ésta debía llevarse a cabo; y 3) las consecuencias de la misma (sobre esta cuestión, *vid.* CORRIENTE CÓRDOBA, J.A., *op.cit.*, pp.328-331; y BEITZKE, G., “Les conflits de lois en matière de fusion de sociétés (droit communautaire et droit international privé)”, *Revue critique de Droit International Privé*, 1967, pp.1 y ss.).

¹⁷⁶ Esta categoría dogmática, cuyo origen se encuentra en la doctrina alemana, podría definirse como “el sector del Derecho internacional privado cuyo objeto es resolver los problemas jurídicos que plantean las sociedades en el tráfico internacional; esto es, los problemas jurídicos específicos que se derivan de la existencia de una pluralidad de ordenamientos estatales, cada uno con su propio Derecho de sociedades” (*vid.* GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “La *Sitztheorie* es incompatible con el Tratado CE. Algunas cuestiones del Derecho internacional de sociedades iluminadas por la STJCE de 9 de marzo de 1999”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº232, 1999, p.647).

¹⁷⁷ En este sentido, *vid.* BRASSEUR, M., VERMEYLEN, J., “Cross-border mergers and reorganizations outside the cross-border merger Directive”, en VERMEYLEN, J., VANDE VELDE, I. (eds.), *European Cross-Border Mergers and Reorganizations*, Oxford University Press, New York, 2012, pp.77-78; y BODE, M., *Le groupe international de sociétés: le système de conflit de lois en droit comparé français et allemand*, Peter Lang, Bern, 2010, pp.325-326.

¹⁷⁸ En este sentido, *vid.* GOLDMAN, B., “Rapport concernant le...”, *op.cit.*, p.469.

diversas técnicas de solución de los conflictos de leyes propias del Derecho internacional privado no constituía una solución adecuada y susceptible de perpetuarse en el tiempo en el contexto de la Unión Europea¹⁷⁹, siendo preciso “combinar ese método con un cierto número de normas materiales uniformes, nacidas de una fuente internacional”¹⁸⁰.

3. Un breve apunte: el control de las concentraciones empresariales como obstáculo a la realización de operaciones de fusión transfronteriza y elemento a tener en cuenta para entender el proceso de armonización en el plano del Derecho societario y del Derecho tributario llevado a cabo por las instituciones europeas en relación con estas operaciones

En nuestra opinión, la evolución del proceso de armonización del Derecho societario europeo en el ámbito de las operaciones de fusión transfronteriza no puede entenderse sin tener en cuenta la existencia de dos fuerzas de naturaleza contrapuesta cuya interacción e intensidad influía en el ritmo al que se desarrollaban los trabajos normativos por parte de las instituciones europeas. Así, por una parte, estaría la necesidad de incrementar la dimensión de las empresas de los Estados miembros para adaptarse a las exigencias del incipiente mercado interior y hacer frente a la competencia de empresas de países terceros en un contexto económico crecientemente globalizado mientras que, por otra parte, tendríamos la necesidad de garantizar la libre competencia en el seno de la Unión Europea como mecanismo orientado al crecimiento de la economía, a la protección de los consumidores y al buen funcionamiento del mercado interior.

Por lo que respecta a esta última cuestión, no debemos olvidar que, si bien las operaciones de concentración empresarial (p.ej. fusión entre sociedades independientes o adquisición de participaciones por parte de una o varias empresas en el capital social de una o varias empresas al objeto de obtener el control directo o indirecto sobre la totalidad o una parte de las mismas) son inherentes a la libertad de empresa propia de una economía de mercado y pueden tener efectos favorables sobre la competitividad, la productividad, el progreso de la técnica, y la investigación, sobre todo en determinados sectores que precisan de la realización de grandes inversiones¹⁸¹, también pueden introducir distorsiones en el funcionamiento del propio mercado derivadas de la reducción del número de operadores económicos y de la formación o consolidación de posiciones dominantes u oligopolios, con el consiguiente perjuicio para los

¹⁷⁹ Sobre esta cuestión, *vid.* COMMISSION EUROPÉENNE, “Le problème de la concentration dans le marché commun”, *Études. Série concurrence*, n°3, Bruxelles, 1966, p.19.

¹⁸⁰ *Vid.* CORRIENTE CÓRDOBA, J.A., *op.cit.*, p.332.

¹⁸¹ *Vid.* KOVAR, R., “Chronique C.E.C.A. (Les concentrations d'entreprises dans la C.E.C.A.)”, *Revue trimestrielle de droit européen*, n°2, 1966, pp.300-301.

consumidores¹⁸². Por ello, este tipo de operaciones han estado tradicionalmente en el punto de mira de las autoridades nacionales de los Estados miembros y, desde el establecimiento del mercado común, también de la Comisión, si bien es cierto que la preocupación de las instituciones europeas por la defensa de la libre competencia en el territorio de la Unión no siempre se ha manifestado con la misma intensidad¹⁸³. Como resultado, y si nos centramos en el ámbito de las fusiones transfronterizas, tendríamos que, hasta finales de la década de los ochenta, más allá de los obstáculos jurídicos y fiscales a los que se enfrentaban estas operaciones, existía otra barrera que afectaba negativamente a su realización derivada de la falta de un marco jurídico adecuado a nivel europeo para el ejercicio de la función de control por parte de la Comisión y de su solapamiento con los heterogéneos mecanismos de control de concentraciones empresariales implementados por los Estados miembros.

En este sentido, conviene tener presente que el artículo 3, apartado f) del TCEE contemplaba como objetivo general el establecimiento de un régimen jurídico que garantizase que la competencia no resultaba falseada en el mercado común. En consonancia con este objetivo, el artículo 85 del TCEE (hoy artículo 101 del TFUE) establecía la prohibición de todos aquellos acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre empresas que pudieran afectar al comercio entre los Estados miembros y tuvieran por objeto o efecto “impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común” (p.ej. políticas de fijación directa o indirecta de precios, limitación o control de la producción, o repartición de los mercados o fuentes de abastecimiento), mientras que, por su parte, el artículo 86 del TCEE (hoy artículo 102 del TFUE) contemplaba la prohibición de la explotación abusiva por parte de una o más empresas de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. No obstante, y a diferencia de lo que sucedía en el Tratado constitutivo de la CECA¹⁸⁴, ningún precepto específico del TCEE se refería al control de los procesos de concentración empresarial en el seno del mercado interior, lo que podría explicarse sobre la base de los siguientes argumentos: 1) el fuerte grado de concentración existente en el sector del carbón y el acero, en comparación con la baja tasa de integración económica que se daba en el conjunto del mercado común; 2) la voluntad de los Estados miembros de no obstaculizar la reestructuración y redimensionamiento de las empresas europeas al objeto de mejorar su competitividad en el plano internacional; y 3) la ausencia de disposiciones normativas relativas al control de concentraciones empresariales en los ordenamientos nacionales de los Estados miembros que por aquel entonces integraban la CEE¹⁸⁵.

¹⁸² Vid. DAVIES, S., LYONS, B., *Mergers and Merger Remedies in the EU: Assessing the Consequences for Competition*, Edward Elgar, Cheltenham, 2007, p.1.

¹⁸³ Así, y a título de ejemplo, cabría señalar como desde la firma del Tratado de Roma hasta finales de la década de los sesenta existía un “clima muy favorable” para la realización de estas operaciones de concentración empresarial (vid. COMMISSION EUROPÉENNE, “Le problème de la concentration dans le marché commun”, *Études. Série concurrence*, nº3, 1966, p.9).

¹⁸⁴ Vid. artículo 66 del Tratado CECA.

¹⁸⁵ En este sentido, vid. VELASCO SAN PEDRO, L.A., “La política de la competencia en la Unión Europea. Disposiciones aplicables a las empresas”, en CALONGE VELÁZQUEZ, A. (coord.), *Políticas*

De hecho, no sería hasta el año 1966 cuando la Comisión Europea plantease la posibilidad de aplicar el artículo 86 del TCEE (y no su artículo 85) como mecanismo para limitar los riesgos potenciales y mitigar los efectos adversos que la concentración de empresas podía introducir en el funcionamiento del mercado interior¹⁸⁶. Sin embargo, tal y como ha destacado la doctrina, la aplicación del citado precepto presentaba una serie de limitaciones entre las que cabría destacar: en primer lugar, tan sólo podía aplicarse en supuestos en los que las empresas ya tuviesen previamente una posición dominante; y, en segundo lugar, el control de la operación se realizaba *a posteriori*¹⁸⁷. Aun siendo consciente de esto, la Comisión decidió aplicar el artículo 86 del TCEE en su conocida decisión sobre el asunto “*Continental Can*”, de 9 de diciembre de 1971¹⁸⁸, planteamiento que, si bien fue respaldado por el TJUE¹⁸⁹ en una controvertida sentencia en la que finalmente terminó anulando la decisión de la Comisión por otras cuestiones vinculadas a la prueba acerca de la eliminación de la competencia (efectiva o potencial) en el mercado de referencia¹⁹⁰, puso sobre la mesa la necesidad de adoptar una norma europea en materia de control de concentraciones empresariales que garantizase, ante la insuficiencia de los artículos 85 y 86 del TCEE, la competencia efectiva en el seno del mercado interior, así como un adecuado nivel de seguridad jurídica a la hora de resolver este tipo de supuestos¹⁹¹.

comunitarias. *Bases jurídicas*, 1ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2002, p.198; y ALONSO SOTO, R., *op.cit.*, p.776.

¹⁸⁶ Cfr. COMMISSION EUROPÉENNE, “Le problème de la concentration dans le marché commun”, *Études. Série concurrence*, nº3, 1966, pp.21-26. Sobre esta cuestión, y sosteniendo la interpretación de la Comisión *vid.* VAN OMMESLAGHE, P., “L’application des articles 85 et 86 du Traité de Rome aux fusions, aux groupes de sociétés et aux entreprises communes”, *Revue trimestrielle de droit européen*, vol.3, nº3, 1967, pp.457-506.

¹⁸⁷ En este sentido, *vid.* GARCÍA-DURÁN HUET, P., *op.cit.*, p.510.

¹⁸⁸ DOCE nº L 007, de 8 de enero de 1972, p.25.

¹⁸⁹ *Vid.* STJUE de 21 de febrero de 1973, asunto C-6/72, *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v. European Commission*, en cuyo apartado 25 el Tribunal clarificó, por una parte, que, si bien los artículos 85 y 86 del TCEE buscaban alcanzar el mismo objetivo, a saber, el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado común, operaban a diferentes niveles y presentaban su propio ámbito de aplicación; y, por otra parte, que, en todo caso, los artículos 85 y 86 del TCEE no podrían ser interpretados en sentidos contradictorios al constituir medios para el logro de un mismo objetivo.

¹⁹⁰ Un ejemplo de las diversas posiciones doctrinales adoptadas en torno a esta sentencia puede encontrarse en ALEXANDER, W., “Europemballage Corporation and Continental Can Co. Inc. v. Commission of the European Communities. Case 6/72. Decision of February 21, 1973”, *Common Market Law Review*, vol.10, nº3, 1973, pp.311-318; DE RICHEMONT, J., “Concentrations et abus de positions dominantes - Article 86 du traité de Rome”, *Revue trimestrielle de droit européen*, vol.9, nº3, 1973, pp.463-491; FOCSANEANU, L., “L’abus de position dominante après l’arrêt « Continental Can » (21 février 1973)”, *Revue du Marché Commun*, nº164, 1973, pp.145-159; JACQUEMIN, A., “Entreprises étrangères et politique européenne de concurrence”, *Revue trimestrielle de droit européen*, vol.9, nº3, 1973, pp.412-425; o VANDAMME, J., “L’arrêt de la Cour de justice du 21 février 1973 et l’interprétation de l’article 86 du traité CEE”, *Cahiers de droit européen*, vol.10, nº1-2, 1974, pp.112-126.

¹⁹¹ Sobre esta cuestión, *vid.* TILQUIN, T., *Traité de fusions et scissions*, Kluwer, Belgique, 1993, p.28; O’TOOLE, R., “La política europea de competencia: los argumentos para el control de fusiones a nivel comunitario”, *Noticias C.E.E.*, nº45, 1988, pp.123 y ss.; o BRITTAN, L., “The law and policy of merger control in the EEC”, *European Law Review*, vol.15, nº5, 1990, p.351 y ss.

Así, el 20 de julio de 1973 la Comisión presentó al Consejo una Propuesta de Reglamento sobre el control de las concentraciones¹⁹² que, tras ser modificada en varias ocasiones (1981¹⁹³, 1984¹⁹⁴, 1986¹⁹⁵, 1988¹⁹⁶, y 1989¹⁹⁷) habida cuenta del importante grado de desacuerdo entre los Estados miembros sobre su contenido, cristalizaría finalmente en el Reglamento (CEE) n° 4064/1989, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las concentraciones entre empresas¹⁹⁸. A este respecto, conviene apuntar como un hecho decisivo que aceleró la aprobación de este Reglamento fue la sentencia del TJUE en relación con los asuntos *British-American Tobacco Company Ltd* y *R.J. Reynolds Industries Inc.*, de 17 de noviembre de 1987¹⁹⁹, donde el Tribunal no sólo confirmó el planteamiento adoptado por la Comisión acerca de la aplicabilidad al caso del artículo 85 del TCEE como mecanismo de control de las operaciones de concentración empresarial, sino que a lo largo de su razonamiento atribuyó un amplio margen a la interpretación de la Comisión en este tipo de supuestos²⁰⁰, introduciendo un elevado componente de inseguridad jurídica acerca de la actuación futura de la Comisión y reavivando las voces que pedían una rápida aprobación del Reglamento sobre el control de las concentraciones entre empresas de dimensión comunitaria²⁰¹.

De hecho, con posterioridad a la citada sentencia, la Comisión siguió empleando los artículos 85 y 86 del TCEE para ejercer su control sobre los procesos de concentración con el objetivo de presionar al *lobby* empresarial europeo (que, en un

¹⁹² DOCE n° C 92, de 31 de octubre de 1973, p.1.

¹⁹³ DOCE n° C 36, de 12 de febrero de 1982, p.3.

¹⁹⁴ DOCE n° C 51, de 23 de febrero de 1984, p.8.

¹⁹⁵ DOCE n° C 324, de 17 de diciembre de 1986, p.5.

¹⁹⁶ DOCE n° C 130, de 19 de mayo de 1988, p.4.

¹⁹⁷ DOCE n° C 22, de 28 de enero de 1989, p.14.

¹⁹⁸ DOCE n° L 395, de 30 de diciembre de 1989, p.1 (una versión rectificada del Reglamento se publicó en el DOCE n° L 259, de 21 de septiembre de 1990, p.13). Una buena aproximación a su contenido puede encontrarse, entre otros, en BOLZE, C., “Le règlement CEE 4064/89 relatif au contrôle des opérations de concentration”, *Revue des sociétés*, n°2, 1990, pp.207-217; DÉCHERY, J.L., “Le règlement communautaire sur le contrôle des concentrations”, *Revue trimestrielle de droit européen*, vol.26, n°2, 1990, pp.307-328; RIVAS ANDRÉS, J., “El Reglamento comunitario sobre el control de las operaciones de concentración de empresas: una primera aproximación”, *Noticias de la Unión Europea*, n°70, 1990, pp.19-30; o HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., “Reglamento sobre el control de concentraciones”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, tomo 13, 1989-1990, pp.643-648.

¹⁹⁹ STJUE de 17 de noviembre de 1987, asuntos C-142/84 y C-156/84, *British-American Tobacco Company Ltd* y *R.J. Reynolds Industries Inc. v. Comisión Europea*. Sobre los hechos que dieron lugar a esta sentencia y el razonamiento seguido por el Tribunal *vid.*, entre otros, FRIEND, M., “Controlling Mergers”, *European Law Review*, vol.13, n°3, 1988, pp.189-196; KORAH, V., LASOK, P., “Philip Morris and its Aftermath - Merger Control?”, *Common Market Law Review*, vol.25, n°2, 1988, pp.333-368; MARTIN, L., “Merger Control by the Commission under Article 85? The Philip Morris Case”, *Business Law Review*, vol.9, n°2, 1988, pp.27-29; QUIGLEY, C., “British-American Tobacco Company Ltd and R.J. Reynolds Industries Inc. v. Commission of the European Communities”, *European Intellectual Property Review*, vol.10, n°4, 1988, pp.120-122; o STRIVENS, R., “The “Philip Morris” Case: share acquisitions and complainants’ rights”, *European Intellectual Property Review*, vol.10, n° 6, 1988, pp.163-171.

²⁰⁰ Así lo entiende, KORAH, V., “The Control of Mergers under the EEC Competition Law”, *European Competition Law Review*, vol.8, n°3, 1987, p.255.

²⁰¹ En este sentido, *vid.* CALKOEN, W.J.L., FEENSTRA, J.J., “Acquisition of Shares in Other Companies and EEC Competition Policy: The Philip Morris Decision”, *International Business Lawyer*, n° 16, 1988, p.168; o FINE, F., “The Philip Morris Judgment: Does Article 85 now Extend to Mergers?”, *European Competition Law Review*, vol.8, n°4, 1987, p.343.

primer momento, veía el Reglamento como un obstáculo innecesario para el desarrollo de estas operaciones) y a los Estados miembros (que querían mantener su control en este ámbito con vistas a sus propios objetivos en materia de política industrial, siendo los más reticentes Francia, Reino Unido, e Italia) para que activasen los mecanismos tendentes a desbloquear y acelerar la aprobación de la Propuesta de Reglamento²⁰². Ciertamente, en los diferentes Estados miembros ya existían mecanismos de control de concentraciones empresariales, pero estos no resultaban adecuados para evaluar operaciones de gran volumen y dimensión transfronteriza, debido a sus evidentes limitaciones territoriales, su carácter heterogéneo²⁰³, o la introducción de posibles elementos discriminatorios como consecuencia de intereses nacionales²⁰⁴.

Por lo que respecta al Reglamento (CEE) n° 4064/1989, y aun sin ánimo de profundizar en su contenido por exceder el objeto de nuestro trabajo, conviene apuntar como, en líneas generales, instauraba un sistema de notificación previa a la Comisión²⁰⁵ de aquellas operaciones de concentración empresarial que presentasen una “dimensión comunitaria”, por superar el volumen de negocios de las empresas afectadas un determinado umbral²⁰⁶, para que ésta se pronunciase sobre su compatibilidad o incompatibilidad con el mercado común²⁰⁷ después de la incoación del preceptivo procedimiento²⁰⁸, pudiendo la Comisión imponer multas a las empresas que incumpliesen sus obligaciones de notificación, información u otras establecidas en el marco del citado procedimiento²⁰⁹.

A comienzos del nuevo milenio (2001), sobre la base de la experiencia de la aplicación del Reglamento y ante la necesidad de adaptar su contenido a las exigencias que presentaba un mercado interior más integrado así como a los planes de ampliación futura de la Unión Europea, la Comisión elaboró el Libro Verde sobre la reforma del

²⁰² A título de ejemplo, podría mencionarse como, en marzo de 1988, la Comisión utilizó el artículo 86 del TCEE para obligar a la aerolínea “*British Airways*”, tras la absorción de “*British Caledonian*”, a abandonar algunas de sus rutas en favor de sus competidores; o como, en julio de 1988, y sobre la base del artículo 85 del TCEE, la Comisión paralizó la propuesta de absorción de “*GC and C Brands*” sobre “*Irish Distillers*” (vid. GARCÍA-DURÁN HUET, P., *op.cit.*, pp.515-517).

²⁰³ Acerca de los mecanismos de control de concentraciones empresariales imperantes en Alemania, España, Francia, o Reino Unido antes de la entrada en vigor del Reglamento (CEE) n° 4064/1989, vid. ALONSO SOTO, R., *op.cit.*, pp.772-775.

²⁰⁴ En este sentido, vid. GARCÍA-DURÁN HUET, P., *op.cit.*, pp.511-512.

²⁰⁵ Vid. artículo 4 del Reglamento (CEE) n° 4064/1989.

²⁰⁶ Vid. artículos 1, 3 y 5 del Reglamento (CEE) n° 4064/1989. Posteriormente, y una vez constatado que los umbrales originales resultaban muy elevados y dejaban fuera numerosas operaciones que podían afectar negativamente a la competencia en el seno de la Unión Europea, se llevó a cabo una reforma operada por el Reglamento (CEE) n° 1310/1997, de 30 de junio de 1997 (DOCE n° L 180, de 9 de julio de 1997, p.1) en virtud de la cual se amplió el ámbito de aplicación objetivo del Reglamento (CEE) n° 4064/1989 a través de una disminución de los umbrales de cifra de negocios de las empresas afectadas establecidos para considerar que una operación de concentración presentaba “dimensión comunitaria” (sobre esta cuestión, vid. BRITTAN, L., *op.cit.*, p.352; y VELASCO SAN PEDRO, L.A., “La política de...”, *op.cit.*, p.200).

²⁰⁷ Vid. artículo 2 del Reglamento (CEE) n° 4064/1989.

²⁰⁸ Vid. artículos 6 a 10 del Reglamento (CEE) n° 4064/1989.

²⁰⁹ Vid. artículos 14 y 15 del Reglamento (CEE) n° 4064/1989.

Reglamento (CEE) n° 4064/1989²¹⁰. Este documento sería el germen que, unos años más tarde, y después de que vieran la luz un conjunto de sentencias del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (hoy Tribunal General de la Unión Europea) que anulaban varias decisiones de la Comisión en materia de concentraciones empresariales²¹¹, daría lugar a la aprobación del nuevo Reglamento (CE) n° 139/2004, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas²¹². Con respecto a este nuevo Reglamento, cabría simplemente destacar: i) el mantenimiento de los umbrales de volumen de negocio para determinar las operaciones de concentración empresarial a las que resulta de aplicación, ii) la flexibilización de sus disposiciones en determinados ámbitos como el sistema de remisión de asuntos entre la Comisión y los Estados miembros, los plazos de notificación de la operación o la tramitación de los expedientes; iii) el incremento de los poderes de inspección y capacidad sancionadora de la Comisión; o iv) el establecimiento de un nuevo criterio para evaluar la compatibilidad de las concentraciones empresariales con el mercado común que *a priori* extendería el rango de operaciones susceptibles de ser prohibidas por la Comisión, en particular, en relación con aquéllas que obstaculizasen la competencia de forma significativa pero sin crear o reforzar una posición de dominio²¹³. De este modo, no resulta sencillo determinar si el Reglamento (CE) n° 139/2004 resultaba, en términos globales, más flexible que su predecesor pero lo cierto es que, al menos desde el punto de vista procedimental, parecía más ventajoso para las empresas afectadas.

En definitiva, y a modo de síntesis, podría decirse que, desde finales de la década de los sesenta, las instituciones europeas se encontraban ante la siguiente disyuntiva: por un parte, el incremento de las operaciones de concentración empresarial surgidas a raíz de la progresiva supresión de las fronteras interiores podía contribuir a incrementar la productividad y competitividad de las empresas de los diferentes Estados miembros, pero, por otra parte, existía el riesgo de que dichas operaciones pudiesen impedir o perjudicar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo²¹⁴. Por ello, y centrándonos en la fusión

²¹⁰ Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Libro verde sobre la revisión del Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo*, COM (2001) 745 final, de 11 de diciembre de 2001. Una buena aproximación a su contenido puede encontrarse en BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P., “La segunda reforma del Reglamento comunitario sobre el control de concentraciones: Libro Verde y propuesta”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, tomo 23, 2002, pp.1125-1157.

²¹¹ A título de ejemplo, podrían traerse a colación las SSTGUE de 6 de junio de 2002, asunto T-342/99, *Airtours v. Comisión Europea*; o de 25 de octubre de 2002, asunto T-80/02, *Tetra Laval BV v. Comisión Europea*.

²¹² DOUE n° L 024, de 29 de enero de 2004, p.1. Nótese cómo, de forma paralela a la aprobación de este Reglamento, también vio la luz el Reglamento (CE) 802/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (DOUE n° L 133, de 30 de abril de 2004, p.1), que se centra en el desarrollo de cuestiones de naturaleza procedimental.

²¹³ Un buen análisis de las novedades introducidas por el Reglamento (CE) n° 139/2004 puede encontrarse en NAVARRO VARONA, E., BACHES OPI, S., “El nuevos sistema comunitario de control de concentraciones”, *Actualidad jurídica Uría y Menéndez*, n°8, 2004, pp.39-50.

²¹⁴ Tal y cómo han apuntado algunos autores “no debemos olvidar que los procesos de concentración económica presentan también graves inconvenientes, puesto que dotan a las empresas, tanto por la cuantía de los capitales así acumulados como por los intereses sociales afectados o por el apoyo que les prestan

transfronteriza intra-europea, como una modalidad de operación de concentración empresarial, el desarrollo de un proceso de armonización legislativa en el ámbito del Derecho societario y del Derecho tributario tendente a eliminar los obstáculos jurídico-fiscales que afectaban a estas operaciones, tendría que venir acompañado de la adopción de medidas en el plano del Derecho de la competencia para evitar las externalidades negativas que podrían derivarse de dicho proceso en forma de restricciones a la competencia efectiva en el mercado interior²¹⁵. En este sentido, conviene apuntar como, si bien es cierto que los artículos 85 y 86 TCEE constituían un instrumento importante a estos efectos, no lo es menos que los citados preceptos no resultaban suficientes para atajar todas las operaciones que podían resultar incompatibles con el régimen de competencia no falseada establecido por el Tratado²¹⁶, y que su uso indistinto por parte de la Comisión, avalado por una interpretación demasiado laxa del TJUE, generaba problemas de seguridad jurídica, afectando negativamente a la realización de estas operaciones²¹⁷. De ahí, la necesidad de elaborar un instrumento jurídico de naturaleza europea que posibilitase el control efectivo de todas las operaciones de concentración cuyo efecto se proyectase más allá de las fronteras de un Estado miembro afectando, por ende, a la estructura de la competencia en el conjunto la Unión Europea²¹⁸.

Por tanto, y aunque a primera vista pudiera parecer que el Reglamento (CEE) nº 4064/1989, vino a limitar u obstaculizar la realización de fusiones transfronterizas en el ámbito europeo, lo cierto es que, hasta su aprobación, dichas operaciones podían quedar sujetas, por un lado, a los heterogéneos (y, en ocasiones, discriminatorios) mecanismos de control implementados por los diferentes Estados miembros y, por otro lado, a la acción discrecional de la Comisión sobre la base de los artículos 85 y 86 TCEE, de forma tal que se abría la puerta a la incoación de varios procedimientos paralelos sobre una misma operación, con el correspondiente impacto negativo sobre los costes de las empresas participantes y el principio de seguridad jurídica²¹⁹. De este modo, en nuestra

los grupos financieros, de un elevado poder que las sitúa en una posición de privilegio frente al mercado y frente al resto de los agentes económicos que intervienen en el proceso productivo, e incluso con respecto al propio Estado. Por otra parte, la concentración económica comporta generalmente importantes restricciones de competencia que tienden a desvirtuar el sistema de libertad económica” (Vid. ALONSO SOTO, R., *op.cit.*, p.770).

²¹⁵ En este sentido, resulta ilustrativa la Resolución del Parlamento Europeo sobre la Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones de 1969 (DOCE nº C 51, de 29 de abril de 1970, p.12) en cuyo apartado 4 afirmaba que “facilitando las fusiones entre sociedades de Estados miembros diferentes, las instituciones comunitarias desencadenarán un movimiento que debe ser controlado por la puesta en marcha de una política de competencia efectiva”.

²¹⁶ Sobre esta cuestión *vid.* DOMÍNGUEZ GARCÍA, M.A, “La eventual aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE a las concentraciones de empresas como cuestión abierta”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol.14, nº2, 1987, pp.369-384.

²¹⁷ A este respecto, y destacando el efecto disuasorio de los artículos 85 y 86 del TCEE como un obstáculo añadido a la problemática que desde la óptica del Derecho societario y tributario presentaban las operaciones de fusión en el ámbito comunitario, sobre todo en los primeros años, *vid.* ROELANS, J., *op.cit.*, pp.22-23.

²¹⁸ *Vid.* Considerandos 5 a 9 del Reglamento (CEE) nº 4064/1989.

²¹⁹ A título de ejemplo, podríamos citar el caso de la compañía británica “*Plessey Company plc*” cuyo proceso de adquisición iniciado a finales de 1988 por el consorcio formado por la sociedad alemana “*Siemens AG*” y la también británica “*General Electric Company plc*” fue investigado por la Comisión y por varias autoridades nacionales de la competencia. En este sentido, se ha apuntado con buen criterio que

opinión, podría decirse que la aprobación del Reglamento (CEE) n° 4064/1989 (hoy Reglamento (CE) n° 139/2004) no sólo contribuyó a eliminar una de las barreras que afectaban a este tipo de operaciones²²⁰, estableciendo un marco jurídico claro por lo que respecta al control de las mismas desde la óptica del Derecho de la competencia, sino que se configuró como una suerte de contrapeso necesario para que las instituciones europeas pudiesen avanzar con paso firme en el proceso de armonización legislativa de los ordenamientos nacionales en el ámbito de las fusiones transfronterizas, tanto en materia de Derecho societario como en el plano del Derecho tributario²²¹. Asimismo, no puede dejar de señalarse cómo, desde la entrada en vigor del Reglamento, la Comisión se ha venido mostrando muy flexible a la hora de evaluar las operaciones de concentración empresarial sometidas a su aprobación, de forma tal que, por ejemplo, en el periodo comprendido entre los años 1990 y 2006, de las más de tres mil propuestas de fusión revisadas por la Comisión sólo se prohibieron diecinueve y en torno al 88% de las mismas fueron aprobadas sin condiciones²²².

esta problemática del control múltiple afectaba en mayor medida a las empresas francesas, alemanas y británicas, ya que, por una parte, Francia, Alemania y Gran Bretaña eran las economías europeas más importantes y dinámicas, por lo que contaban con un mayor número de empresas de gran tamaño y un mayor volumen de operaciones de fusión; y, por otra parte, en dichos Estados miembros existía una práctica consolidada de control de fusiones (*vid.* GARCÍA-DURÁN HUET, P., *op.cit.*, pp.515-516).

²²⁰ *Ibid.*, p.512.

²²¹ En este sentido, y por lo que respecta a las fusiones transfronterizas intra-europeas, es importante destacar cómo la “Propuesta de Reglamento sobre el control de las concentraciones” (DOCE n° C 92, de 31 de octubre de 1973, p.1), fue presentada el mismo año que el “Proyecto de Convenio sobre fusiones internacionales de sociedades anónimas”, y tan sólo unos años después de la “Propuesta de Directiva relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones y aportaciones de activos entre sociedades de diferentes” (DOCE n° C39, de 22 de marzo de 1969, p.1). Asimismo, la aprobación definitiva de la Directiva 90/434/CEE de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros (DOCE n° L 225, de 20 de agosto de 1990, p.1), tendría lugar poco después de que viera la luz el Reglamento (CEE) n° 4064/1989, sobre el control de las concentraciones entre empresas; mientras que unos años antes, en 1985, la Directiva 85/303/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1985, por la que se modifica la Directiva 69/335/CEE relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales (DOCE n° L 156, de 15 de junio de 1985, p.23), ya había eximido a las operaciones de concentración empresarial del impuesto sobre las aportaciones del capital. De igual modo, la Directiva 2005/56/CE de 26 de octubre de 2005 relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital (DOUE n° L 310, de 25 de noviembre de 2005) fue aprobada definitivamente tan sólo un año después del nuevo Reglamento (CE) n° 139/2004, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas. A la vista de lo anterior, queda patente un notable grado de coordinación entre los trabajos de armonización legislativa en materia de Derecho societario, Derecho tributario y Derecho de la competencia por lo que respecta a las operaciones de concentración empresarial.

²²² *Vid.* DAVIES, S., LYONS, B., *op.cit.*, pp.3-4. En esta misma línea, VENIT, J.S., “Mergers”, *European Law Review*, Suppl. (Competition Law Checklist), 1991, pp.113-114, ha apuntado como en el año 1991, de las cincuenta y cinco operaciones que según la Comisión quedaban dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (CEE) n° 4064/89 (de un total de sesenta casos sometidos a su consideración durante ese año) tan sólo una fue finalmente prohibida (Decisión de la Comisión de 2 de octubre de 1991, caso n° IV/M053, *Aerospatiale-Alenia/de Havilland*).

4. El camino hacia la elaboración de una norma europea que abordase de forma específica la problemática que presentaban las operaciones de fusión transfronteriza

En el ámbito del Derecho societario europeo, la Directiva 78/855/CEE relativa a las fusiones de sociedades anónimas de naturaleza doméstica supuso un importante paso hacia la eliminación de las restricciones a la libertad de establecimiento, garantizando los derechos de accionistas y terceros en el marco de estas operaciones. Sin embargo, el paso del tiempo y la intensificación de las relaciones jurídico-económicas en el seno de la Unión Europea fueron poniendo de manifiesto un importante déficit en su contenido, al no dar cobertura a las operaciones de fusión entre sociedades de diferentes Estados miembros. A este respecto, no puede perderse de vista como, ya desde un primer momento, se había concebido la Tercera Directiva como un paso previo para dar solución a la problemática jurídica que presentaban estas operaciones²²³, en la medida en que la aproximación de los ordenamientos domésticos de los Estados miembros en materia de fusiones internas facilitaría la futura implementación de una norma europea sobre fusiones transfronterizas²²⁴. De hecho, la manifestación de la necesidad de abordar de forma específica la eliminación de los obstáculos que afectaban a estas operaciones a través del desarrollo de un instrumento normativo de carácter supranacional resulta incluso anterior a la Propuesta de Tercera Directiva, por cuanto aparece plasmada en el propio TCEE, cuyo artículo 220 instaba a los Estados miembros, entre otras cuestiones, a entablar negociaciones al objeto de asegurar en favor de sus nacionales la posibilidad de fusión de sociedades sujetas a legislaciones nacionales diferentes²²⁵.

En este sentido, los primeros intentos destinados a posibilitar y facilitar la realización de estas operaciones se encauzaron a través de la figura de los Convenios internacionales ya que, por una parte, el artículo 54.3, apartado g) del TCEE (hoy artículo 50.2, apartado g) del TFUE) no permitía la creación de un auténtico Derecho europeo en esta materia a través de la figura del Reglamento y, por otra parte, las Directivas se consideraban en aquel momento (principios de la década de los sesenta) como un instrumento jurídico insuficiente para regular situaciones propiamente

²²³ En este sentido, ya se había manifestado el Parlamento Europeo en el Considerando nº5 de su Dictamen sobre la Propuesta de Tercera Directiva relativa a las fusiones de sociedades anónimas (antes citado).

²²⁴ Vid. EUROPEAN COMMISSION, “Memorandum by the Commission of the European Economic Community on the Establishment of European Companies”, SEC (66) 1250, 22 April 1966, *Bulletin of the European Economic Community. Supplement* nº9-10/1966, p.8.

²²⁵ Sobre este precepto, que también mencionaba el traslado transfronterizo de la sede social, se ha llegado a afirmar que estaba diseñado para “atenuar la frontera normativa entre Estados miembros con el fin de favorecer la libertad de establecimiento y las operaciones transfronterizas” (vid. VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA, G., *op.cit.*, p.13). Sin embargo, ante su falta de vigencia efectiva fue derogado por el Tratado de Lisboa y, por ende, las obligaciones en él contenidas (vid. SCHÜTZE, R., *European Union Law, op.cit.*, p.612).

internacionales y sometidas necesariamente a diferentes ordenamientos jurídicos²²⁶. A este respecto, no conviene perder de vista como, incluso antes de la firma del Tratado de Roma, ya se había elaborado el “Convenio de La Haya de 1 de junio de 1956, sobre el Reconocimiento de la personalidad jurídica de sociedades, asociaciones y fundaciones extranjeras” en virtud del cual los Estados Parte se obligaban a reconocer, de acuerdo con una serie de criterios establecidos en el propio Convenio, por una parte, la personalidad jurídica de aquellas sociedades creadas conforme a las disposiciones legales de otro Estado Parte; y, por otra parte, el resultado de la ulterior operación de fusión con independencia de que ésta hubiese tenido un carácter meramente interno o transfronterizo²²⁷. Sin embargo, dicho Convenio nunca llegó a entrar en vigor al no ser depositados finalmente los instrumentos de ratificación mínimos exigidos en su articulado²²⁸.

En la misma línea, y ya con la CEE puesta en marcha, se elaboraría el “Convenio de Bruselas de 29 de febrero de 1968 sobre el reconocimiento mutuo de sociedades y personas jurídicas”²²⁹, que buscaba dar respuesta a las exigencias del artículo 220 del TCEE acerca de la necesidad de que los Estados miembros entablasen negociaciones para asegurar en favor de sus nacionales el reconocimiento recíproco de las sociedades definidas en el artículo 58, párrafo segundo del TCEE (hoy artículo 54, párrafo segundo del TFUE)²³⁰, y cuya aprobación contribuiría a incrementar el nivel de

²²⁶ Vid. SCHWARTZ, I.E., *op.cit.*, pp.259-260. Otros autores, por el contrario, entienden que el hecho de que las instituciones europeas optasen, en un primer momento, por la figura del Convenio para dar respuesta a la problemática que presentaban las fusiones transfronterizas se debía a las dudas existentes acerca de si sus poderes legislativos eran lo suficientemente amplios para elaborar una Directiva o un Reglamento en esta materia (en este sentido, *vid.* BEHRENS, P., “Case C-411/03, SEVIC Systems AG”, *Common Market Law Review*, vol.43, nº6, 2006, p.1670). Sobre las posibilidades e inconvenientes del Convenio como instrumento al servicio de la armonización normativa en el seno del mercado interior, *vid.* LIMPENS, A., *op.cit.*, p.641.

²²⁷ Nótese que, en el contexto del artículo 4 del citado Convenio, el carácter interno o transfronterizo de la operación vendrá determinado por el hecho de que las sociedades participantes en la fusión hubiesen adquirido su personalidad en el mismo Estado Parte o bien en Estados Parte diferentes, estableciéndose una suerte de “reconocimiento directo” por los demás Estados contratantes para el primer supuesto, y otro “condicionado” para el segundo, al quedar éste supeditado al reconocimiento previo por parte de los Estados conforme a cuyos ordenamientos hubiesen adquirido la personalidad jurídica las sociedades intervinientes en la operación.

²²⁸ En este sentido, conviene apuntar como el Convenio fue firmado por Bélgica, Francia, Países Bajos, España, y Luxemburgo, si bien tan sólo los tres primeros Estados llegaron a ratificarlo, de forma tal que no se daba cumplimiento al requisito establecido en su artículo 11, párrafo primero, donde se establecía que el Convenio entraría en vigor a los sesenta días del depósito del quinto instrumento de ratificación. A este respecto, no puede pasarse por alto el hecho de que, a las puertas de la creación de la CEE, Alemania e Italia optasen por no firmar el Convenio a diferencia de sus socios de la CECA, e incluso de otros países (como España) a los que, en aquel momento, ni siquiera se les esperaba a corto plazo en este tipo de instituciones supranacionales.

²²⁹ Vid. *Bulletin des Communautés Européennes, Supplément* nº2/1969, pp.7-16.

²³⁰ En relación con el derogado artículo 220 del TCEE, conviene tener presente como su naturaleza subsidiaria y funcionamiento a modo de cláusula de cierre determinaba que la vía convencional sólo debería aplicarse cuando las cuestiones y objetivos a los que se refería su tenor literal no pudieran alcanzarse directamente a través de otros artículos del Tratado o de normas de Derecho derivado (*vid.* GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “La *Sitztheorie* es...”, *op.cit.*, p.666).

seguridad jurídica en el ámbito del traslado transfronterizo de la sede social; no obstante, dicho Convenio tampoco llegaría finalmente a entrar en vigor²³¹.

Por otra parte, y como resultado de los trabajos que desde el año 1965 venían desarrollando un grupo de expertos dirigidos por el profesor Goldman para dar solución a la problemática que presentaban las fusiones transfronterizas²³², vería la luz en 1973 el “Proyecto de Convenio sobre fusiones internacionales de sociedades anónimas”²³³. No obstante, su principal hándicap radicaba en la falta de armonización de las legislaciones nacionales en materia de fusiones internas²³⁴ (o incluso la ausencia de disposiciones normativas específicas al respecto), sin mencionar la cuestión de los derechos de participación de los trabajadores en el marco de la fusión transfronteriza²³⁵, por lo que finalmente, y ante la reticencia de los Estados miembros a aceptar el establecimiento de

²³¹ A este respecto, cabría apuntar que los seis Estados miembros que en aquel momento integraban la UE firmaron el Convenio, si bien el Parlamento de los Países Bajos finalmente no aprobó la ley de ratificación necesaria para que éste entrase en vigor y se convirtiese en parte de los ordenamientos nacionales de todos los Estados Parte (*vid.* THÖMMES, O., TOMSETT, E., “Issues of the implementation of the Merger Directive in the EC Member States”, *EC Tax Review*, nº4, 1992, p.231), de forma tal que, con el paso del tiempo, este proyecto quedó definitivamente abandonado (*vid.* SANTA MARÍA, A., *European Economic Law*, Second Edition, Kluwer, United Kingdom, 2009, p.9). A este respecto, algunos autores han apuntado a la posible vinculación entre la negativa de los Países Bajos a ratificar el Convenio y su tránsito por aquellas fechas desde el modelo de la sede real al modelo de la incorporación como mecanismo de determinación de la *lex societatis* (en este sentido, *vid.* WYMEERSCH, E., “Is a Directive...”, *op.cit.*, p.162; y PELLÉ, P., “Companies crossing borders within Europe”, *Utrecht Law Review*, vol.4, nº1, 2008, p.8).

²³² De hecho, ya en 1966, la Comisión Europea había afirmado que “en el ámbito del derecho de sociedades, la ausencia de una regulación comunitaria constituye un obstáculo a las concentraciones de empresas más allá de las antiguas fronteras, mientras que los medios establecidos por los derechos nacionales pueden permitirlos en diferentes grados y formas” (*vid.* COMMISSION EUROPÉENNE, “Le problème de la concentration dans le marché commun”, *Études. Série concurrence*, nº3, Bruxelles, 1966, p.9). Ciertamente, y ante la necesidad de creación de una auténtica base industrial europea derivada del incremento de la competencia internacional, la preocupación de la Comisión Europea por la falta de un instrumento normativo de naturaleza supranacional orientado a facilitar las fusiones transfronterizas, de forma tal que éstas pudiesen llevarse a cabo en condiciones de simplicidad y seguridad jurídica comparables a las existentes en el ámbito doméstico, se intensificó desde comienzos de la década de los setenta, tal y como puede comprobarse en COMMISSION EUROPÉENNE, *La politique industrielle de la Communauté. Mémoire de la Commission au Conseil*, COM (70) 100 final, 1970, pp.140-141; y EUROPEAN COMMISSION, “Memorandum from the Commission on the technological and industrial policy programme”, SEC (73) 1090, 3 May 1973, *Bulletin of the European Communities. Supplement* nº7/73, pp.5 y 12.

²³³ *Vid.* *Bulletin des Communautés Européennes, Supplément* nº13/1973, pp.1-28.

²³⁴ A título de ejemplo, se ha señalado como las legislaciones societarias de Alemania, Italia, y, en cierta medida, Francia, establecían un control judicial preventivo de la legalidad de las operaciones de fusión, mientras que las normativas belga y luxemburguesa se decantaban por la figura del notario para garantizar y validar la legalidad de la operación (*vid.* GOLDMAN, B., “Rapport concernant le...”, *op.cit.*, p.469). Por ello, en la medida en que el Proyecto de Convenio combinaba un conjunto de reglas materiales con reglas de reenvío a los ordenamientos nacionales de los Estados miembros, era necesario que dichas legislaciones partiesen de una concepción común de la figura jurídica de la fusión y que no presentasen un excesivo grado de heterogeneidad. De ahí que los trabajos de las instituciones europeas relativos a la adopción del Convenio sobre fusiones internacionales se llevasen a cabo de forma paralela y coordinada con el proceso de elaboración de la que sería la Tercera Directiva en materia de Derecho de sociedades europeo (*vid.* LOY, O., “La troisième directive...”, *op.cit.*, p.356).

²³⁵ Sobre esta cuestión y en relación con el contenido del maltrazo Proyecto de Convenio, una de las aproximaciones más autorizadas puede encontrarse en GOLDMAN, B., “Rapport concernant le...”, *op.cit.*, pp.471-570; y, del mismo autor, “La fusion des sociétés et le projet de convention sur la fusion internationale des sociétés anonymes”, *Cahiers de droit européen*, vol.17, 1981, pp.4 y ss.

una regulación supranacional para este tipo de operaciones vía convencional que se traduciría en la pérdida de prerrogativas de control sobre las mismas²³⁶, se optó por reconducir la cuestión a través de una futura Directiva europea basada en el actual artículo 50.2, apartado g) del TFUE. Sobre el papel, dicha Directiva tendría unas mayores aspiraciones de viabilidad efectiva debido a su propia naturaleza jurídica, a la no exigencia de unanimidad para su aprobación, así como a la progresiva implementación de la Directiva 78/855/CEE por parte de los Estados miembros²³⁷.

De este modo, ya a finales de los años 80, ante el notable incremento de las operaciones de fusión transfronteriza²³⁸ y la creciente atención sobre este problema a nivel europeo²³⁹, la Comisión presentó dos propuestas normativas de diversa índole pero de naturaleza complementaria²⁴⁰, a saber: la Propuesta de Directiva relativa a las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas²⁴¹, y la Propuesta de Reglamento

²³⁶ Vid. PASA, B., BENACCHIO, G.A., *op.cit.*, p.372.

²³⁷ Sobre esta cuestión, vid. VERMEYLEN, J., “The Cross-Border Merger Directive”, en VERMEYLEN, J., VANDE VELDE, I. (eds.), *European Cross-Border Mergers and Reorganisations*, Oxford University Press, New York, 2012, pp.2-3. En este sentido, no faltaron algunas voces críticas que se planteaban hasta qué punto podría ser más conveniente la elaboración de un Reglamento en lugar de una Directiva para dar solución a la problemática que presentaban las fusiones intra-europeas, al tratarse de un ámbito del Derecho societario investido de un marcado carácter heterogéneo (vid. WERLAUFF, E., “The development of...”, *op.cit.*, p.216).

²³⁸ Nótese como en la década de los ochenta se observa un cambio de tendencia en comparación con los años sesenta y los setenta, donde predominaban las fusiones nacionales (vid. GARCÍA-DURÁN HUET, P., *op.cit.*, p.511).

²³⁹ En este sentido podría traerse a colación la reunión de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada del 19 al 21 de octubre de 1972 en París, en cuyo comunicado final se hacía referencia a la importancia de eliminar las barreras tanto legales como fiscales que afectaban negativamente a la cooperación y a la realización de operaciones de fusión entre empresas, así como a la necesidad de una rápida adopción del Estatuto de la Sociedad Europea (vid. COMMISSION EUROPÉENNE, “Déclaration du sommet de Paris (19 au 21 octobre 1972)”, *Bulletin des Communautés Européennes. Supplément* n° 10/1972).

²⁴⁰ De hecho, ya en 1966, la propia Comisión entendía que la futura creación de una sociedad de tipo europeo vendría a “reforzar” otros proyectos que en ese momento se encontraban en estudio en el ámbito del reconocimiento mutuo de sociedades, la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, o el traslado del domicilio social de un Estado miembro a otro sin pérdida de personalidad jurídica y que, contemplados en conjunto, facilitarían la cooperación y las fusiones de sociedades en el seno del mercado interior, contribuyendo a eliminar las distorsiones a la competencia y aumentando la competitividad internacional de las empresas de los Estados miembros (vid. COMMISSION EUROPÉENNE, “Le problème de la concentration dans le marché commun”, *Études. Série concurrence*, n°3, Bruxelles, 1966, pp.9 y 16). Asimismo, conviene apuntar como esta idea de complementariedad perduró en el tiempo, tal y cómo se refleja en el epígrafe 3.2.1 del Dictamen del CESE sobre la propuesta de Directiva relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capitales (DOUE n° C 117, de 30 de abril de 2004, p.43).

²⁴¹ Propuesta de Décima Directiva basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades anónimas, COM (84) 727 final, de 8 de enero de 1985 (DOCE n° C 23, de 25 de enero de 1985, p.11). En este sentido, cabría apuntar como algunos autores entendían que el término “fusiones transfronterizas” que empleaba la Propuesta de Décima Directiva (y que finalmente se ha mantenido en el texto definitivo) adolecía de una cierta falta de precisión, decantándose por el uso de la expresión “fusiones intracomunitarias” (vid. SÁNCHEZ CALERO, F.J., “La propuesta de la Comisión de la CEE de Décima Directiva referente a las fusiones transfronterizas de Sociedades Anónimas y su incidencia en la posición jurídica de los trabajadores de las sociedades fusionadas, conforme al Derecho Español”, *Noticias de la Unión Europea*, n°55-56, 1989, p.62).

acerca del Estatuto de la Sociedad Europea²⁴². Nos encontrábamos, sin duda, ante un nuevo punto de inflexión en el ámbito del Derecho societario europeo por cuanto dichas propuestas legislativas contribuirían a eliminar los obstáculos derivados de la interacción de los ordenamientos domésticos en relación con las operaciones de fusión entre empresas de diferentes Estados miembros, reduciendo los costes asociados a las mismas, e incrementando los niveles de seguridad jurídica, lo que, a su vez, permitiría profundizar en el grado de integración económica de la Unión Europea. Ciertamente, y dejando al margen las consideraciones relativas a la Propuesta de Directiva sobre fusiones transfronterizas, de notable importancia pero investida de un cierto carácter continuista y muy apegada a la Directiva 78/855/CEE, no debe perderse de vista el carácter innovador que suponía la creación de la Sociedad Europea, así como el hecho de que su régimen jurídico fuese establecido a través de un Reglamento, lo cual resultaba excepcional en el marco del Derecho societario de la época²⁴³.

Sin embargo, la tramitación de las propuestas anteriormente mencionadas no fue sencilla, en parte debido a la falta de acuerdo entre los Estados miembros en relación con los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores en el marco de estas operaciones²⁴⁴, especialmente por lo que respecta a estos últimos²⁴⁵. De

²⁴² Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se establece el Estatuto de la Sociedad Europea, COM (89) 268 final (DOCE nº C 263, de 16 de octubre de 1989, p.41). No obstante, casi dos años más tarde, vería la luz la Propuesta modificada de Reglamento (CEE) del Consejo por el que se establece el Estatuto de la Sociedad Europea, COM (91) 174 final (DOCE nº C 263, de 8 de julio de 1991, p.1).

²⁴³ No obstante, existía un precedente en el Reglamento (CEE) nº 2137/85 del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativo a la constitución de una agrupación europea de interés económico (DOCE nº L 199, de 31 de julio de 1985, p.1). Sobre la formación, estructura y funcionamiento de esta entidad, sin ánimo de lucro propio, inspirada en el “*Groupement d'intérêt économique*” natural del derecho francés, y concebida como un instrumento de cooperación entre empresas (en relación con las cuales la AEIE es jurídicamente independiente) al objeto de mejorar su competitividad, facilitar el desarrollo de las actividades económicas de sus miembros, e incrementar sus beneficios *vid.* VICHATZKY, S., “Le groupement européen d'intérêt économique (G.E.I.E)”, *Revue trimestrielle de droit européen*, nº2, 1990, pp.275-306; MASSAGUER FUENTES, J., “La Agrupación Europea de Interés Económico. Notas en torno al Reglamento (CEE) nº 2137/85”, *Noticias de la Unión Europea*, nº43-44, 1988, pp.23-50; o SERRA MALLOL, A.J., *Las agrupaciones de interés económico*, Tecnos, Madrid, 1992.

²⁴⁴ Sobre esta cuestión, desde la óptica del Derecho español, *vid.* SÁNCHEZ CALERO, F.J., *op.cit.*, pp.61-72.

²⁴⁵ El problema fundamental giraba en torno a que la legislación nacional a la que quedaría sujeta la sociedad resultante de la fusión podía ofrecer un nivel de participación a los trabajadores diferente del que disfrutaban en las sociedades que se fusionaban o que, directamente, el Estado miembro de la sociedad resultante de la operación no contemplase en su ordenamiento el derecho de participación de los trabajadores (p.ej. Italia, Irlanda, o Reino Unido). Ciertamente, el origen de esta problemática debemos buscarlo en la diferente tradición jurídica de los Estados miembros, ya que mientras en unos Estados miembros la participación de los trabajadores en la toma de decisiones societarias presentaba un carácter voluntario, en otros Estados miembros ésta debía estar contemplada en un instrumento legislativo con carácter obligatorio (*vid.* EUROPEAN COMMISSION, “Memorandum from the Commission to Parliament, the Council and two sides of industry. Internal Market and industrial cooperation. Statute for the European company. Internal market White Paper, point 137”, COM (88) 320 final, 8 June 1988, *Bulletin of the European Communities. Supplement* nº3/88, pp.8-9). En este sentido, tal y como apunta ROELANS, J., *op.cit.*, p.79, resultaban especialmente problemáticos los regímenes de co-gestión (*Mitbestimmung*) y participación contemplados en las legislaciones sociales de Alemania y Francia respectivamente. A este respecto, cabría apuntar la existencia de estudios que han puesto de relieve como el sistema de co-determinación alemán se traduce en mejoras en los niveles de productividad, empleo, innovación, igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, y conciliación familiar, lo cual permite

hecho, en la Propuesta de Directiva sobre fusiones transfronterizas de 1985 (retirada en 2001) no se hacía referencia explícita a la participación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión, a diferencia de lo que sucedería en la posterior Propuesta de Directiva sobre fusiones transfronterizas de sociedades de capital, COM (2003) 703 final, de 18 de noviembre de 2003, impulsada por el Plan de Modernización del Derecho de sociedades lanzado por la Comisión Europea ese mismo año²⁴⁶ y que abordaba este aspecto en su artículo 14²⁴⁷. Por lo que respecta a la Propuesta de Reglamento relativo a la Sociedad Europea de 1989, antes citada, es importante destacar como, ya desde su origen, hacía referencia a la necesidad de que las normas relativas a la implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea figurasen de forma separada en una Directiva que se concebía como un “complemento indisociable” del futuro Reglamento²⁴⁸, lo cual no evitó que esta cuestión siguiese constituyendo uno de los principales escollos para su aprobación ya que, mientras algunos Estados miembros (p.ej. Alemania), presionados por los principales sindicatos, entendían que la Directiva 2001/86/CE no alcanzaba el nivel de protección y reconocimiento de estos derechos previsto en su ordenamiento doméstico (sistema de co-determinación o *Mitbestimmung*), otros Estados miembros (p.ej. Reino Unido), ante las presiones del

entender la acérrima defensa que de los derechos de participación de los trabajadores ha venido haciendo la delegación alemana en las negociaciones de las diferentes normas europeas (sobre esta cuestión *vid.* JIRJAHN, U., “Ökonomische Wirkungen der Mitbestimmung in Deutschland: Ein Update”, *Arbeitspapier n°186*, Hans Böckler Stiftung, Düsseldorf, 2010, citado por MULLER, P., DEVNANI, S., LADHER, R., RAMADA, P., “European Added Value Assessment on a Directive on the cross-border transfer of company seats (14th Company Law Directive). ANNEX II. Economic and Social Effects of the Requested Legislative Instrument”, *Research paper by London Economics Ltd.*, Brussels, 2013, p.47).
²⁴⁶ *Vid.* COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento. Modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea: Un plan para avanzar*, COM (2003) 284 final, 21 de mayo de 2003.

²⁴⁷ Esta evolución debe ponerse en relación con la publicación en el periodo intermedio de importantes normas europeas relativas a los derechos de los trabajadores, como la Directiva 2001/86/CE del Consejo de 8 de octubre de 2001 por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (DOCE n° L 294, de 10 de noviembre de 2001, p.22), la Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001 sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad (DOCE n° L 82, de 22 de marzo de 2001, p.16), o la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 2002 por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea (DOCE n° L 80, de 23 de marzo de 2002, p.29). De hecho, será el artículo 2, apartado k) de la Directiva 2001/86/CE donde se establezca una definición concreta del derecho de participación de los trabajadores, como el derecho de elegir o designar a determinados miembros del órgano de administración o control de la sociedad; o bien el derecho de recomendar u oponerse a la designación de una parte o de todos los miembros del mismo. Sin embargo, algún Estado miembro, como Italia, donde no existía un régimen propiamente dicho de participación de los trabajadores en los órganos societarios, mantuvo hasta el final, con el apoyo de empresarios y sindicatos, una posición contraria a la introducción de normas relativas a estos derechos en el texto definitivo de la Directiva 2005/56/CE, siendo el único Estado miembro de los veinticinco que votó en contra de la aprobación de dicha norma (sobre esta cuestión, *vid.* CAPELLI, F., “Les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux et l’arrêt *Sevic* de la Cour de justice”, *Revue du Marché Commun et de L’Union Européenne*, n°510, 2007, pp.461-462).

²⁴⁸ *Vid.* Considerando n°19 de la Propuesta de Reglamento de 1989. Nótese como la opción adoptada por el legislador europeo fue puesta en tela de juicio en el Dictamen del CESE (DOCE n° C 124, de 21 de mayo de 1990, p.34) por cuanto “se escindía el Proyecto de Reglamento en dos actos jurídicos de calidad dispar” (*vid.* apartado 1.8.1).

sector empresarial, mantenían una posición contraria a la introducción o ampliación de los derechos de participación de los trabajadores allí donde su normativa doméstica no los contemplaba o resultaba mucho menos garantista²⁴⁹.

Finalmente, y tras más de cuarenta años desde la firma del Tratado de Roma verían la luz el Reglamento (CE) n° 2157/2001²⁵⁰ y la Directiva 2005/56/CE²⁵¹. Por desgracia, esta demora en la aprobación de las citadas normas europeas (más de una década de negociaciones en el caso del Reglamento SE y dos en el caso de la Directiva 2005/56/CE) no supone un hecho aislado en el ámbito del Derecho societario europeo, sino que la problemática relativa a los derechos de los trabajadores ha contribuido al bloqueo de otras propuestas normativas como la Propuesta de Quinta Directiva relativa a la estructura de las sociedades anónimas y a los poderes y obligaciones de sus órganos sociales²⁵², o la *non nata* Propuesta de Decimocuarta Directiva en materia de traslado transfronterizo del domicilio social²⁵³, mostrando lo que algunos autores han denominado cómo “la resistencia de los Estados a adoptar un modelo extranjero [en referencia al modelo de cogestión alemán] que chocaba de forma demasiado violenta con sus sensibilidades y tradiciones”²⁵⁴.

5. El pretendido papel de la *Societas Europaea* como instrumento facilitador de determinadas operaciones transfronterizas de reorganización empresarial

5.1. El surgimiento de una figura societaria de naturaleza europea y el largo camino hasta la aprobación del Reglamento (CE) n° 2157/2001

²⁴⁹ Sobre esta cuestión, *vid.*, entre otros, RICKFORD, J., “Inaugural lecture: The European Company”, en RICKFORD, J. (ed.), *The European Company: Developing a Community Law of Corporations*, Intersentia, Antwerp-Oxford-New York, 2003, p.26.; DUCOULOUX-FAVARD, C., “Longue histoire pour la naissance de la société européenne”, *Revue Lamy Droit des Affaires*, n°48, 2002, p.9-13; VEERSMA, U., SWINKELS, S., “Participation in European Companies: views from social partners in three Member States”, *Transfer: European Review of Labour and Research*, vol.11, n°2, 2005, pp.189-205.

²⁵⁰ Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001 por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (DOCE n° L 294, de 10 de noviembre de 2001, p.1).

²⁵¹ Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005 relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital (DOUE n° L 310, de 25 de noviembre de 2005, p.1).

²⁵² Propuesta de Quinta Directiva tendente a coordinar las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades en el sentido del artículo 58 párrafo 2 del Tratado, para proteger los intereses, tanto de asociados como de terceros por lo que respecta a la estructura de sociedades anónimas así como los poderes y obligaciones de sus órganos, de 9 de octubre de 1972 (DOCE n° C131, de 13 de diciembre de 1972, p.49). Modificada posteriormente en 1983 (DOCE n° C 240, de 9 de septiembre de 1983, p.2) y retirada finalmente en el año 2001.

²⁵³ Sobre la importancia de los derechos de los trabajadores en el marco de estas operaciones, *vid.* PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2012, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la Decimocuarta Directiva sobre el Derecho de sociedades referente al traslado transfronterizo del domicilio social de las empresas (2011/2046(INI))*.

²⁵⁴ *Vid.* VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA, G., *op.cit.*, p.13.

A finales de 1966, y como resultado del trabajo de un grupo de expertos dirigidos por el profesor Pieter Sanders, comenzaba ya a tomar forma la idea de una sociedad anónima de carácter europeo²⁵⁵, concebida como una figura societaria de ámbito supranacional que, conviviendo con los tipos societarios propios de los diferentes Estados miembros, permitiese a las empresas cuya actividad presentase una dimensión transfronteriza optar por una u otra configuración en función de sus necesidades económicas y ámbito de implantación; esto contribuiría, por una parte, a una racionalización y mejora de su producción y distribución y, por otra parte, a avanzar de forma decisiva en el proceso de integración económica y en la efectiva realización del mercado común²⁵⁶. En otras palabras, podría decirse que la Sociedad Europea no vendría a sustituir a las formas societarias nacionales ya existentes sino que buscaría ampliar la “oferta” de las formas jurídicas accesibles a las empresas europeas para llevar a cabo su actividad²⁵⁷.

En 1970, este ambicioso proyecto se plasmaría en una Propuesta de Reglamento²⁵⁸ que, tras ser modificada en 1975²⁵⁹, sería finalmente abandonada en 1982²⁶⁰, en buena medida debido a que los Estados miembros no estaban preparados

²⁵⁵ Vid. COMMISSION EUROPÉENNE, “Project d’un statut des sociétés anonymes européennes par M. le professeur Pieter Sanders, doyen de la faculté de droit de Rotterdam”, *Études. Série concurrence*, nº6, 1967. No obstante, conviene tener presente que se trataba de una iniciativa de origen francés surgida poco después de la firma del Tratado de Roma, y presentada en el 57 Congreso de los Notarios de Francia, celebrado en la ciudad de Tours en 1959 (vid. THIBIERGE, C., “Le statut des sociétés étrangères”, en AA.VV. *Le statut de l’Étranger et le Marché Commun*, 57º Congrès des Notaires de France, Tours, 1959, pp.270 y ss). El propio Sanders defendería ese mismo año la conveniencia de la creación de este nuevo tipo societario en su discurso inaugural del “Instituto de Ciencias Económicas de Rotterdam” pronunciado el 22 de octubre de 1959 (vid. SANDERS, P., “Vers une société anonyme européenne?”, *Rivista delle Società*, 1959, pp.1163 y ss.). Sin embargo, la propuesta “formal” de creación de una sociedad anónima de carácter europeo por parte del gobierno francés a la Comisión no se produciría hasta el 15 de marzo de 1965, momento a partir del cual comenzarían a intensificarse los trabajos de estudio para conseguir su efectiva implantación (vid. EUROPEAN COMMISSION, “Memorandum by the Commission of the European Economic Community on the Establishment of European Companies”, SEC (66) 1250, 22 April 1966, *Bulletin of the European Economic Community. Supplement* nº9-10/1966, p.6).

²⁵⁶ En este sentido, vid. COMMISSION EUROPÉENNE, “Project d’un statut des sociétés anonymes européennes par M. le professeur Pieter Sanders, doyen de la faculté de droit de Rotterdam”, *Études. Série concurrence*, nº6, 1967, p.5.

²⁵⁷ Como bien apunta COLANGELO, M., “La «Società Europea» alla prova del mercato comunitario delle regole”, *Europa e diritto privato*, nº1, 2005, p.153, esta idea no es exclusiva del ámbito europeo sino que también está presente en determinados ordenamientos de base federal como el canadiense.

²⁵⁸ Vid. EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Council Regulation embodying a Statute for European Companies*, COM (1970) 600 final, 24 June 1970 (DOCE nº C 124, de 10 de octubre de 1970, p.1).

²⁵⁹ EUROPEAN COMMISSION, “Amended Proposal for a Council Regulation on the Statute of European Companies”, COM (1975) 150 final, 10 March 1975, *Bulletin of the European Communities. Supplement* nº4/75.

²⁶⁰ A este respecto, conviene apuntar como, desde 1976, un grupo de trabajo creado *ad hoc* por el Consejo Europeo venía liderando las discusiones sobre la Propuesta modificada de Reglamento de 1975 en una “atmósfera constructiva y positiva”, si bien éstas fueron finalmente suspendidas en 1982 a la espera de las propuestas legislativas de la Comisión en relación con la armonización de la legislación societaria de los Estados miembros en materia de grupos de sociedades (vid. EUROPEAN COMMISSION, “Memorandum from the Commission to Parliament, the Council and two sides of industry. Internal Market and industrial cooperation. Statute for the European company. Internal market White Paper, point 137”, COM (88) 320 final, 8 June 1988, *Bulletin of the European Communities. Supplement* nº3/88, p.21).

para acoger en sus ordenamientos nacionales el contenido profundamente innovador de la Propuesta de Reglamento (la cual establecía un auténtico Derecho de grupos de sociedades²⁶¹), e incluso veían con cierto recelo la posibilidad de crear una figura societaria que escapara al control de sus legislaciones nacionales y que pudiese competir con sus propias figuras societarias²⁶². No será pues, hasta la segunda mitad de la década de los ochenta, marcada por la publicación del Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la realización del mercado interior (1985)²⁶³ y por el decidido apoyo de su presidente, Jacques Delors, al proyecto de la Sociedad Europea, cuando se retomen los trabajos para la adopción de esta figura societaria de naturaleza supranacional. De este modo, en 1989, verían finalmente la luz las Propuestas que a la postre, y tras más de diez años de negociaciones²⁶⁴, se convertirían en el Reglamento (CE) n° 2157/2001²⁶⁵ y en la Directiva 2001/86/CE²⁶⁶. En este sentido, no podemos perder de vista que a pocos años de la fecha límite fijada para la implantación efectiva del mercado único (1992), resultaba esencial adoptar los instrumentos jurídicos necesarios para dar respuesta a las crecientes necesidades de cooperación entre sociedades a nivel europeo y facilitar la constitución de empresas de dimensión europea que pudiesen competir con sus homólogas americanas o japonesas²⁶⁷.

Tal y como ya hemos apuntado, en el contexto económico de principios de los años ochenta, en el que la actividad empresarial ya había abandonado los límites propios

²⁶¹ Así lo entendía, SYNVET, H., “Enfin la société européenne?”, *Revue trimestrielle du droit européen*, vol.26, n°2, 1990, p.254.

²⁶² En este sentido, *vid.* BLANQUET, F., *op.cit.*, p.69; y COTIGA, A., “La forme juridique de SE et la compétition entre systèmes normatifs”, *Revue Lamy droit des affaires*, n°71, 2012, pp.139-141.

²⁶³ *Vid.* EUROPEAN COMMISSION, *Completing the internal market. White Paper from the Commission to the European Council*, COM (85) 310 final, 14 June 1985, en cuyo punto n° 137 se hacía referencia a la importancia de la Sociedad Europea como “instrumento necesario para la cooperación industrial en un mercado interior unificado”. Posteriormente este apartado sería desarrollado a través del *Memorandum from the Commission to Parliament, the Council and two sides of industry. Internal Market and industrial cooperation. Statute for the European company. Internal market White Paper, point 137*, COM (88) 320 final, 8 June 1988.

²⁶⁴ A este respecto, conviene apuntar que el principal escollo para la aprobación del Reglamento pivotaba sobre la garantía de los derechos de participación, información y consulta de los trabajadores en la Sociedad Europea. De ahí, la importancia que en su momento tuvieron para el desbloqueo de la situación, la Comunicación de la Comisión Europea en materia de información y consulta de los trabajadores, COM (95) 547 final, de 14 de noviembre de 1995, y el informe de un grupo de expertos dirigido por E. Davignon, elaborado en mayo de 1997 bajo el título “*European Systems of Worker Involvement*”.

²⁶⁵ La propuesta original fue presentada por la Comisión en 1989 (DOCE n° C 263, de 16 de octubre de 1989, p.41), y modificada en 1991 (DOCE n° C 176, de 8 de julio de 1991, p.1). Se trataba de una propuesta “aligerada” (y en cierto modo “edulcorada”), al objeto de superar las reticencias que habían expresado los Estados miembros en relación con los anteriores proyectos, y que pivotaba en gran medida sobre el empleo de la técnica del reenvío a las legislaciones nacionales que ya se habían beneficiado de los avances del proceso de armonización en el ámbito del Derecho societario europeo (*vid.* SYNVET, H., *op.cit.*, p.254).

²⁶⁶ La propuesta original fue presentada por la Comisión en 1989, conjuntamente con la Propuesta de Reglamento de la Sociedad Europea (DOCE n° C 263, de 16 de octubre de 1989, p.69) y modificada en 1991 (DOCE n° C 138, de 29 de mayo de 1991, p.8).

²⁶⁷ Ahora bien, no debe perderse de vista que la aprobación del Estatuto de la Sociedad Europea también resultaría beneficioso para las filiales europeas de empresas japonesas o norteamericanas (en este sentido, *vid.* LENOIR, N., “The Societas Europaea (SE) in Europe. A promising start and an option with good prospects”, *Utrecht Law Review*, vol.4, n°1, 2008, p.20).

del mercado doméstico adquiriendo un marcado carácter transfronterizo, resultaba imprescindible desarrollar los instrumentos legislativos adecuados a nivel europeo para que las empresas de los diferentes Estados miembros pudiesen reorganizar sus estructuras productivas y actividades a escala comunitaria. A este respecto, las Directivas Tercera y Sexta en materia de Derecho de sociedades europeo, aunque útiles, no resultaban suficientes al circunscribirse respectivamente al marco jurídico aplicable a las fusiones y escisiones de naturaleza interna con el objetivo de proteger los intereses de accionistas y terceros, de forma tal que, cuando dichas operaciones presentaban una dimensión transfronteriza y en la medida en que las empresas participantes en las mismas debían adoptar una forma jurídica sujeta a un ordenamiento jurídico nacional determinado, volvían a emerger los obstáculos derivados de la interacción entre las heterogéneas legislaciones de los diferentes Estados miembros. De este modo, podría afirmarse que, con el paso del tiempo, fue quedando en evidencia el distanciamiento entre el marco jurídico y el marco económico en el que operaban las empresas europeas, pues el primero seguía anclado en una dimensión nacional, mientras que el segundo era ya merecedor del adjetivo “europeo”, por lo que resultaba necesario establecer, en la medida de lo posible, una correspondencia entre la unidad económica y la unidad jurídica de la empresa en el seno de la Unión Europea²⁶⁸.

En este contexto, la creación de una figura societaria de naturaleza europea estaba llamada a contribuir de forma decisiva a la consecución de los siguientes objetivos²⁶⁹: 1) eliminar los obstáculos o barreras jurídicas que en aquel momento afectaban a determinados ámbitos de la actividad transfronteriza de las sociedades nacionales (fusiones intra-europeas²⁷⁰, traslado transfronterizo de la sede social²⁷¹, o establecimiento de filiales y sucursales en otros Estados miembros), dificultando el ejercicio de la libertad de establecimiento prevista en el Tratado; 2) simplificar la

²⁶⁸ Vid. Considerandos nº 4 y 6 del Reglamento (CE) nº 2157/2001.

²⁶⁹ Vid. EUROPEAN COMMISSION, “Statute for a European company”, *Bulletin of the European Communities. Supplement* nº5/89, pp.7-8.

²⁷⁰ En este sentido, llegó a afirmarse que “la creación de una sociedad de tipo europeo podría constituir un factor de promoción de las fusiones internacionales sin duda más decisivo que la coordinación de los derechos societarios nacionales” (vid. ROELANS, J., *op.cit.*, p.115). En una línea similar de pensamiento, vid. SYNDET, H., *op.cit.*, p.254. De hecho, ya en 1966, la propia Comisión Europea hacía referencia a que la creación de la Sociedad Europea supondría la puesta a disposición de las empresas de los diferentes Estados miembros de un instrumento de concentración y cooperación que contribuiría cuanto menos a simplificar las operaciones de fusión transfronteriza en la medida en que éstas podrían realizarse, por ejemplo, a través de la constitución de una Sociedad Europea a la que las sociedades nacionales participantes en la operación transmitirían sus patrimonios a cambio de títulos representativos del capital social de la Sociedad Europea, o a través de la absorción de una o varias sociedades nacionales por parte de una Sociedad Europea preexistente (vid. EUROPEAN COMMISSION, “Memorandum by the Commission of the European Economic Community on the Establishment of European Companies”, SEC (66) 1250, 22 April 1966, *Bulletin of the European Economic Community. Supplement* nº9-10/1966, pp.16-17).

²⁷¹ Nótese como, por aquel entonces y con carácter general, si una sociedad establecida en un Estado miembro quería trasladar su domicilio social a otro Estado miembro, debía disolverse y liquidarse en el Estado miembro de origen y constituir una nueva sociedad en el Estado miembro de destino a la que posteriormente aportaría todo su patrimonio, lo cual resultaba complejo y costoso.

estructura y mejorar de la gestión de grupos de sociedades multinacionales²⁷², lo que se traduciría en una reducción de costes y en una mayor efectividad y rapidez en los procesos de toma de decisiones; 3) facilitar la atracción de los recursos de capital necesarios (inversores públicos o privados) para llevar a cabo proyectos transfronterizos, lo que, en definitiva, debería traducirse en una mejora de la competitividad y productividad del conjunto de la industria europea; 4) estimular, la cooperación transfronteriza de las pequeñas y medianas empresas, dificultada por su sometimiento a los diversos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros en los que desarrollaban su actividad; y 5) ofrecer a las empresas de los diferentes Estados miembros una cierta ventaja reputacional o publicitaria a la hora de operar en otros Estados, por cuanto la “bandera europea” permitiría, por una parte, eliminar determinados obstáculos psicológicos vinculados a la nacionalidad de la sociedad (evitando asimismo la necesidad de crear filiales en el extranjero) y, por otra parte, proyectar una imagen de fortaleza y confianza frente a los consumidores y/o inversores²⁷³. A la vista de lo anterior, no resulta difícil comprender por qué, desde un primer momento, la *Societas Europaea* fue depositaria de grandes expectativas por parte de las propias instituciones europeas²⁷⁴, de la doctrina científica mayoritaria²⁷⁵, e incluso por parte de las empresas de los diferentes Estados miembros cuya actividad presentaba un marcado carácter transfronterizo²⁷⁶.

²⁷² A este respecto conviene apuntar como, desde el punto de vista teórico, y dependiendo de la actividad de la empresa, su tamaño, y su grado de internacionalización, la transición desde una estructura basada en una sociedad matriz nacional que opera a través de una red de filiales sometidas al ordenamiento de diferentes Estados miembros y con órganos de administración propios, hacia una estructura que pivota sobre una Sociedad Europea sujeta a un régimen jurídico más o menos uniforme y que lleva a cabo sus actividades transfronterizas a través de establecimientos permanentes situados en los diferentes Estados miembros, podría suponer no sólo un importante ahorro de recursos económicos sino una mejora en la efectividad y rapidez en los procesos de toma de decisiones. No obstante, algún autor ha defendido que para las grandes empresas multinacionales resulta más conveniente desarrollar sus actividades en otros Estados miembros a través de filiales en lugar de a través de establecimientos permanentes (*vid. VILLEMOT, D., Le fiscalité des fusions-acquisitions*, Presses Universitaires de France, Paris, 1995, p.90).

²⁷³ En este sentido se ha apuntado que, en términos normales, si una sociedad holandesa absorbía a una sociedad belga, la sociedad resultante de la fusión sería holandesa, lo cual podría repercutir negativamente en sus actividades en Bélgica. Ciertamente, esta problemática no se plantearía si la operación anterior diese como resultado el surgimiento de una Sociedad Europea (*vid. BLANQUET, F., op.cit.*, p.80). De hecho, en la consulta pública lanzada por la Comisión Europea en 2012 acerca del futuro del Derecho societario europeo, un buen número de participantes resaltó que la “imagen y marca Europea”, junto la posibilidad de realizar determinadas operaciones transfronterizas (traslado de domicilio social) con un importante ahorro en costes, constituían el principal valor añadido de las formas societarias de naturaleza europea (*vid. EUROPEAN COMMISSION (DIRECTORATE GENERAL INTERNAL MARKET AND SERVICES), Feedback statement. Summary of responses to the public consultation on the future of European company law*, Brussels, July 2012, p.6).

²⁷⁴ *Vid.*, a título de ejemplo, COMMISSION EUROPÉENNE, *L'achèvement du marché intérieur. Livre blanc de la Commission à l'intention du Conseil européen*, COM (85) 310 final, 14 Juin 1985, p.34.

²⁷⁵ A título de ejemplo, *vid. VON DER GROEBEN, H., “Vers des sociétés anonymes européennes: nécessité et possibilité de créer une société de type européen”, Revue trimestrielle de droit européen*, n°2, 1967, pp.224-237; o ROELANS, J., *op.cit.*, 1970, p.115.

²⁷⁶ Así, empresas de diferentes sectores de actividad como “Amro” (sector bancario), “BP” (sector petrolífero), “British Aerospace” (sector aeroespacial), “Eurotunnel” (sector transportes), o “IBM” (sector informático), entre otras, ya mostraron a lo largo de la década de los noventa su interés por esta nueva forma societaria (*vid. BLANQUET, F., op.cit.*, pp.73-81).

Ciertamente, la consecución de los fines a los que aspiraba la Sociedad Europea, sólo sería posible a través de la elaboración de un Reglamento que garantizase un adecuado nivel de uniformidad en relación con los aspectos esenciales del régimen jurídico de la Sociedad Europea, sin perjuicio de que en relación con determinadas cuestiones puntuales²⁷⁷, el propio Reglamento se remitiese a las normas previstas en distintos ordenamientos nacionales en materia de sociedades anónimas o directamente permitiese a los Estados miembros adoptar las disposiciones específicas oportunas para esta forma societaria²⁷⁸. En este sentido, conviene apuntar como, mientras las Directivas 78/855/CEE y 82/891/CEE en materia de fusiones y escisiones de carácter interno, respectivamente, se basaban en el artículo 54.3, apartado g) del TCEE (hoy artículo 50.2, apartado g) del TFUE), el Reglamento (CE) n° 2157/2001 se construye sobre la base del artículo 235 TCEE (hoy artículo 352 del TFUE)²⁷⁹. Esto no es más que el reflejo del nuevo planteamiento dual que desde los años ochenta comenzó a fraguarse en la Comisión Europea para abordar los desafíos que se presentaban en el ámbito del Derecho de sociedades, motivado por la incertidumbre acerca de si la mera armonización de las legislaciones de los Estados miembros a través de Directivas (que

²⁷⁷ Por ejemplo, en materia de capital social (mantenimiento, modificaciones, acciones y obligaciones), inscripción registral, publicidad, o funcionamiento de la Junta General, entre otras.

²⁷⁸ En este sentido, resulta particularmente relevante el artículo 9 del Reglamento (CE) n° 2157/2001, donde se establece un orden jerárquico y de especialidad meridianamente claro por lo que respecta a las normas que regirán el funcionamiento de la *Societas Europaea*. Así, en primer lugar, será de aplicación lo dispuesto en el Reglamento; en segundo lugar, y cuando éste así lo autorice de forma expresa, habrá que atender a lo establecido en los estatutos de la Sociedad Europea; en tercer lugar, y respecto a las materias no reguladas por el Reglamento o aquéllas que sólo lo estén en parte, habrá que atender a: 1º) las disposiciones legales que adopten los Estados miembros específicamente para las Sociedades Europeas y que deberán ser conformes con las Directivas aplicables a las sociedades anónimas (*cf.* artículos 39.5 y 43.4 del Reglamento); 2º) las disposiciones legales de los Estados miembros que fuesen de aplicación a una sociedad anónima constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la Sociedad Europea tenga su domicilio social (*cf.*, entre otros, artículos 5, 13, 15, 47.2, 51 o 61 del Reglamento); y 3º) las disposiciones de los estatutos, en las mismas condiciones que rigen para las sociedades anónimas constituidas con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la Sociedad Europea tenga su domicilio social. Por otra parte, conviene apuntar como esta suerte de equiparación entre la Sociedad Europea y las sociedades anónimas de los Estados miembros que se deriva del sistema de fuentes previsto en el artículo 9 del Reglamento, se ve reforzada por lo establecido en su artículo 10, en virtud del cual los Estados miembros deberán garantizar la ausencia de posibles discriminaciones derivadas de un tratamiento injustificadamente distinto entre la *Societas Europaea* y las sociedades anónimas constituidas conforme a su legislación nacional. A este respecto, han surgido dudas acerca de si el contenido de los citados preceptos queda circunscrito a aspectos relativos al régimen jurídico de las sociedades anónimas o, si por el contrario, se extiende a todas las disposiciones contenidas en el Derecho nacional de los Estados miembros que resulten de aplicación a estas formas societarias con independencia de su fin (*vid.* LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., HERRERA MOLINA, P., *op.cit.*, p.38).

²⁷⁹ En este sentido, conviene recordar que el artículo 50.2, apartado g) del TFUE sólo autoriza a las instituciones europeas a adoptar Directivas destinadas a coordinar en la medida necesaria y con objeto de hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el párrafo segundo del propio artículo 54, con el fin último de proteger los intereses de socios y terceros, pero no para crear nuevas formas societarias a nivel europeo. En este sentido, podría traerse a colación la STJUE de 2 de mayo de 2006, asunto C-436/03, *Parlamento Europeo v. Consejo de la Unión Europea*, por cuanto, en relación con la aprobación del Reglamento (CE) n° 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea, estableció que “no puede considerarse que el Reglamento impugnado, que deja intactas las distintas normativas nacionales existentes, tenga por objeto aproximar las legislaciones de los Estados miembros aplicables a las sociedades cooperativas, sino crear una nueva forma de sociedad cooperativa que se superpone a las nacionales” (ap.44).

era el planteamiento que se había seguido hasta la fecha), resultaba suficiente para dar una respuesta adecuada a las necesidades de cooperación transfronteriza entre las empresas europeas²⁸⁰.

Como sabemos, cuando el legislador europeo quiere intervenir en un determinado ámbito en el que se aprecia una divergencia entre las prácticas nacionales no deseable desde la perspectiva del funcionamiento del mercado interior, las libertades y garantías previstas en el Tratado, o el propio proceso de integración europeo, dispone fundamentalmente de dos opciones: 1) armonizar, fundamentalmente a través de Directivas, los diversos regímenes nacionales existentes estableciendo una serie de reglas y criterios que garanticen un “estándar mínimo” de aplicación en todos los Estados miembros en aquellos aspectos de la materia en cuestión que el legislador europeo entienda que son relevantes en relación con el fin pretendido; y 2) crear, fundamentalmente a través de Reglamentos, instrumentos e instituciones jurídicas de carácter supranacional y homogéneo con validez en toda la UE²⁸¹.

En definitiva, se trataba de que la configuración del Estatuto de la nueva Sociedad Europea estuviese investido de un fuerte carácter homogéneo, prescindiendo en la medida de lo posible de las remisiones a los ordenamientos nacionales, pues en su independencia residiría buena parte de su pretendido éxito²⁸². No obstante, si tenemos en cuenta que en el Reglamento (CE) nº 2157/2001 pueden contabilizarse unas sesenta y cinco referencias a las legislaciones domésticas, así como veintidós cuestiones que quedan a la discrecionalidad de los Estados miembros, no resulta aventurado cuestionarse si la pretendida vocación de uniformidad ha quedado sólo en papel mojado o si el precio pagado para conseguir desbloquear la aprobación del Reglamento por parte de los Estados miembros ha sido demasiado alto²⁸³.

²⁸⁰ Sobre esta cuestión, *vid.* EUROPEAN COMMISSION, “Memorandum from the Commission to Parliament, the Council and two sides of industry. Internal Market and industrial cooperation. Statute for the European company. Internal market White Paper, point 137”, COM (88) 320 final, 8 June 1988, *Bulletin of the European Communities. Supplement* nº3/88, p.18.

²⁸¹ *Vid.* PASA, B., BENACCHIO, G.A., *op.cit.*, p.375. Un análisis en profundidad acerca de los diferentes métodos de aproximación de los ordenamientos nacionales en el plano del Derecho societario europeo puede encontrarse en MAGNIER, V., *Rapprochement des droits dans l’Union européenne et viabilité d’un droit commun des sociétés*, L.G.D.J., Paris, 1999.

²⁸² A esta cuestión ya hacía referencia el Dictamen del CESE a la Propuesta de Reglamento sobre el Estatuto de la Sociedad Europea de 1989 (DOCE nº C 124, de 21 de mayo de 1990, p.34) en su Considerando 1.2.

²⁸³ De hecho, en la consulta pública lanzada en 2012 por la Comisión Europea acerca del futuro del Derecho societario europeo, un tercio de los participantes cuestionaba el valor añadido que las formas societarias europeas aportaban a las empresas de los diferentes Estados miembros, debido, entre otros factores, a la complejidad derivada de las múltiples referencias a las legislaciones nacionales (*vid.* EUROPEAN COMMISSION (DIRECTORATE GENERAL INTERNAL MARKET AND SERVICES), *Feedback statement. Summary of responses to the public consultation on the future of European company law*, Brussels, July 2012, p.7). A este respecto, pero desde una perspectiva diferente, algunos autores han apuntado a que “la entrada en vigor del Reglamento SE ha supuesto el pistoletazo de salida a la competición entre los legisladores nacionales en relación con el derecho subsidiariamente aplicable a la SE” (*vid.* VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA, G., *op.cit.*, p.30).

En este sentido, resulta interesante destacar la propia evolución del concepto de la Sociedad Europea, desde su configuración en las Propuestas de Reglamento de 1970 y 1975 como una sociedad exclusivamente europea cuyos elementos definidores y régimen jurídico aparecían contemplados en un Reglamento que presentaba una clara vocación de unicidad, hacia una suerte de figura societaria híbrida (Propuestas de Reglamento de 1989 y 1991) sujeta a un Estatuto de base europea y uniforme, pero donde no faltaban referencias al Derecho interno de los Estados miembros²⁸⁴. De hecho, se ha llegado a apuntar que la Sociedad Europea, configurada por el Reglamento (CE) n° 2157/2001 como una sociedad de capital por acciones²⁸⁵, al ser ésta la forma societaria que mejor se adapta a las necesidades de las empresas que operan a escala europea, tanto desde el punto de vista financiero como del de su gestión²⁸⁶, se ha convertido finalmente, no en una “criatura europea uniforme”, sino en un “camaleón” cuya naturaleza jurídica depende en gran medida de la legislación del Estado miembro de su constitución/incorporación, existiendo tantos tipos de Sociedad Europea como Estados miembros²⁸⁷.

5.2. La Sociedad Europea y las operaciones de fusión entre sociedades de diferentes Estados miembros

Tal y como hemos avanzado, una de las finalidades principales a las que se orientaba la creación de la Sociedad Europea consistía en facilitar la realización de operaciones de fusión transfronteriza entre sociedades de diferentes Estados miembros. Por ello, uno de los mecanismos previstos por el Reglamento (CE) n° 2157/2001 para su constitución se articula en torno a la fusión de dos o más sociedades anónimas

²⁸⁴ En este sentido, *vid.*, SYNVET, H., *op.cit.*, 1990, p.255; ESTEBAN VELASCO, G., “La sociedad europea: un instrumento jurídico al servicio de la reestructuración empresarial”, *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, n°8, 2003, pp.221-224; o MILLER, P., “Taxpayers should take notice of new EU company structure”, *International Tax Review*, vol.17, 2006, p.84. No obstante, algunos autores como HANSEN, L., *op.cit.*, p.184, han apuntado que el hecho de que alguna de las cuestiones en las que el Reglamento (CE) n° 2157/2001 se remite a las legislaciones de los Estados miembros haya sido previamente armonizada por Directivas europeas contribuye a reducir el grado de heterogeneidad que dichas remisiones introducen en el modelo de régimen jurídico de la Sociedad Europea.

²⁸⁵ *Vid.* artículo 1.2 del Reglamento (CE) n° 2157/2001.

²⁸⁶ *Vid.* Considerando n°13 del Reglamento (CE) n° 2157/2001.

²⁸⁷ *Vid.* RICKFORD, J., “Inaugural lecture: The...”, *op.cit.*, p.20. A este respecto, no debe perderse de vista que tanto el Reglamento (CE) n° 2157/2001 como la Directiva 2001/86/CE también resultan de aplicación en los Estados pertenecientes al Espacio Económico Europeo (Noruega, Islandia, y Liechtenstein) de forma tal que, en realidad, podría hablarse de la existencia de 31 variantes de Sociedad Europea (*vid.* CREMERS, J., STOLLT, M., VITOLS, S., “Introduction: A decade of experience with the SE”, en CREMERS, J., STOLLT, M., VITOLS, S. (eds.), *A decade of experience with the European Company*, ETUI, Brussels, 2013, p.13). En un sentido similar, algunos autores han apuntado que esta figura societaria no puede definirse *stricto sensu* como una sociedad de nacionalidad europea, sino que simplemente se trata de una sociedad inspirada en principios europeos (así lo entienden, BLANC, G., “La société européenne: la pluralité des rattachements en questions”, *Le Dalloz*, n°12, 2002, p.1056; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., “El Reglamento de la Sociedad Europea: una primera lectura”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n°217, 2002, p.9; o TRÖGER, T.H., *op.cit.*, p.57).

nacionales²⁸⁸ que cumplan los siguientes requisitos: a) que hayan sido creadas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro; b) que tengan su domicilio social y su administración central en el territorio de la Unión Europea; y c) que al menos dos de ellas estén sujetas al ordenamiento jurídico de Estados miembros diferentes²⁸⁹. En relación con estos requisitos cabría matizar, por una parte, que los Estados miembros disponen de la facultad para establecer que las sociedades sujetas a sus respectivos ordenamientos jurídicos, aun cumpliendo las condiciones anteriores, no puedan participar en la constitución de una Sociedad Europea por fusión en caso de que la autoridad nacional competente se oponga a ello por razones de interés público antes de la expedición del certificado exigido por el artículo 25.2 del Reglamento donde se acredite el cumplimiento de los actos y trámites previos a la fusión²⁹⁰; y, por otra parte, que los Estados miembros podrán sustituir la condición de que las sociedades participantes en la operación tengan su administración central en el territorio de la Unión Europea por la existencia de una “vinculación efectiva y continua con la economía de un Estado miembro” (p.ej. a través de una sucursal, agencia u otro tipo de establecimiento), siempre que la sociedad en cuestión esté constituida con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y tenga su domicilio social en ese mismo Estado miembro²⁹¹.

Por lo que respecta a la operación de fusión propiamente dicha, el Reglamento (CE) nº 2157/2001 admite las modalidades clásicas de fusión por absorción (en cuyo caso la sociedad absorbente adoptaría la forma de Sociedad Europea) y fusión por constitución (en cuyo caso la nueva sociedad resultante del proceso sería la que

²⁸⁸ Nótese cómo el propio Reglamento recoge en su anexo I la denominación concreta de las formas societarias propias de cada Estado miembro que podrán constituir mediante fusión una Sociedad Europea.

²⁸⁹ *Vid.* artículo 2.1 del Reglamento (CE) nº 2157/2001. En este sentido, cabría apuntar como el Reglamento contempla otras tres modalidades principales de constitución de una Sociedad Europea a partir entidades jurídicas constituidas con arreglo a la legislación doméstica de alguno de los Estados miembros, a saber: 1) la constitución de una “Sociedad Europea *holding*” por parte de sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada nacionales, siempre que se verifiquen los siguientes requisitos: a) que hayan sido creadas con arreglo a la legislación nacional de un Estado miembro; b) que tengan su domicilio social y su administración central en el territorio de la Unión Europea; y c) que al menos dos de ellas estén sujetas al ordenamiento jurídico de Estados miembros diferentes, o tengan una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro o una sucursal en otro Estado miembro desde, por lo menos, dos años antes (artículo 2.2); 2) la creación de una “Sociedad Europea filial” por parte de las sociedades a las que se refiere el párrafo segundo del artículo 54 del TFUE u otras entidades jurídicas de Derecho público o privado a través de la suscripción de sus acciones, según lo establecido en las disposiciones de Derecho nacional que regulen su participación en la constitución de una filial en forma de sociedad anónima (artículo 36), y siempre que se cumplan los mismos requisitos que hemos apuntado en relación con la constitución de una “Sociedad Europea *holding*” (artículo 2.3); y 3) la constitución de una Sociedad Europea a partir de la transformación de una sociedad anónima constituida con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, y cuyo domicilio social y administración central se encuentre situado en el territorio de la Unión Europea siempre que haya tenido una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro durante, al menos, dos años (artículo 2.4). Asimismo, y al margen de esas cuatro modalidades, el Reglamento (CE) nº 2157/2001 también establece, en su artículo 3.2, la posibilidad de constituir de una o más filiales en forma de Sociedad Europea por parte de una Sociedad Europea ya existente.

²⁹⁰ *Vid.* artículo 19 del Reglamento (CE) nº 2157/2001. Esta facultad ha sido acogida por las legislaciones de Bulgaria, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Letonia, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido y Suecia (*vid.* BECH-BRUUN, LEXIDALE, *op.cit.*, p.124).

²⁹¹ *Vid.* artículo 2.5 del Reglamento (CE) nº 2157/2001.

adoptaría la forma de Sociedad Europea), tal y como se definen, respectivamente, en los artículos 3.1 y 4.1 de la Directiva 78/855/CEE (actuales artículos 89.1 y 90.1 de la Directiva 2017/1132/UE)²⁹². Esta remisión a la Tercera Directiva resulta totalmente lógica²⁹³, pues si bien *stricto sensu* supone traer una norma europea diseñada para supuestos puramente internos al ámbito transfronterizo, en realidad lo que se pretende es simplemente utilizar la definición de las operaciones en cuestión, de forma tal que su configuración jurídica no difiera por el hecho de que las sociedades participantes en la operación en lugar de tener la misma nacionalidad, estén sujetas a la legislación de Estados miembros diferentes.

Ciertamente, la influencia de la Directiva 78/855/CEE queda patente en el régimen jurídico aplicable a esta modalidad de constitución de la Sociedad Europea prevista por el Reglamento (CE) n° 2157/2001, ya sea por remisión directa a su articulado, por adopción implícita de su contenido, o de forma indirecta a través de la remisión a los ordenamientos de los Estados miembros en materia de fusiones de sociedades anónimas previamente armonizados por la Tercera Directiva. En este sentido, el Reglamento regula de forma más o menos detallada, entre otras cuestiones, el contenido mínimo del proyecto de fusión, que deberá ser elaborado por los órganos de dirección o administración de las sociedades que se fusionan y aprobado por sus Juntas Generales²⁹⁴, o a la necesidad de publicidad por lo que respecta a determinada información relativa a cada una de las sociedades que se fusionan²⁹⁵. De igual modo,

²⁹² Vid. artículo 17.2 del Reglamento (CE) n° 2157/2001. Mayores dudas se planteaban en relación con la participación de las Sociedades Europeas una vez constituidas en este tipo de operaciones de fusión, entendiendo una parte de la doctrina que sólo podrían participar en operaciones de fusión por constitución. En este sentido y aun reconociendo que el Reglamento (CE) n° 2157/2001 no resulta claro al respecto, algunos autores han apuntado que una interpretación teleológica de su artículo 2.1 y de su artículo 17 debería abrir la puerta a que las Sociedades Europeas ya existentes pudiesen beneficiarse también de la modalidad de fusión por absorción, bien de otra Sociedad Europea o bien de una sociedad nacional (así lo entiende, LENOIR, N., *op.cit.*, p.19). Sea como fuere, lo cierto es que en la actualidad estas operaciones podrán realizarse bajo el régimen de la Directiva 2005/56/CE (en este sentido, *vid.* VERMEYLEN, J., *op.cit.*, p.7).

²⁹³ En este sentido, no conviene perder de vista como en el artículo 17.1 de la Propuesta de Reglamento de 1991 no figuraba esta remisión a la Tercera Directiva sino que se definía *in situ* la constitución de una Sociedad Europea a través de una operación de fusión. Ahora bien, la propia literalidad del precepto parecía querer identificarse exclusivamente con la modalidad de fusión por constitución al establecer que “en caso de constitución de una SE por fusión de sociedades anónimas, la totalidad del patrimonio de éstas se transferirá activa y pasivamente a la SE tras su disolución sin liquidación entregándose a cambio a los accionistas de dichas sociedades acciones de la SE y, en su caso, una compensación en metálico no superior al 10% del valor nominal de las acciones entregadas o, a falta de su valor nominal, de su valor contable”. Esta idea quedaba reforzada si el citado precepto lo ponemos en relación con el artículo 27, apartado c) de la Propuesta de Reglamento, relativo a los efectos de la fusión, donde se establecía que “las sociedades fundadoras dejarán de existir”. Por ello, en nuestra opinión, resulta más conveniente la redacción actual de los artículos 17.2 y 29 del Reglamento (CE) n° 2157/2001, en la medida en que no dejan lugar a dudas acerca de la posibilidad de constituir una Sociedad Europea a través de ambas modalidades de fusión, si bien tampoco hubiese estado de más que el artículo 17.2 del actual Reglamento aportase una definición de las mismas adaptada al contexto de la Sociedad Europea, al estilo de la Propuesta de Reglamento de 1991 pero siguiendo en lo esencial las definiciones de los artículos 3.1 y 4.1 de la Directiva 78/855/CEE.

²⁹⁴ Vid. artículos 20 y 23 del Reglamento (CE) n° 2157/2001.

²⁹⁵ Vid. artículo 21 del Reglamento (CE) n° 2157/2001.

también se establecen los efectos de la fusión²⁹⁶, la imposibilidad de declarar la nulidad de la operación una vez llevada a cabo la inscripción de la Sociedad Europea resultante²⁹⁷, o la existencia de un régimen simplificado en aquellos supuestos en los que la sociedad absorbente posea la totalidad, o al menos un 90%, de las acciones y demás títulos con derecho a voto en la Junta General de la sociedad absorbida²⁹⁸. No obstante, el Reglamento (CE) n° 2157/2001 opta por remitirse al ordenamiento jurídico del Estado miembro donde estén registradas o domiciliadas las sociedades que se fusionen en materias tales como la protección de determinados colectivos relacionados con las sociedades que se fusionan (acreedores, obligacionistas o tenedores de títulos distintos de las acciones a los que correspondan derechos especiales en las sociedades que se fusionen)²⁹⁹, el establecimiento de un control de legalidad de la operación por parte de un tribunal, notario o autoridad competente que garantice el cumplimiento de los actos y trámites previos a la fusión³⁰⁰, o los requisitos relativos a la publicidad de la operación³⁰¹.

Más allá de la configuración de su régimen jurídico (cuyo análisis detallado excedería del objeto de este trabajo), y a los efectos que ahora interesan, cabría realizar una serie de consideraciones acerca del ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de este mecanismo de constitución de Sociedades Europeas. Así, en primer lugar, no deber perderse de vista que sólo las sociedades anónimas pueden participar en la creación por

²⁹⁶ Vid. artículo 29 del Reglamento (CE) n° 2157/2001. En este sentido, cabría apuntar como los efectos *ipso iure* que produce la operación de fusión en sus diversas modalidades, son prácticamente idénticos a los contemplados en el artículo 19 de la Directiva 78/855/CEE (y a los que ya nos hemos referido), con la salvedad de que en el supuesto de una fusión por absorción, la sociedad absorbente se convertirá en una Sociedad Europea.

²⁹⁷ Vid. artículo 30 del Reglamento (CE) n° 2157/2001.

²⁹⁸ Vid. artículo 31 del Reglamento (CE) n° 2157/2001. En este sentido, nótese como la aplicación del régimen simplificado resulta obligatoria en aquellos supuestos en los que la sociedad absorbente posea todas las acciones y demás títulos que confieran derecho de voto en la Junta General de la sociedad absorbida, y opcional para los Estados miembros en aquellos supuestos en los que la sociedad absorbente sólo posee acciones que confieren el 90% o más de los derechos de voto de la sociedad absorbida, pero no la totalidad.

²⁹⁹ Vid. artículo 24 del Reglamento (CE) n° 2157/2001. Asimismo, los Estados miembros podrán adoptar, respecto de las sociedades participantes en la operación constituidas con arreglo a su ordenamiento jurídico, disposiciones encaminadas a garantizar una protección adecuada a los accionistas minoritarios que hubieran votado en contra de la fusión. A este respecto, y sin minusvalorar la importancia de garantizar adecuadamente los derechos de estos colectivos, se ha apuntado que la divergencia entre los sistemas y niveles de protección establecidos por las legislaciones de los diferentes Estados miembros podría constituir un obstáculo a la realización de estas operaciones (en este sentido, *vid.* STOLOWY, N., "Does the "Societas Europaea" or "European Company" make a significant contribution to the construction of a European company law?", *Journal of Business Law*, n°5, 2012, p.375).

³⁰⁰ Vid. artículo 25 del Reglamento (CE) n° 2157/2001. A este respecto, conviene apuntar como el Reglamento también establece la necesidad de realizar un control de legalidad de la parte de procedimiento relativo a la realización de la fusión y a la constitución de la Sociedad Europea, que deberá ser efectuado por el tribunal, notario o autoridad competente del Estado miembro del futuro domicilio de la Sociedad Europea, y que estará orientado a verificar aspectos tales como la aprobación en los mismos términos del proyecto de fusión por parte de las Junta Generales de las sociedades que se fusionen, el respeto a los derechos de participación de los trabajadores de acuerdo con la Directiva 2001/86/CE, así como que la constitución de la Sociedad Europea cumpla con los requisitos establecidos por parte de la legislación del Estado miembro en el que quedará fijado su domicilio social.

³⁰¹ Vid. artículo 28 del Reglamento (CE) n° 2157/2001.

fusión de una Sociedad Europea, lo cual se ha tratado de explicar sobre la base de que dicha forma jurídica es la más regulada por las legislaciones nacionales de los Estados miembros en materia societaria (pero también a nivel europeo) y la que más puede beneficiarse de la posibilidad de realizar operaciones de fusión transfronteriza³⁰². Ciertamente, y a imagen y semejanza de las Directivas 78/855/CEE y 82/891/CEE, la sociedad anónima se convierte nuevamente en el tipo societario de referencia a la hora de fijar el ámbito de aplicación subjetivo de una norma europea en materia de Derecho de sociedades, habida cuenta de que de las cuatro modalidades previstas por el Reglamento (CE) n° 2157/2001 para la constitución de la Sociedad Europea en sus diferentes variantes tan sólo dos ellas están abiertas a la participación de figuras societarias distintas de la sociedad anónima, a saber: la “Sociedad Europea *holding*”³⁰³ y la “Sociedad Europea filial”.

En nuestra opinión, nos encontramos ante un planteamiento que, aun cuando resulta totalmente comprensible si lo ponemos en relación con el contexto en el que se aprobó el Reglamento (CE) n° 2157/2001 y con el hecho de que la mayoría de grandes empresas que suelen participar en este tipo de operaciones de ámbito intra-europeo están constituidas bajo la forma de sociedad anónima, se ha visto en cierto modo superado por la Directiva 2005/56/CE (actualmente codificada a través de la Directiva 2017/1132/UE) cuyo ámbito de aplicación subjetivo resulta más amplio al proyectarse sobre el concepto de “sociedad de capital”³⁰⁴, lo que (unido a otras consideraciones relativas a las propias disposiciones que integran su articulado y sobre las que volveremos más adelante en este trabajo) le aporta una mayor “flexibilidad” a la hora de configurarse como el instrumento jurídico a través del cual articular una operación de fusión transfronteriza, especialmente por lo que respecta a las PYMEs de los Estados miembros constituidas generalmente bajo la forma de sociedad de responsabilidad limitada.

Por otra parte, no conviene perder de vista como en la constitución de una Sociedad Europea a través de la fusión de varias sociedades anónimas nacionales, el Reglamento (CE) n° 2157/2001 exige la presencia de un elemento transfronterizo en la operación determinado por la condición de que al menos dos de las sociedades participantes estén sujetas a los ordenamientos jurídicos de Estados miembros diferentes³⁰⁵. La introducción de este elemento, se ha venido justificando, tanto por

³⁰² En este sentido, *vid.* RICKFORD, J., “Inaugural lecture: The...”, *op.cit.*, p.229.

³⁰³ Nótese como la posibilidad de crear Sociedades Europeas de tipo *holding* por parte de sociedades de responsabilidad limitada fue introducida por la Propuesta de Reglamento de 1991 (*vid.* artículo 2.1 bis) frente a la Propuesta de Reglamento de 1989, que sólo otorgaba esta facultad a las sociedades anónimas.

³⁰⁴ *Vid.* artículos 118 y 119 de la Directiva 2017/1132/UE.

³⁰⁵ *Vid.* artículo 2.1 del Reglamento (CE) n° 2157/2001. A este respecto, nótese como la exigencia del elemento transfronterizo también está presente en las demás modalidades de creación de una Sociedad Europea. De este modo, por lo que respecta a la creación de una “Sociedad Europea *holding*” o una “Sociedad Europea filial” se establece la condición de que las sociedades participantes en la operación estén sujetas a los ordenamientos jurídicos de distintos Estados miembros, o tengan una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro o una sucursal en otro Estado miembro desde, por lo menos, dos años antes (*vid.* artículo, apartados 2 y 3 del Reglamento (CE) n° 2157/2001). Por su parte, en relación con la transformación de una sociedad anónima nacional en una Sociedad Europea se exige que

razones de coherencia normativa con lo establecido en el artículo 352 del TFUE sobre el que se construye el Reglamento (CE) nº 2157/2001, como para impedir un posible uso abusivo de la Sociedad Europea, la cual debía “reservarse” para aquellos supuestos en los que realmente resultara necesaria al objeto de superar los obstáculos jurídicos que las sociedades de los diferentes Estados miembros encontraban en ámbitos tales como la movilidad o la cooperación transfronteriza (muchos de los cuales ya han sido eliminados gracias a las disposiciones contenidas actualmente a la Directiva 2017/1132/UE). Sin embargo, tal y como se ha apuntado por parte de la doctrina, al no exigirse requisito alguno en relación con la independencia de las sociedades participantes en la fusión, el elemento transfronterizo podría conseguirse fácilmente a través de la creación *ad hoc* de una filial en un Estado miembro diferente al de la matriz con un Derecho societario laxo en esta materia (p.ej. Reino Unido), y luego proceder a la creación de una Sociedad Europea a través de una operación de fusión por constitución en la que participasen la sociedad matriz y su filial. La ventaja de este procedimiento, frente a la transformación de una sociedad anónima en Sociedad Europea, radicaría en la posibilidad de acometer un traslado simultáneo del domicilio social³⁰⁶, ya que la Sociedad Europea resultante de la operación no tendría por qué fijar su domicilio social en ninguno de los Estados miembros de las sociedades que se fusionan. Ahora bien, en este tipo de supuestos, la Sociedad Europea no estaría sirviendo *stricto sensu* al fin de fomentar la cooperación transfronteriza entre sociedades de diferentes Estados miembros (independientes), sino que simplemente actuaría como un instrumento de reestructuración de grupos de sociedades³⁰⁷.

En segundo lugar, y desde la óptica del ámbito de aplicación objetivo, podría plantearse la incógnita acerca de la viabilidad de constituir una Sociedad Europea a través de alguna de las operaciones contempladas en los artículos 30 y 31 de la Directiva 78/855/CEE (actuales artículos 116 y 117 de la Directiva 2017/1132/UE) bajo el epígrafe de “otras operaciones asimiladas a la fusión”. No obstante, atendiendo al tenor literal del artículo 17.2 del Reglamento esta opción no parece posible en la medida en que dicho precepto se refiere específicamente a la configuración “estándar” de la operación de fusión (por absorción o por constitución) prevista en los artículos 3.1 y 4.1 de la “Tercera Directiva” (actuales artículos 89.1 y 90.1 de la Directiva 2017/1132/UE), sin dejar margen de discrecionalidad alguno a los Estados miembros. Asimismo, el artículo 69 del Reglamento viene a reforzar esta interpretación por cuanto hace referencia a la posibilidad de ampliar en un futuro, a propuesta de la Comisión, el concepto de fusión empleado en el artículo 17.2 para incluir otras modalidades distintas de las contempladas en los artículos 3.1 y 4.1 de la citada Directiva. En este sentido, entendemos que la incorporación al ámbito del Reglamento (CE) nº 2157/2001 de la modalidad contemplada en el actual artículo 116 de la Directiva 2017/1132/UE

la primera haya tenido una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro durante, al menos, dos años (*vid.* artículo 2.4 del Reglamento (CE) nº 2157/2001).

³⁰⁶ En este sentido, hay que tener presente que el artículo 37.3 del Reglamento (CE) nº 2157/2001 impide expresamente que pueda llevarse a cabo el traslado de domicilio social de la Sociedad Europea de un Estado miembro a otro con motivo de la operación de transformación.

³⁰⁷ Sobre esta cuestión, *vid.* RICKFORD, J., “Inaugural lecture: The...”, *op.cit.*, pp.22-23.

(operaciones de fusión en las que la compensación en efectivo supere el porcentaje del 10%), siempre y cuando las legislaciones de los Estados miembros de origen de las sociedades que se fusionasen fueran compatibles en este sentido³⁰⁸, o simplemente cuando al menos la legislación de uno de ellos permitiese esta posibilidad³⁰⁹, resultaría interesante por cuanto aportaría flexibilidad a su contenido y permitiría (en caso de adoptarse la última de las opciones apuntadas) alinearla con lo establecido en el actual artículo 120.1 de la Directiva 2017/1132/UE. Por el contrario, la extensión del ámbito de aplicación objetivo del Reglamento a las operaciones asimiladas a la fusión contempladas en el actual artículo 117 de la Directiva 2017/1132/UE, y que tal y como hemos apuntado³¹⁰ podrían reconducirse esencialmente a las operaciones de aportación total de activos, tendría menos sentido por cuanto el propio Reglamento (CE) n° 2157/2001 contempla la posibilidad de constituir una Sociedad Europea a través de la transformación de una sociedad anónima³¹¹, lo que, desde el punto de vista práctico, desplegaría unos efectos similares, aun cuando existiesen diferencias entre ambas operaciones en el plano jurídico.

Por otra parte, podría incluso plantearse la conveniencia de permitir la constitución de una Sociedad Europea directamente a través de una operación de escisión transfronteriza lo cual permitiría un ahorro, tanto en tiempo como en costes, en comparación con otras alternativas que se vienen utilizando hasta la fecha, a saber: 1) la realización de una escisión a nivel interno, para inmediatamente después llevar a cabo una fusión transfronteriza para constituir una Sociedad Europea (bien directamente sobre la base del Reglamento (CE) n° 2157/2001, o bien al amparo de la Directiva 2017/1132/UE como paso intermedio para posteriormente proceder a la transformación de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente, según el caso, en una Sociedad Europea³¹²); o 2) la realización de una escisión a nivel interno, para posteriormente transformar la sociedad beneficiaria en una Sociedad Europea y proceder al traslado de su domicilio social al Estado miembro elegido³¹³. Ciertamente, y aun cuando la

³⁰⁸ Supongamos, a título de ejemplo, que dos Estados miembros implicados contemplan en sus respectivos ordenamientos la posibilidad de realizar operaciones de fusión por absorción o constitución entre sociedades en las que la compensación en efectivo pueda superar el porcentaje “estándar” del 10%.

³⁰⁹ Ésta es la opción por la que optó en su momento la Directiva 2005/56/CE relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, tal y como se puede observar en su artículo 3.1 (actual artículo 120.1 de la Directiva 2017/1132/UE).

³¹⁰ *Vid. supra*, Capítulo I, epígrafe 4.2 relativo a la Directiva 78/855/CEE.

³¹¹ *Vid.* artículos 2.4 y 37 del Reglamento (CE) n° 2157/2001. A este respecto, cabría apuntar como esta modalidad de constitución de una Sociedad Europea no estaba contemplada en la Propuesta de Reglamento de 1989, sino que fue introducida por el artículo 2.3 de la Propuesta de Reglamento de 1991, a petición del Parlamento Europeo y del Consejo Económico Social, para permitir que aquellas sociedades anónimas de los diferentes Estados miembros que presentasen una “vocación transnacional” pudiesen aprovecharse de las ventajas asociadas a la Sociedad Europea sin que ello implicase su disolución ni la creación de una nueva persona jurídica (*Vid.* COLANGELO, M., *op.cit.*, p.156).

³¹² A este respecto, debe tenerse presente que la transformación de una sociedad anónima nacional en una Sociedad Europea conlleva los costes derivados del cumplimiento del requisito previsto en el artículo 2.4 del Reglamento (CE) n° 2157/2001 y relativo a la necesidad de que la sociedad en cuestión haya tenido una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro durante, al menos, dos años.

³¹³ Sobre esta cuestión, *vid.* COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación del Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE)*, COM (2010) 676 final, p.7.

Directiva 2017/1132/UE ya dispone en la actualidad de una serie de disposiciones orientadas a dotar de un marco jurídico armonizado a las operaciones de escisión transfronteriza³¹⁴ que podrían servir de base (junto con lo establecido en la originaria Directiva 82/891/CEE³¹⁵) para configurar una hipotética modalidad de creación de la Sociedad Europea por escisión, parece que la finalidad a la que se orienta esta figura societaria se inclina más hacia la formación de sociedades de mayor dimensión a través de operaciones de concentración y cooperación, o bien hacia la simplificación de la estructura de los grupos de sociedades multinacionales³¹⁶, objetivos que no resultan alineados con los resultados que se obtienen a través de la realización de operaciones de escisión.

En definitiva, podría decirse que la modalidad de constitución de una Sociedad Europea a través de una fusión transfronteriza de sociedades anónimas nacionales estaba concebida para permitir la puesta en común del potencial de empresas de diferentes Estados miembros y posibilitar *de facto* la realización de estas operaciones en un contexto en el que, a comienzos del nuevo milenio y a la espera de la aprobación de la Directiva 2005/56/CE relativa a fusiones transfronterizas de sociedades de capital, dichas operaciones todavía presentaban problemas de compatibilidad con las legislaciones nacionales de numerosos Estados miembros como Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Irlanda, Países Bajos, o Suecia³¹⁷. De este modo, el Reglamento (CE) n° 2157/2001, aprovechándose de la labor de armonización previa llevada a cabo por la Directiva 78/855/CEE e inspirándose en su contenido, vino a establecer un marco de seguridad jurídica para la realización de fusiones de naturaleza transfronteriza cuyo resultado era la creación de una Sociedad Europea, a través de la configuración de un régimen jurídico propio aplicable a dichas operaciones con vocación de homogeneidad y de aplicación directa por parte de los Estados miembros.

Asimismo, no conviene perder de vista como, desde la modificación operada en la Directiva 90/434/CEE³¹⁸ por la Directiva 2005/19/CE³¹⁹, esta modalidad de constitución de la Sociedad Europea a través de la fusión de dos sociedades de Estados

³¹⁴ Vid. Capítulo IV del Título II de la Directiva 2017/1132/UE.

³¹⁵ Vid. actuales artículos 135 a 160 de la Directiva 2017/1132/UE.

³¹⁶ Vid. Considerandos n° 2, 4, 7, o 13 del Reglamento (CE) n° 2157/2001.

³¹⁷ Por el contrario, en otros países como España, Francia, Luxemburgo, o Portugal, las fusiones transfronterizas ya no presentaban problemas de compatibilidad desde el punto de vista del Derecho societario doméstico, sin perjuicio claro está de los problemas derivados de la propia interacción entre ordenamientos internos y los mecanismos de resolución de conflicto de leyes (sobre esta cuestión, *vid.* COLANGELO, M., *op.cit.*, pp.154-155).

³¹⁸ Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros (DOCE n° L 225, de 20 de agosto de 1990).

³¹⁹ Directiva 2005/19/CE del Consejo, de 17 de febrero de 2005, 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 realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros (DOUE n° L 58, de 4 de marzo de 2005, p.19). Nótese como una de las modificaciones introducidas por esta Directiva consistía en la incorporación al anexo de la Directiva 90/434/CEE de la Sociedad Europea y de la Sociedad Cooperativa Europea, de forma tal que, en virtud de la remisión efectuada por su artículo 3, apartado a), estas figuras societarias pasarían a estar incluidas dentro de su ámbito de aplicación subjetivo junto con otras entidades jurídicas propias de los diferentes Estados miembros.

miembros diferentes quedaba definitivamente cubierta por el régimen de neutralidad fiscal contemplado en la citada Directiva lo que, sin lugar a dudas, constituía un incentivo para la creación de Sociedades Europeas a través de esta procedimiento³²⁰. A este respecto cabría señalar como, incluso con anterioridad a la reforma operada por la Directiva 2005/19/CE, la constitución por fusión de una Sociedad Europea ya podría entenderse cubierta por el ámbito de aplicación la Directiva 90/434/CEE³²¹, bien sobre la base de una interpretación conjunta del artículo 9.1, apartado c), subapartado ii) y del artículo 10 del Reglamento (CE) n° 2157/2001³²² (siempre que entendamos que el contenido de dichos preceptos puede extenderse al ámbito fiscal ante la ausencia de disposiciones de esta naturaleza en el citado Reglamento)³²³, o bien partiendo de la idea de que una discriminación en el tratamiento fiscal de la Sociedad Europea frente a las sociedades anónimas de los Estados miembros en este ámbito resultaría contraria a la libertad de establecimiento o incluso a los preceptos constitucionales de los Estados

³²⁰ En este sentido, *vid.* MILLER, P., “Taxpayers should take...”, *op.cit.*, pp.84-85; o AIRS, G., “Amending the Mergers Directive”, *The Tax Journal*, n°780, 2005, p.9.

³²¹ A título de ejemplo, podría traerse a colación la Decisión KHO 2005/2942 del Tribunal Superior Administrativo de Finlandia que autorizó la aplicación del régimen de neutralidad fiscal previsto en la Directiva 90/434/CEE a la constitución de una Sociedad Europea (sobre esta cuestión *vid.* HELMINEN, M., *EU Tax Law. Direct Taxation*, IBFD, Amsterdam, 2011, pp.222-223).

³²² Tal y como ya hemos apuntado, el artículo 9.1, apartado c), subapartado ii) del Reglamento (CE) n° 2157/2001 establece que en relación con las materias no reguladas por el Reglamento las Sociedades Europeas se regirán “por las disposiciones legales de los Estados miembros que fuesen de aplicación a una sociedad anónima constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social”. Por su parte, el artículo 10 del Reglamento (CE) n° 2157/2001 contiene una suerte de cláusula de no discriminación al disponer que “sin perjuicio de las disposiciones del presente Reglamento, la SE recibirá en cada Estado miembro el mismo trato que una sociedad anónima constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social”. De este modo, y en la medida en que las sociedades anónimas quedan cubiertas por el ámbito de aplicación de la Directiva 90/434/CEE, su implementación en los ordenamientos domésticos de los Estados miembros determinaría la extensión automática de sus disposiciones a las Sociedades Europeas. En este sentido, podría plantearse el problema de que dos sociedades con residencia fiscal en el mismo Estado miembro, pero constituidas con arreglo al ordenamiento de un Estado miembro y con domicilio social en dicho Estado, constituyesen una Sociedad Europea por fusión, de forma tal que la operación resultaría plenamente válida desde la óptica del Reglamento (CE) n° 2157/2001 pero quedaría fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 90/434/CEE por tratarse de una operación de naturaleza interna. Sin embargo, la relevancia práctica de dicho problema sería escasa en la medida en que los Estados miembros han optado por extender unilateralmente el ámbito de aplicación de la Directiva Fiscal de Fusiones a supuestos de naturaleza estrictamente doméstica (sobre esta cuestión, *vid.* HERZIG, N., GRIEMLA, S., “Steuerliche Aspekte der Europäischen aktiengesellschaft/Societas Europaea (SE)”, *Steuer und Wirtschaft*, n°1, 2002, p.60, citado por LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., HERRERA MOLINA, P., *op.cit.*, p.38).

³²³ Así lo entiende, BELL, S., *op.cit.*, p.123, e incluso la propia Comisión Europea cuando, en relación con la aplicación de la Directiva de Intereses y Cánones (DOUE n° L 157, de 26 de junio de 2003, p.49) a las Sociedades Europeas (que no figuran en su anexo), afirma que “en la práctica la SE disfruta ya de las ventajas que le reconoce la Directiva, porque el Estado miembro donde tiene su domicilio social está obligado a permitir que se acoja al mismo tratamiento a que se acogería el tipo de sociedad anónima correspondiente a nivel nacional.” (*vid.* apartado 3 de la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros, COM (2011) 714 final, de 11 de noviembre de 2011). No obstante, también pueden encontrarse autores como VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers within the EU. Proposals to Remove the Remaining Tax Obstacles*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2012, p.155, que, sobre la base de lo establecido en el Considerando n°20 del Preámbulo del Reglamento (CE) n° 2157/2011, defienden la no aplicabilidad de estos preceptos en materia fiscal y, por ende, la falta de acceso de la Sociedad Europea al régimen de la Directiva 2009/133/CE con anterioridad a su incorporación al anexo de dicha norma comunitaria.

miembros que garantizan el principio de igualdad³²⁴. Ahora bien, frente a este planteamiento “aperturista”, surgía el problema del carácter cerrado o *numerus clausus* de la lista de formas societarias contemplada en el anexo originario de la Directiva 90/434/CEE lo que *a priori* impediría su interpretación extensiva para dar cobertura a la Sociedad Europea. Por ello, lo cierto es que la clarificación introducida por la Directiva 2005/19/CE resulta de especial relevancia por cuanto ha zanjado definitivamente la cuestión, garantizando la neutralidad fiscal de este tipo de operaciones.

5.3. La Sociedad Europea y las operaciones de traslado transfronterizo del domicilio social

Más allá de las fusiones entre sociedades de distintos Estados miembros, la Sociedad Europea también estaba llamada a posibilitar las operaciones de traslado transfronterizo del domicilio social sin que se produjese la liquidación de la sociedad que llevaba a cabo la operación. Ciertamente, desde la óptica del Derecho societario europeo, la atribución de esta facultad a Sociedad Europea por parte del Reglamento (CE) nº 2157/2001 sin que ello conllevara su disolución ni la creación de una nueva persona jurídica³²⁵, supuso un importante paso adelante frente a los obstáculos existentes al traslado transfronterizo del domicilio social de las sociedades nacionales de los diferentes Estados miembros ya que, en ausencia de una norma europea específica al respecto, la realización de estas operaciones con mantenimiento de la personalidad jurídica resultaba poco menos que imposible en la práctica debido a los problemas derivados de la interacción de las legislaciones internas de los Estados miembros de origen y de destino, apenas mitigados por una jurisprudencia del TJUE escasamente desarrollada en la materia por aquel entonces. De este modo, una sociedad anónima constituida con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, con domicilio social y administración central en el territorio de la Unión Europea, y que hubiese tenido una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro durante, al menos, dos años, que estuviese interesada en trasladar su sede social a otro Estado miembro, podría transformarse en una Sociedad Europea y, a continuación, llevar a cabo la operación de traslado. Asimismo, y en caso de que las características de la forma societaria europea no se adaptasen finalmente a las necesidades de la empresa, ésta siempre tendría la posibilidad de transformarse nuevamente en una sociedad anónima sujeta a la legislación nacional del Estado miembro de destino de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 66 del Reglamento, sin que ello diese lugar a la disolución ni a la creación de una nueva persona jurídica.

Por lo que respecta al régimen jurídico aplicable al traslado del domicilio social, el propio Reglamento lo desarrolla de forma prolija a lo largo de los dieciséis apartados

³²⁴ En este sentido, *vid.* LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., HERRERA MOLINA, P., *op.cit.*, p.30-32.

³²⁵ Esta posibilidad, no contemplada explícitamente en la Propuesta de Reglamento de 1991, aparece recogida ahora en el artículo 8 del Reglamento (CE) nº 2157/2001.

que integran su artículo 8, estableciendo, entre otras cuestiones, que: 1) el órgano de dirección o de administración de la Sociedad Europea deberá elaborar un proyecto de traslado, con un contenido mínimo determinado y sometido al requisito de publicidad de acuerdo con lo establecido en la legislación del Estado miembro en el que la Sociedad Europea tenga su domicilio social, junto con un informe en el que se expongan los aspectos jurídicos y económicos del traslado, así como las consecuencias de la operación para los accionistas, los acreedores y los trabajadores³²⁶; 2) el traslado de domicilio deberá ser aprobado por la Junta General de la Sociedad Europea³²⁷, pudiendo el Estado miembro donde se encuentre registrada adoptar disposiciones encaminadas a garantizar una protección adecuada a los accionistas minoritarios que se hubiesen pronunciado en contra de la operación³²⁸; 3) con carácter previo a la realización efectiva de la operación, la Sociedad Europea deberá demostrar, por lo que respecta a cualquier obligación contraída con anterioridad a la publicación del proyecto de traslado, que los intereses de acreedores y titulares de otros derechos han quedado debidamente protegidos de conformidad con lo establecido por la legislación del Estado miembro en el que la Sociedad Europea tenga su domicilio social antes del traslado³²⁹; 4) el cumplimiento de todos los actos y trámites que deben realizarse antes del traslado deberá ser acreditado a través de un certificado expedido por un tribunal, notario u otra autoridad competente del Estado miembro del domicilio social de la Sociedad Europea³³⁰; 5) la inscripción de la Sociedad Europea en el Estado miembro de destino, a partir de la cual surtirá efecto la operación, queda condicionada a la presentación del mencionado certificado, así como al cumplimiento de todos los trámites requeridos para su registro por parte de dicho Estado³³¹; o 6) los Estados miembros de origen y de destino deberán dar de baja y de alta respectivamente en sus registros a la Sociedad Europea, así como dar publicidad a tales actos, de forma tal que el nuevo domicilio de la Sociedad Europea sólo surtirá efectos frente a terceros desde la publicación de la nueva inscripción en el Estado miembro de destino³³².

Asimismo, conviene tener presente como el Reglamento (CE) n° 2157/2001 ha establecido dos supuestos que podrían impedir el traslado del domicilio social por parte de una Sociedad Europea. El primero de ellos, presenta una naturaleza *ex ante*, y hace referencia a la imposibilidad de llevar a cabo dicha operación en aquellos supuestos en los que se haya iniciado, en relación con la Sociedad Europea en cuestión, un procedimiento de disolución, liquidación, insolvencia, suspensión de pagos u otros

³²⁶ Vid. artículos 8 (apartados 2 y 3) y 13 del Reglamento (CE) n° 2157/2001.

³²⁷ En este sentido, conviene apuntar como, con carácter general, la operación deberá aprobarse por una mayoría que no podrá ser inferior a dos tercios de los votos emitidos, salvo que la legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado miembro del domicilio social de la Sociedad Europea prevea o permita una mayoría más amplia. Ahora bien, dicho Estado miembro podrá disponer que, cuando esté representada al menos la mitad del capital suscrito, sea suficiente la mayoría simple de los votos emitidos (vid. artículos 8.6 y 59 del Reglamento (CE) n° 2157/2001).

³²⁸ Vid. artículo 8, apartados 4 y 5, del Reglamento (CE) n° 2157/2001.

³²⁹ Vid. artículo 8.7 del Reglamento (CE) n° 2157/2001.

³³⁰ Vid. artículo 8.8 del Reglamento (CE) n° 2157/2001.

³³¹ Vid. artículo 8, apartados 9 y 10 del Reglamento (CE) n° 2157/2001.

³³² Vid. artículo 8, apartados 11, 12 y 13 del Reglamento (CE) n° 2157/2001.

procedimientos análogos³³³. El segundo, tiene un carácter *ex post*, y pivota sobre la posibilidad de que la autoridad competente del Estado miembro en el que se encuentre registrada la Sociedad Europea, pueda oponerse por razones de interés público a aquellas operaciones de traslado de domicilio social que supongan un cambio en la legislación aplicable a la sociedad, siempre que así esté previsto por la legislación de dicho Estado miembro y debiendo admitirse recurso contra dicha oposición ante la autoridad judicial competente³³⁴.

Sin embargo, el verdadero talón de Aquiles de esta operación desde la óptica de la pretendida contribución de la Sociedad Europea a la movilidad transfronteriza de las empresas de los diferentes Estados miembros, radica en la exigencia por parte del artículo 7 del Reglamento de que el domicilio social y la administración central de la Sociedad Europea se encuentren situados en el mismo Estado miembro, dejando incluso en manos de los Estados miembros la posibilidad de exigir que el domicilio social y la administración central se encuentren registrados en el mismo lugar dentro de su territorio³³⁵. En este sentido, cabría apuntar como la redacción de este precepto, que debe ser interpretado en relación con la norma de conflicto prevista en el artículo 3.1 del propio Reglamento³³⁶, parece alinearse con la denominada “teoría de la sede real”³³⁷ pues, como sabemos, una de las principales consecuencias que se derivan de este modelo reside en que si la sociedad en cuestión no se ha constituido según el Derecho nacional del Estado en el que radica su sede real o efectiva, no estará válidamente constituida y, por tanto, no se reconocerá como tal. De hecho, este requisito, que no figuraba en la Propuesta de Estatuto de la Sociedad Europea de 1970, fue introducido en la Propuesta de Reglamento de 1989, gracias a la presión ejercida por la mayoría de Estados miembros que optaban por el “modelo de la sede real” (p.ej. Bélgica, Francia o Alemania), frente a la minoría que seguía el “modelo de la incorporación” (p.ej. Reino Unido, Irlanda o Países Bajos), alegando las dificultades que existirían para controlar a

³³³ Vid. artículo 8.15 del Reglamento (CE) nº 2157/2001.

³³⁴ Vid. artículo 8.14 del Reglamento (CE) nº 2157/2001.

³³⁵ De hecho, algún Estado miembro como Dinamarca ha hecho uso de esta facultad exigiendo que el domicilio social y la administración social de las Sociedades Europeas registradas en su territorio estén situados en el mismo municipio (en este sentido *vid.* HANSEN, L., *op.cit.*, p.199).

³³⁶ En este sentido conviene recordar como el artículo 3.1 del Reglamento (CE) nº 2157/2001 establece que “a efectos de los apartados 1, 2 y 3 del artículo 2 [relativos respectivamente a la Sociedad Europea propiamente dicha, a la Sociedad Europea *holding*, y a la Sociedad Europea filial], se considerará que la SE es una sociedad anónima regulada por el ordenamiento jurídico del Estado miembro en el que tenga su domicilio social”. Sobre esta cuestión, *vid.* FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “El traslado internacional de domicilio de la Sociedad Europea (Societas Europaea)”, *Revista de Derecho mercantil*, nº250, 2003, p.1523.

³³⁷ Así lo entienden, entre otros, WYMEERSCH, E., “The Transfer of the Company's Seat in European Company Law”, *ECGI Working Paper Series in Law*, nº8, 2003, p.33; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “El traslado internacional de domicilio social de la Sociedad Europea (Societas Europaea)”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº250, 2003, p.1520; y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, J., “La libertad de establecimiento y el reconocimiento de los tipos societarios extranjeros: una revisión de la jurisprudencia del TJCE”, *Noticias de la Unión Europea*, nº252, 2006, p.141. De hecho, el propio Considerando nº27 del Reglamento (CE) nº 2157/2001 establece que “habida cuenta del carácter específico y comunitario de la SE, el régimen de la sede real que el presente Reglamento establece para la SE se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en las legislaciones de los Estados miembros y no prejuzga de las opciones que puedan adoptarse para otras normas comunitarias en materia de derecho de sociedades”.

las Sociedades Europeas en el territorio del Estado miembro donde estuviese situada su administración central si la legislación de dicho Estado no podía aplicarse por quedar éstas sometidas al ordenamiento jurídico del Estado miembro de su constitución³³⁸, así como la aparición de “*letter-box companies*” y el temido “efecto Delaware”³³⁹.

En definitiva, podría afirmarse que el requisito impuesto implícitamente por el artículo 7 del Reglamento relativo a que la sede de la administración central de la Sociedad Europea deba trasladarse junto con su domicilio social al mismo Estado miembro³⁴⁰, viene a difuminar el posible atractivo de una operación que, ya de por sí encorsetada en el estricto régimen del artículo 8 del Reglamento, puede ser vista con cierto recelo por parte del sector empresarial³⁴¹. Si a esto sumamos que recientemente se han incorporado a la Directiva 2017/1132/UE una serie de disposiciones orientadas a dotar de un marco jurídico armonizado a las operaciones de transformación transfronteriza mediante las cuales las sociedades de los diferentes Estados miembros pueden trasladar su domicilio social de un Estado miembro a otro con mantenimiento de la personalidad jurídica³⁴², bien podría decirse que la utilidad de la Sociedad Europea como instrumento para llevar a cabo estas operaciones de traslado ha sufrido un impacto directo en su línea de flotación, al dejar de configurarse como la única opción que garantizaba un adecuado nivel de seguridad jurídica para la realización de las mismas.

Por ello, en nuestra opinión, y vista la interpretación que de los artículos 49 y 54 del TFUE relativos a la libertad de establecimiento ha venido realizando el TJUE en sus sentencias *Centros*³⁴³, *Überseering*³⁴⁴, *Inspire Art*³⁴⁵, *Cartesio*³⁴⁶, *VALE Építési*³⁴⁷ y *Polbud*³⁴⁸, quizás no estaría de más plantearse la posibilidad de acometer una reforma del Reglamento (CE) n° 2157/2001 al objeto de admitir que el domicilio social y la sede de la administración central de la Sociedad Europea pudieran localizarse en Estados

³³⁸ Sobre esta cuestión, *vid.* BLANQUET, F., *op.cit.*, pp.87-88.

³³⁹ *Vid.* LENOIR, N., *op.cit.*, p.18.

³⁴⁰ Nótese como, de acuerdo con lo establecido en el artículo 64 del Reglamento (CE) n° 2157/2001, el incumplimiento de este requisito, una vez concedido un determinado plazo a la sociedad infractora para regularizar su situación, conduciría a la liquidación de la sociedad.

³⁴¹ A este respecto, resulta ilustrativo el hecho de que entre los años 2004 y 2014 tan sólo el 4% de las Sociedades Europeas registradas hubiese llevado a cabo una operación de traslado transfronterizo del domicilio social (*vid.* CARLSON, A., KELEMEN, M., STOLLT, M., *Overview of current state of SE founding in Europe*, European Trade Union Institute, Brussels, March 2014, p.10).

³⁴² *Vid.* artículos 86a a 86t de la Directiva 2017/1132/UE. A este respecto, nótese como la jurisprudencia del TJUE en los asuntos *VALE Építési* y *Polbud* ya había abierto previamente la puerta a la realización de estas operaciones sobre la base de lo establecido en los artículos 49 y 54 del TFUE (*vid.* SSTJUE de 12 de julio de 2012, asunto C-378/10, *VALE Építési kft.*; y de 25 de octubre de 2017, asunto C-106/16, *Polbud- Wykonawstwo sp. z o.o.*).

³⁴³ STJUE de 9 de marzo de 1999, asunto C-212/97, *Centros Ltd v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*.

³⁴⁴ STJUE de 5 de noviembre de 2002, asunto C-208/00, *Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*.

³⁴⁵ STJUE de 30 de septiembre de 2003, asunto C-167/01, *Inspire Art Ltd v. Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam*.

³⁴⁶ STJUE de 16 de diciembre de 2008, asunto C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*.

³⁴⁷ STJUE de 12 de julio de 2012, asunto C-378/10, *VALE Építési kft.*

³⁴⁸ STJUE de 25 de octubre de 2017, asunto C-106/16, *Polbud- Wykonawstwo sp. z o.o.*

miembros diferentes³⁴⁹. De hecho, esta idea de independencia entre la localización del domicilio social y la sede de administración central en el contexto de formas societarias de naturaleza europea podemos encontrarla en la Propuesta de Reglamento relativa al estatuto de la “Sociedad Privada Europea”³⁵⁰ (retirada en 2013³⁵¹), así como en la Propuesta de Directiva relativa a las “Sociedades Unipersonales Privadas de responsabilidad limitada”³⁵².

Ahora bien, y en el lado positivo de la balanza, no debe perderse de vista que, desde la reforma operada por la Directiva 2005/19/CE en la Directiva 90/434/CEE, la operación de traslado de domicilio social de una Sociedad Europea resulta fiscalmente neutra tanto para la propia sociedad como para sus socios, siempre que, por una parte, los elementos de activo y de pasivo de la Sociedad Europea queden efectivamente vinculados a un establecimiento permanente de dicha sociedad situado en el Estado miembro de origen y contribuyan a la obtención de los resultados integrados en la base imponible de los impuestos, y, por otra parte, la Sociedad Europea calcule las nuevas amortizaciones, plusvalías y minusvalías correspondientes a dichos elementos patrimoniales como si el traslado del domicilio social no hubiera tenido lugar³⁵³. Si tenemos en cuenta que lo dicho anteriormente se aplica a los supuestos en los que, en relación con la citada operación de traslado, la Sociedad Europea deja de ser residente

³⁴⁹ En este sentido, *vid.* COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación del Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE)*, COM(2010) 676 final, de 17 de noviembre de 2010, pp.8-9. A favor de esta opción se ha mostrado RINGE, W.G., “The European Company Statute in the Context of Freedom of Establishment”, *Journal of Corporate Law Studies*, vol.7, n°2, 2007, pp.200-201. Por lo que respecta al argumento esgrimido por algunos Estados miembros acerca de que admitir la separación del domicilio social y de la sede de administración central de la Sociedad Europea dificultaría el ejercicio de su control fiscal debido a la falta de transparencia de la información relativa a las empresas registradas en otros Estados miembros, lo cierto es que los mecanismos e instrumentos multilaterales de intercambio de información y cooperación administrativa en materia fiscal entre Estados miembros existentes en la actualidad pueden contribuir de forma significativa a la solución de este problema.

³⁵⁰ *Vid.* artículo 7 de la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Privada Europea, COM(2008) 396 final, de 25 de junio de 2008. Sobre esta figura societaria de naturaleza europea, *vid.*, entre otros, HIRTE, H., TEICHMANN, C. (eds.), *The European Private Company – Societas Privata Europaea*, Walter de Gruyter, Berlin, 2013; LEWIS, R., BUZDREV, A., “The European Private Company: Entrepreneurial Flexibility & the Practicalities of National Law”, *International Journal of Business and Social Science*, vol.3, n°21, 2012, pp.63-71; o ALONSO ESPINOSA, F.J., “Sociedad privada europea: normas para la caracterización de una nueva forma de sociedad”, *Anales de Derecho*, n°28, 2010, p.1-19.

³⁵¹ *Vid.* COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Adecuación y eficacia de la normativa (REFIT): Resultados y próximas etapas*, COM(2013) 685 final, de 2 de octubre de 2013.

³⁵² *Vid.* artículo 10 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las sociedades unipersonales privadas de responsabilidad limitada, COM(2014) 212 final, de 9 de abril de 2014, donde simplemente se establecía que “la SUP tendrá su domicilio social y su administración central o centro de actividad principal en la Unión”. No obstante, con fecha de 28 de mayo de 2015 el Consejo publicó un texto transaccional en el que se suprime esta regla lo que se traduce, por aplicación del sistema de fuentes previsto en el artículo 7.4 del texto del Consejo, en que esta cuestión quedará regulada por el Derecho nacional del Estado miembro donde se encuentre registrada la SUP (sobre esta cuestión, *vid.* VELASCO SAN PEDRO, L.A., “De la *Societas Privata Europaea* a la *Societas Unius Personae* en las propuestas europeas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol.9, n°1, 2017, p.338).

³⁵³ *Vid.* artículo 12 de la Directiva 2009/133/CE.

fiscal en un Estado miembro y pasa a serlo en otro Estado miembro (lo que, más allá de posibles problemas puntuales de doble residencia fiscal, sucederá con carácter general en la medida en que el traslado del domicilio social de la Sociedad Europea tendrá que venir acompañado del traslado de su sede de administración central³⁵⁴), se mitigaría la problemática derivada del establecimiento de impuestos de salida por parte de los Estados miembros en el marco de esta operación, al menos en relación con las posibles plusvalías asociadas a los elementos patrimoniales de la Sociedad Europea que quedan efectivamente vinculados a un establecimiento permanente de dicha sociedad localizado en el Estado miembro de origen³⁵⁵.

Sin embargo, lo cierto es que tras la aprobación de la Directiva 2016/1164/UE, cuyo artículo 5.1, apartado c) impide a los Estados miembros, en aquellos supuestos de traslado de la residencia fiscal desde un Estado miembro a otro Estado miembro o a un tercer país, exigir impuestos de salida en relación con aquellos activos que sigan estando vinculados de manera efectiva a un establecimiento permanente en el Estado miembro de origen, a la vez que el 5.2, apartado c) les impone la obligación de otorgar al contribuyente el derecho a aplazar el pago de los impuestos de salida (fraccionándolo a lo largo de cinco años) en aquellos supuestos de traslado de la residencia fiscal de un Estado miembro a otro o incluso a un tercer país que sea parte del Acuerdo sobre el EEE³⁵⁶, la Sociedad Europea ha perdido buena parte de la ventaja comparativa de la que disponía frente a las sociedades de los diferentes Estados miembros como mecanismo para llevar a cabo operaciones de traslado transfronterizo del domicilio social (las cuales, tratándose de sociedades nacionales no se encuentran cubiertas por el ámbito de aplicación objetivo de la Directiva 2009/133/CE).

³⁵⁴ En este sentido, *vid.* GONZÁLEZ SÁNCHEZ, E., FRANCH FLUXÀ, J., “The transfer of the seat of and the freedom of establishment for companies in the European Union: an analysis of ECJ case law and the regulation on the statute for a European Company”, *European Taxation*, vol.45, nº6, 2005, p.220.

³⁵⁵ A este respecto, algunos autores como BURWITZ, G., “Tax consequences of the migration of companies: a practitioner’s perspective”, *European Business Organization Law Review*, vol.7, nº2, 2006, p.599, han apuntado que, por una parte, la Directiva 2009/133/CE no elimina totalmente la problemática de los impuestos de salida en el marco de estas operaciones sino que simplemente se limita a diferir el gravamen de las plusvalías latentes hasta su realización y, por otra parte, existe la posibilidad de que, los socios no residentes de la Sociedad Europea que traslada su domicilio vean gravadas las plusvalías derivadas de la transmisión de sus títulos en dicha sociedad en el Estado miembro en el que se localizan sus activos cuando éstos sean predominantemente bienes inmuebles, siempre que los Estados implicados sigan lo establecido en el artículo 13.4 del Modelo de Convenio OCDE 2017.

³⁵⁶ Nótese como esta obligación de diferimiento se refiere a los impuestos de salida exigidos en relación con aquellos activos que no sigan estando vinculados de manera efectiva a un establecimiento permanente en el Estado miembro de origen con posterioridad al traslado de la residencia fiscal. Asimismo, conviene tener presente que, tratándose de países que sean parte del Acuerdo del EEE, el otorgamiento del derecho al aplazamiento de los impuestos de salida antes mencionado queda supeditado a que dichos países hayan celebrado un acuerdo con el Estado miembro del contribuyente o con la Unión sobre asistencia mutua en materia de cobro de créditos tributarios que sea equivalente a la asistencia mutua prevista en la Directiva 2010/24/UE del Consejo, de 16 de marzo de 2010, sobre la asistencia mutua en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinados impuestos, derechos y otras medidas (DOUE nº L 84, de 31 de marzo de 2010, p.1).

5.4. A modo de recapitulación: el papel actual de la Sociedad Europea en el ámbito de las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial

Ciertamente, y sobre la base de lo expuesto en los epígrafes anteriores, parece que el importante papel que la Sociedad Europea estaba llamada a jugar, no sólo en el ámbito de las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial, sino como una suerte de elemento catalizador de la actividad de las empresas de los diferentes Estados miembros en el mercado interior, no ha llegado a finalmente consolidarse debido fundamentalmente a una serie de problemas derivados de su régimen jurídico, entre los que podría destacarse: 1) la elevada cifra de capital mínimo exigido (120.000 euros³⁵⁷), que prácticamente cierra la puerta a su uso por parte de un buen número de PYMEs³⁵⁸; 2) la imposibilidad de crear una Sociedad Europea de forma originaria, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de la Sociedad Cooperativa Europea³⁵⁹ o de la Agrupación Europea de Interés Económico³⁶⁰; 3) la limitación de las formas societarias que pueden crear una Sociedad Europea por fusión o transformación, posibilidad actualmente circunscrita al ámbito de las sociedades anónimas; 4) los limitados métodos establecidos por el Reglamento (CE) nº 2157/2001 para la constitución de una Sociedad Europea; 5) el requisito de que las sociedades que constituyan una Sociedad Europea de tipo *holding* o filial hayan tenido una filial o sucursal en otro Estado miembro durante al menos los dos años anteriores a la creación de la misma³⁶¹; 6) la imposibilidad de

³⁵⁷ Vid. el artículo 4.2 del Reglamento (CE) nº 2157/2001.

³⁵⁸ De hecho, el Parlamento Europeo ha llegado a recomendar la revisión a la baja de esta cifra (vid. PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución del Parlamento de 21 de abril de 2004, sobre la comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo titulada "Modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea: Un plan para avanzar"*, P5_TA(2004)0346, ap.10), en la medida en que no existiese otra figura societaria europea adaptada a este tipo de empresas. No obstante, algún autor entiende que se trata de una cifra razonable que no despliega un efecto verdaderamente disuasorio sobre aquellas PYMEs que pretenden desarrollar sus actividades en la Unión Europea (vid. BLANQUET, F., *op.cit.*, p.96).

³⁵⁹ Vid. artículo 2 del Reglamento (CE) nº 1435/2003. Una interesante aproximación al régimen legal de la Sociedad Cooperativa establecido por el Reglamento (CE) nº 1435/2003 puede encontrarse, entre otros, en COBO DEL ROSAL, M., "Principales aspectos del nuevo régimen jurídico de la sociedad cooperativa europea (Reglamento núm. 1435/2003, del Consejo Europeo, de 22 julio 2003)", *Revista de Derecho de Sociedades*, nº21, 2003, pp.484-496; LAMBEA RUEDA, A., "La Sociedad Cooperativa Europea: el Reglamento 1435/2003, de 22 de Julio", *Revista de Derecho Privado*, nº88-2, 2004, pp.300-323; GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.B., BENAVIDES VELASCO, P., "La sociedad cooperativa europea: análisis del Reglamento 1435/2003, por el que se regula su estatuto jurídico", *Revista de Derecho de Sociedades*, nº27, 2006, pp.273-297; o VICENT CHULIÁ, F., "La Sociedad Cooperativa Europea", *Revista jurídica de economía social y cooperativa*, nº14, 2003, pp.51-82.

³⁶⁰ Vid. artículo 4 del Reglamento (CEE) nº 2137/1985.

³⁶¹ Nótese como, a diferencia de los requisitos previstos para la creación de la "Sociedad Europea *holding*" y la "Sociedad Europea filial", en el marco de una transformación de una sociedad anónima en Sociedad Europea no se exige que en el momento de la operación la sociedad que pretende transformarse tenga una filial sujeta al ordenamiento de otro Estado miembro o una sucursal en su territorio, por lo menos, dos años antes, sino que es suficiente con que haya tenido una filial por ese periodo de tiempo en el pasado (o al menos eso parece extraerse del tenor literal del artículo 2.4 del Reglamento), no admitiéndose que, en lugar de una filial, la sociedad en cuestión haya tenido una sucursal en el territorio de otro Estado miembro por dicho periodo de tiempo. Tal y como apunta BLANQUET, F., *op.cit.*, p.84, "el Consejo ha estimado que una simple sucursal en otro Estado miembro no aportaba prueba suficiente del carácter transnacional de la operación que sólo una filial en otro Estado miembro permitía aportar en

trasladar el domicilio social de forma simultánea al proceso de la transformación de una sociedad anónima nacional en Sociedad Europea³⁶²; 7) la obligación de que el domicilio social y la sede de administración central de la Sociedad Europea se encuentren en el mismo Estado miembro; 8) la defectuosa interacción entre el Reglamento (CE) nº 2157/2001 y las legislaciones de los Estados miembros a las que se remite en numerosas ocasiones a lo largo de su articulado lo que se traduce en problemas de seguridad jurídica; o 9) las complejas normas de participación de los trabajadores en la Sociedad Europea en comparación con las contempladas en algunas legislaciones domésticas para sus formas societarias nacionales (p.ej. Italia o Reino Unido)³⁶³.

Asimismo, por lo que respecta a la creación de una *Societas Europaea* a través de una operación de fusión transfronteriza también se han puesto de manifiesto una serie de problemas particulares como la incertidumbre acerca de la posibilidad de que, en el marco de una fusión por absorción, la sociedad adquirente (futura Sociedad Europea) traslade su domicilio a otro Estado miembro de forma simultánea a la operación³⁶⁴; la determinación de la relación de canje de los títulos, habida cuenta de los diferentes métodos de valoración de las sociedades contemplados en las legislaciones de los Estados miembros; la falta de fijación de un contenido mínimo para el certificado de legalidad que deben elaborar las autoridades de los Estados miembros en los que radique el domicilio social de las sociedades participantes en la fusión acreditando el cumplimiento de los actos y trámites previos a la operación³⁶⁵; o la posibilidad de que legislación de los Estados miembros establezca que las sociedades sujetas a sus respectivos ordenamientos jurídicos no puedan participar en la constitución de una

caso de transformación”. En este sentido, es importante destacar como, a pesar de las referencias que el Reglamento (CE) nº 2157/2001 realiza al término “filial” en relación con las diferentes modalidades de constitución de la Sociedad Europea, no aporta una definición del mismo, lo cual, si tenemos en cuenta que no todos los Estados miembros lo definen de la misma forma, podría generar una cierta incertidumbre, que terminaría por afectar al nivel de seguridad jurídica que rodea la operación.

³⁶² Vid. artículo 37.3 del Reglamento (CE) nº 2157/2001. A este respecto se ha afirmado que la introducción de este mecanismo responde a la necesidad de limitar el riesgo de huida al Derecho nacional de la sociedad que se transforma en Sociedad Europea, de forma tal que el ordenamiento por el que venía rigiéndose la sociedad nacional seguirá resultando de aplicación a la Sociedad Europea en todos los ámbitos no cubiertos por el Reglamento, como el Derecho fiscal, el Derecho de la competencia o el Derecho concursal (en este sentido, *vid.* BLANQUET, F., *op.cit.*, p.91).

³⁶³ En este sentido, algunos autores han apuntado que la duración de las negociaciones relativas a la participación de los trabajadores en el marco del proceso de constitución de una Sociedad Europea se sitúa en torno a un año, lo cual resulta difícilmente compatible con las necesidades cambiantes del mercado (*vid.* SEGAIN, H., *op.cit.*, p.40).

³⁶⁴ No obstante, por lo que respecta a la creación de una Sociedad Europea a través de una fusión por constitución, se ha apuntado que el domicilio social de la Sociedad Europea resultante no tendría que coincidir necesariamente con el de las sociedades participantes en la operación (*vid.* RICKFORD, J., “Inaugural lecture: The...”, *op.cit.*, p.21). Por ejemplo, una sociedad anónima constituida en España, con domicilio social en España y administración central en Francia; y una sociedad anónima constituida en Italia, con domicilio social en Italia y administración central en Alemania, podrían constituir por fusión una Sociedad Europea con domicilio social en los Países Bajos.

³⁶⁵ Vid. artículo 25.2 del Reglamento (CE) nº 2157/2001. Ciertamente, si tenemos en cuenta que dicho certificado deberá ser remitido a la autoridad competente del Estado miembro del futuro domicilio de la Sociedad Europea al objeto de que ésta efectúe el control de la parte del procedimiento correspondiente a la realización de la fusión y la constitución de la Sociedad Europea (artículo 26), resulta evidente la conveniencia de que, al menos su contenido mínimo, esté fijado por el Reglamento, para evitar los problemas que la heterogeneidad de su contenido podría ocasionar en sede de la autoridad receptora.

Sociedad Europea por fusión en caso de que la autoridad competente de dichos Estados miembros se oponga a ello por “razones de interés público”³⁶⁶.

Por su parte, el traslado del domicilio social de la Sociedad Europea tampoco está exento de cuestiones que plantean problemas desde el punto de vista práctico entre las que cabría destacar: la posibilidad de que el Estado miembro de origen pueda oponerse a la operación alegando “razones de interés público”³⁶⁷, lo cual podría dar lugar a la existencia de prácticas discriminatorias, al tratarse de un concepto desarrollado por los propios Estados miembros³⁶⁸, así como introducir un factor de riesgo para las Sociedades Europeas interesadas en realizar estas operaciones debido al coste potencial que la paralización del traslado del domicilio social podría suponer³⁶⁹; la exigencia de que la sede de administración central de la Sociedad Europea deba trasladarse junto con el domicilio social; o el hecho de que el Reglamento (CE) n° 2157/2001 tan sólo establezca el marco jurídico elemental al que deben circunscribirse estas operaciones, dejando sin resolver de forma explícita la cuestión acerca de si la Sociedad Europea tendrá que adaptarse a los requisitos impuestos por la legislación del Estado miembro de destino y que podrían diferir de los establecidos por el Estado miembro de origen³⁷⁰.

³⁶⁶ Esta posibilidad, prevista en el artículo 19 del Reglamento (CE) n° 2157/2001, presenta dos problemas fundamentales: en primer lugar, los posibles efectos discriminatorios derivados de las diferentes concepciones nacionales acerca del término “razones de interés público”, en la medida en que el Reglamento no lo desarrolla; y, en segundo lugar, los costes para las empresas participantes en la operación que podrían derivarse del ejercicio de esta facultad por parte de los Estados miembros en una etapa avanzada del proceso de fusión, si tenemos en cuenta que el Reglamento admite su ejercicio hasta antes de la expedición del certificado de legalidad a que se refiere el artículo 25.2 del Reglamento (CE) n° 2157/2001.

³⁶⁷ Vid. Artículo 8.14 del Reglamento (CE) n° 2157/2001.

³⁶⁸ En este sentido, GONZÁLEZ SÁNCHEZ, E., FRANCH FLUXÀ, J., *op.cit.*, p.229, apuntan que las autoridades tributarias nacionales podrían oponerse al traslado del domicilio social alegando que, como resultado de la operación, el interés público del Estado miembro de origen se vería afectado debido a la reducción de sus ingresos fiscales. Ahora bien, a este respecto no conviene perder de vista como el propio TJUE ha declarado que la reducción de los ingresos fiscales no puede considerarse como una razón imperiosa de interés general susceptible de ser invocada por los Estados miembros para justificar una restricción de las Libertades Fundamentales previstas en el Tratado (*vid.*, entre otras, las SSTJUE de 12 de septiembre de 2006, asunto C-196/04, *Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd v. Commissioners of Inland Revenue*, ap.49; de 13 de diciembre de 2005, asunto C-446/03, *Marks & Spencer plc v. David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, ap.44; o de 7 de septiembre de 2004, asunto C-319/02, *Petri Manninen*, ap.49).

³⁶⁹ De hecho, algunos autores como FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “El traslado internacional...”, *op.cit.*, p.1542; o RODAS PAREDES, P.N., *Libertad de establecimiento y movilidad internacional de las sociedades mercantiles*, Comares, Granada, 2011, p.112, han criticado la introducción de esta norma por parte del legislador europeo en el contenido del Reglamento (CE) n° 2157/2001.

³⁷⁰ Una lista más detallada de estos aspectos problemáticos, puede encontrarse en EUROPEAN COMMISSION, *Synthesis on the comments on the consultation document of the Internal Market and Services Directorate-General on the results of the study on the operation and the impacts of the Statute for a European Company (SE)*, Julio 2010, pp. 7-8 y 12-16; o en EUROPEAN COMMISSION, *Accompanying document to the Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the application of Council Regulation 2157/2001 of 8 October 2010 on the Statute for a European Company (SE)*, SEC (2010) 1391 final, 17 November 2010, pp.7-13.

Por otra parte, y a diferencia de lo que sucedía en las Propuestas de Reglamento de 1970, 1989 y 1991³⁷¹, tampoco podemos perder de vista la ausencia de cualquier tipo de incentivo fiscal a la creación de esta forma societaria europea³⁷², ya que, debido a la férrea oposición ejercida en su momento por parte de algunos Estados miembros como Reino Unido o Irlanda³⁷³, el Reglamento (CE) n° 2157/2001 no contiene disposiciones de naturaleza tributaria³⁷⁴, evitando así posibles discriminaciones con respecto a las formas societarias nacionales por cuestiones fiscales y que la Sociedad Europea pudiera llegar a convertirse en una suerte de “caballo de Troya” en los ordenamientos internos de los Estados miembros³⁷⁵.

De este modo, si nos centramos en el ámbito de la imposición de la renta societaria, podría afirmarse que el régimen fiscal aplicable a la Sociedad Europea vendrá determinado en gran medida por su naturaleza jurídica, así como por aquellos caracteres que fueran relevantes desde la óptica de los criterios de conexión establecidos por las legislaciones tributarias de los diferentes Estados miembros para determinar cuál

³⁷¹ Nótese como la Propuesta de Reglamento de 1970 contenía numerosas disposiciones fiscales (artículos 275 a 281) relativas a cuestiones tales como la formación de la sociedad, el gravamen de sus establecimientos permanentes, o la determinación de su residencia fiscal, las cuales quedarían finalmente reducidas en las Propuestas de Reglamento de 1989 y 1991 a la posibilidad de que la Sociedad Europea pudiese deducir las pérdidas de los establecimientos permanentes a través de los cuales llevaba a cabo sus actividades en otros Estados miembros (pero no las procedentes de sus filiales en el extranjero) de los beneficios obtenidos en su Estado miembro de residencia (artículo 133). Sobre esta cuestión, *vid.* VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, pp.137-140.

³⁷² De todas formas, y aun cuando la introducción de un régimen fiscal propio podría parecer conveniente a los efectos de potenciar el uso de la Sociedad Europea entre las empresas de los diferentes Estados miembros, lo cierto es que el propio profesor Sanders dejó claro desde un primer momento que no debía otorgarse un tratamiento fiscal privilegiado a esta figura societaria en relación con las sociedades anónimas nacionales, sino que la actuación de las instituciones europeas simplemente debería estar orientada a eliminar los obstáculos fiscales que presentaba la constitución, funcionamiento, y el traslado del domicilio social de la Sociedad Europea, no de forma aislada sino en el marco de un proceso global de armonización en materia tributaria del que pudiesen beneficiarse también las sociedades anónimas nacionales (*vid.* COMMISSION EUROPÉENNE, “Project d’un statut des sociétés anonymes européennes par M. le professeur Pieter Sanders, doyen de la faculté de droit de Rotterdam”, *Études. Série concurrence*, n°6, 1967, p.128). En esta misma línea, *vid.*, SCHULZ, A., EICKER, K., “The European Company Statute- the German View”, *Intertax*, vol.29, n°10, 2001, p.340. En contra, *vid.* VON DER GROEBEN, H., *op.cit.*, p.231.

³⁷³ *Vid.* LENOIR, N., *op.cit.*, p.14.

³⁷⁴ Sobre esta cuestión, *vid.* ESTEBAN VELASCO, G., “El compromiso de Niza: por fin la Sociedad Europea”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n°17, 2001, pp.144-146. De igual modo, el Reglamento (CE) n° 1435/2003, relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea, tampoco se ocupa de cuestiones de índole fiscal. Por su parte, el Reglamento (CEE) n° 2137/85, relativo la Agrupación Europea de Interés Económico, se limita a establecer que los beneficios derivados de sus actividades se considerarán como beneficios de los miembros y se repartirán entre ellos en la proporción prevista en el contrato de agrupación o, en su ausencia, por partes iguales (artículo 21.1), de forma tal que éstos sólo estarán sujetos a imposición a nivel de sus miembros y no en sede de la AEIE (artículo 40). Más allá de esta disposición, resultará de aplicación la legislación nacional del Estado miembro donde se encuentre constituida, en particular por lo que se refiere al reparto de beneficios, obligaciones tributarias, y procedimientos fiscales.

³⁷⁵ Esta expresión podemos encontrarla en COLANGELO, M., *op.cit.*, p.171; o GAMMIE, M., “EU taxation and the Societas Europaea - harmless creature or Trojan horse?”, *European Taxation*, vol.44, n°1, 2004, pp.35-45.

será la jurisdicción competente para proceder a su gravamen³⁷⁶. A este respecto, cabría apuntar como, en la medida en que la Sociedad Europea responde a la tipología propia de las sociedades anónimas (capital dividido en acciones, limitación de la responsabilidad de los socios, etc.), quedará sometida a la normativa relativa al Impuesto sobre Sociedades del Estado miembro donde se localice su residencia fiscal como si de una sociedad anónima nacional se tratara³⁷⁷, a excepción de aquellas disposiciones específicas para la Sociedad Europea introducidas por los Estados miembros en aplicación del Derecho de la UE (p.ej. la Directiva 2009/133/CE)³⁷⁸. Asimismo, y en la medida en que la Sociedad Europea desarrolla sus actividades en otros Estados miembros a través de establecimientos permanentes, también deberá someterse a las normas tributarias de dichos Estados miembros destinadas a gravar determinadas rentas de sujetos no residentes fiscales obtenidas en su territorio, con los límites impuestos por los Convenios de Doble Imposición suscritos entre su Estado miembro de residencia y el resto de Estados en los que lleve a cabo su actividad³⁷⁹.

En definitiva, podría afirmarse que la *Societas Europaea*, definida en sus orígenes como “opcional”, “transnacional” y “fiscalmente atractiva”³⁸⁰, nació con la

³⁷⁶ En este sentido, *vid.* GARCÍA GUTIÉRREZ, A., “El régimen fiscal de la sociedad anónima europea”, *Cuadernos de Formación del Instituto de Estudios Fiscales*, vol.3, 2007, pp.103-104.

³⁷⁷ A este respecto, es importante tener presente que el Estado miembro de residencia de la Sociedad Europea normalmente será aquel en el que se encuentre situado su domicilio social (*registered office*) y su sede de administración central (*head office*). Sin embargo, y aun cuando el requisito impuesto por el artículo 7 del Reglamento (CE) n° 2157/2001 puede contribuir a mitigar los problemas de doble residencia fiscal, no los elimina por completo ya que otro Estado miembro podría considerar a la Sociedad Europea residente fiscal en su territorio invocando como criterio de conexión la localización de su sede de dirección efectiva (*place of effective management*) dentro del mismo, habida cuenta de que no existe una identidad perfecta entre este concepto y el de administración central que emplea el Reglamento (CE) n° 2157/2001. En este tipo de supuestos habría que acudir a la solución prevista para estos casos en el CDI vigente entre los Estados miembros implicados.

³⁷⁸ *Vid.* artículo 9.1, apartado c) del Reglamento (CE) n° 2157/2001. Algunos autores se han mostrado críticos con esta “equiparación en la desigualdad” entre la Sociedad Europea y las sociedades anónimas de los diferentes Estados miembros en el ámbito del Impuesto de Sociedades afirmando que “en el Derecho Tributario, la pretendida “supranacionalidad” de la SE, se estrella y fragmenta, frente a la irreductible estanqueidad de los sistemas tributarios nacionales, que no va más allá de garantizar a la SE (española, francesa, alemana, etc.) la igualdad de trato fiscal con otras sociedades no europeas de la misma nacionalidad; lo cual, ante un panorama caracterizado por la ausencia de un régimen común en el Impuesto sobre Sociedades –y ésta es otra muestra de un planteamiento no global del Derecho– equivale a garantizar la desigualdad fiscal de las SEs en función del Estado en el que residan” (*vid.* SOLER ROCH, M.T., “El régimen tributario de la SE”, *Documentos de trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, n° 16, 2006, pp.4-5). De hecho, poco después de la aprobación del Reglamento (CE) n° 2157/2001, la Comisión Europea llegó a plantearse la posibilidad de diseñar, a modo de prueba, un sistema de base común consolidada en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades para la Sociedad Europea, de forma tal que, según los resultados obtenidos, pudiese implantarse posteriormente con carácter general, si bien finalmente esta idea fue descartada (*vid.* EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee. An Internal Market without company tax obstacles achievements, ongoing initiatives and remaining challenges*, COM (2003) 726 final, 24 November 2003, pp.24-25).

³⁷⁹ Sobre esta cuestión, *vid.* LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., HERRERA MOLINA, P., *op.cit.*, pp.58-60; MALHERBE, P., “Réflexions sur le régime fiscal de la Societas Europaea”, en AA.VV., *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp.575-595; y HELMINEN, M., *EU Tax Law...*, *op.cit.*, pp.227-230.

³⁸⁰ *Vid.* EUROPEAN COMMISSION, “Statute for a European company”, *Bulletin of the European Communities. Supplement* n°5/89, p.8.

vocación de superar las dificultades tradicionalmente asociadas a la actividad transfronteriza de las empresas establecidas en los diferentes Estados miembros³⁸¹, si bien su importancia efectiva en este ámbito se ha ido diluyendo con el devenir de los años, en gran medida por cuestiones vinculadas a la propia configuración de su régimen legal y a lo costoso³⁸², lento y complejo que resulta el procedimiento para su constitución³⁸³. Esta idea resulta particularmente cierta en el ámbito de las PYMEs, muchas de las cuales se configuran como sociedades de responsabilidad limitada y, por tanto, tienen vedada la constitución de una Sociedad Europea por fusión o transformación, o bien se configuran como sociedades anónimas en sus respectivos Estados miembros pero les resulta difícil alcanzar la elevada cifra de capital social exigida por el Reglamento (CE) n° 2157/2001 y afrontar todos los costes asociados a la creación de una Sociedad Europea.

A título de mero ejemplo ilustrativo, cabría apuntar como, en el año 2001, algunos autores ya se aventuraban a afirmar que en el plazo de unos años podría alcanzarse la cifra de 10.000 Sociedades Europeas³⁸⁴. Sin embargo, lo cierto es que en la actualidad, más de quince años después de la entrada en vigor del Reglamento (CE) n° 2157/2001, su número apenas supera las 3.200³⁸⁵. Asimismo, en nuestra opinión, la asimétrica distribución de las Sociedades Europeas en los diferentes Estados miembros unido a que un buen número de las mismas presenta características anómalas (“empty-

³⁸¹ En este sentido, el entonces Comisario europeo de Mercado Interior, Fritz Bolkestein, afirmaba que el uso de la Sociedad Europea permitiría a las empresas de los diferentes Estados miembros expandir y reestructurar sus operaciones transfronterizas sin la costosa limitación de tener que establecer una red de filiales, lo que redundaría en un incremento de la competitividad a nivel europeo (*cf.* EUROPEAN COMMISSION PRESS RELEASES, *European Company Statute: Commission welcomes formal adoption*, IP/01/1376, Brussels, 8 October 2001). Algunos autores, incluso llegaron a afirmar que, más allá de la problemática particular que presentaba la aplicación del Reglamento (CE) n° 2157/2001 a las PYMEs, su aprobación restaba importancia a la necesidad de una norma europea específica en materia de fusiones transfronterizas (en este sentido, *vid.* BELL, S., *op.cit.*, p.123).

³⁸² A este respecto, se ha apuntado que el coste de establecimiento de una Sociedad Europea se sitúa de media en unos 784.000 euros (incluidos los costes fiscales, de asesoría jurídica, y de registro, así como los gastos de traducción) en una horquilla que oscila entre los 100.000 euros y los 4 millones de euros (*vid.* COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación del Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE)*, COM (2010) 676 final, de 17 de noviembre de 2010, p.5).

³⁸³ Por otra parte, y desde la óptica fiscal, también se ha apuntado que la Sociedad Europea, no ha eliminado alguno de los principales problemas que afectan a las sociedades nacionales que llevan a cabo actividades transfronterizas, tales como la compensación de pérdidas transfronterizas, las retenciones practicadas por el Estado de la fuente, o el riesgo de ajustes por precios de transferencia, en la medida en que la Sociedad Europea, carente de un régimen fiscal propio, no queda al margen de dichos problemas (en este sentido, *vid.* HELMINEN, M., *EU Tax Law...*, *op.cit.*, p.231).

³⁸⁴ *Vid.* BLANQUET, F., *op.cit.*, p.82

³⁸⁵ El dato actualizado del número de Sociedades Europeas constituidas en el conjunto de Estados miembros puede obtenerse a través del enlace <http://ecdb.worker-participation.eu/>. Dentro de las mismas, tal y como apunta LENOIR, N., *op.cit.*, p.15, se encuentran grandes empresas como “Allianz SE” (aseguradora), “SCOR SE” (reaseguradora y prestadora de servicios financieros), “Fresenius SE” (farmacéutica y prestadora de servicios en el ámbito sanitario) o “Porsche SE” (automóviles). A título de ejemplo, una aproximación al proceso de formación de “Allianz SE” puede encontrarse en SEGAIN, H., *op.cit.*, p.41.

SEs” y “*shelf-SEs*”³⁸⁶ constituye una muestra clara de que, en cierto modo, esta figura societaria no ha servido a los fines para los que fue originariamente concebida, o al menos, no con la amplitud e intensidad pretendida. De este modo, si tomamos como referencia los datos existentes en el año 2014, más del 90% de las Sociedades Europeas establecidas en la Unión Europea se concentraban en cuatro Estados miembros: Alemania (70%), República Checa (14%), República Eslovaca (4%) y Reino Unido (3%), pudiendo encontrar países como Portugal, Finlandia, Italia, Polonia, Letonia, Lituania, España o Dinamarca con menos de cinco Sociedades Europeas localizadas en su territorio³⁸⁷.

Por último, no conviene perder de vista como a la problemática derivada de su régimen jurídico, habría que añadir la aprobación de una norma europea específica en materia de fusiones transfronterizas de sociedades de capital (Directiva 2005/56/CE) que no sólo presentaba un ámbito de aplicación subjetivo más amplio que el Reglamento (CE) nº 2157/2001 sino que estaba dotada en algunos aspectos relativos al régimen jurídico aplicable a estas operaciones de un mayor grado de flexibilidad que el citado Reglamento (por ejemplo, en relación con los derechos de participación de los trabajadores³⁸⁸). Asimismo, y por lo que respecta a las operaciones de traslado

³⁸⁶ Por Sociedades Europeas con “características anómalas” nos referimos a aquéllas que o bien desarrollan una actividad pero aparentemente no tienen empleados (“*empty-SE*”), o bien directamente no tienen ni actividad ni empleados, sino que han sido constituidas por empresas especializadas con el único objetivo de su posterior venta (“*shelf-SE*”). Sobre su distribución en los diferentes Estados miembros *vid.*, EUROPEAN COMMISSION, *Accompanying document to the Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the application of Council Regulation 2157/2001 of 8 October 2010 on the Statute for a European Company (SE)*, SEC (2010) 1391 final, 17 November 2010, pp.15-16.

³⁸⁷ *Vid.* CARLSON, A., KELEMEN, M., STOLLT, M., *op.cit.*, p.3. Por lo que respecta a los motivos que vendrían a explicar este fenómeno se han apuntado los siguientes: 1) la dimensión de las empresas nacionales, en la medida en que en aquellos Estados miembros donde la base empresarial está formada mayoritariamente por PYMES (p.ej. España, Grecia, Italia o Portugal), el coste y la complejidad del procedimiento asociado a la constitución de una Sociedad Europea hacen que apostar por esta forma societaria resulte una opción poco atractiva frente a las formas societarias nacionales; 2) la flexibilidad de ciertos aspectos del Estatuto de la Sociedad Europea en comparación con las formas jurídicas nacionales 3) el grado de conocimiento que la comunidad jurídica y empresarial de los diferentes Estados miembros tienen de la Sociedad Europea (alto en Alemania y República Checa, bajo en España o Italia), unido a un “efecto demostración positivo” (a mayor número de Sociedades Europeas establecidas en un Estado miembro, mayor interés por parte del resto de empresas en esta figura societaria y, por ende, incremento del número de Sociedades Europeas establecidas en dicho Estado); 4) la tardía transposición de la Directiva 2001/86/CE por parte de algunos Estados miembros (p.ej. Grecia o Irlanda); 5) la amplitud de las normas nacionales en materia de participación de trabajadores; o 6) las diferencias en el tratamiento fiscal de la Sociedad Europea por parte de los diferentes Estados miembros (un análisis más detallado sobre las causas determinantes de la asimétrica distribución de las Sociedades Europeas en el territorio europeo puede encontrarse en, COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación del Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE)*, COM (2010) 676 final, de 17 de noviembre de 2010, pp.5-6).

³⁸⁸ Sobre esta cuestión, *vid.* PANNIER, M., “The EU Cross Border Merger Directive - A New Dimension for Employee Participation and Company Restructuring”, *European Business Law Review*, vol.16, nº6, 2005, p.1441. En un sentido similar, y destacando la flexibilidad que aportaba en este ámbito el originario artículo 16.4, apartado a) de la Directiva 2005/56/CE, *vid.* BECH-BRUUN, LEXIDALE, *op.cit.*, p.75. No obstante, nótese como la redacción actual del artículo 133 de la Directiva 2017/1132/UE ha reforzado en cierto modo la protección de los derechos de participación de los trabajadores en el marco de estas operaciones frente a lo dispuesto en el originario artículo 16 de la Directiva 2005/56/CE.

transfronterizo del domicilio social, cabría señalar como, si bien es cierto que en un primer momento la Sociedad Europea se configuraba como el único vehículo que permitía llevar a cabo estas operaciones con un adecuado nivel de seguridad jurídica, protegiendo los derechos de trabajadores, accionistas y terceros, y garantizando la neutralidad fiscal de las mismas (siempre que se diese cumplimiento a los requisitos previstos en la Directiva 2009/133/CE), no lo es menos que esta ventaja competitiva frente a las formas societarias nacionales se ha ido difuminando con el paso del tiempo debido a la evolución de la jurisprudencia del TJUE en materia de libertad de establecimiento (sentencias *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art*, *SEVIC*, *Cartesio*, *VALE Épitési* y *Polbud*), para quedar totalmente desdibujada a raíz de la incorporación a la Directiva 2017/1132/UE de las disposiciones relativas a la transformación transfronteriza, y de la limitación de las facultades de los Estados miembros en materia de impuestos de salida como resultado de la aprobación de la Directiva 2016/1164/UE³⁸⁹.

6. La Directiva 2005/56/CE como eje central del proceso de armonización del Derecho societario europeo en materia de fusiones transfronterizas de sociedades de capital

Tal y como ya hemos avanzado en anteriores epígrafes de este trabajo, a comienzos del nuevo milenio, uno de los retos que todavía se planteaban al legislador europeo en el plano del Derecho societario consistía en evitar que la interacción entre las distintas legislaciones nacionales pudiese suponer un obstáculo a la realización de fusiones transfronterizas³⁹⁰, más aún cuando el número de Estados que integraban la Unión Europea ya se había duplicado con respecto al existente en el momento de aprobación de la “Tercera Directiva”³⁹¹, lo que contribuía a aumentar la dimensión del problema. En este contexto, y tras más veinte años de negociaciones³⁹², la Directiva

³⁸⁹ Nótese como esta limitación de las facultades de los Estados miembros en relación con el establecimiento de impuestos de salida ya la había iniciado años atrás el TJUE, entre otras, a través de sus sentencias de 29 de noviembre de 2011, asunto C-371/10, *National Grid Indus BV*; de 23 de enero de 2014, asunto C-164/12, *DMC*; o de 21 de mayo de 2015, asunto C-657/13, *Verder LabTec GmbH & Co. KG v. Finanzamt Hilden*.

³⁹⁰ De hecho, algunos autores ya habían afirmado en su momento que la regulación de las fusiones transfronterizas constituía una de las “lagunas más graves y evidentes del derecho societario europeo” (en este sentido, *vid.* COLANGELO, M., *op.cit.*, p.154).

³⁹¹ Nótese como, en el momento de aprobación de la Directiva 78/855/CEE, la Unión Europea estaba integrada por nueve Estados miembros (Alemania, Bélgica, Dinamarca, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, y Reino Unido), mientras que tras el importante proceso de ampliación llevado a cabo de 2004, su número quedó fijado en veinticinco debido a la progresiva incorporación de Estados miembros como Grecia (1981), España (1986), Portugal (1986), Austria (1995), Finlandia (1995), Suecia (1995), Chipre (2004), Eslovaquia, (2004), Eslovenia (2004), Estonia (2004), Hungría (2004), Letonia (2004), Lituania (2004), Malta (2004), Polonia (2004) y República Checa (2004).

³⁹² Recordemos que la Propuesta de Décima Directiva basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades anónimas, COM (84) 727 final, de 8 de enero de 1985 (DOCE n° C 23, de 25 de enero de 1985, p.11), fue presentada al Consejo el 14 de enero de 1985.

2005/56/CE o “Décima Directiva” en el ámbito del Derecho societario europeo (actualmente codificada a través de la Directiva 2017/1132/UE), nació con el objetivo de posibilitar o facilitar, según el caso, este tipo de operaciones de reorganización empresarial³⁹³.

Ciertamente, con anterioridad a la aprobación de la citada norma comunitaria podría afirmarse que las fusiones entre sociedades de diferentes Estados miembros se llevaban a cabo en un entorno de escasa seguridad jurídica, planteaban problemas desde la óptica de la protección de los derechos e intereses de socios, trabajadores y terceros, su realización efectiva resultaba compleja en el plano jurídico-administrativo³⁹⁴, y suponían un importante coste para las sociedades participantes, todo lo cual afectaba negativamente al correcto funcionamiento del mercado interior y determinaba que las empresas europeas tuvieran que acudir a otros mecanismos de cooperación transfronteriza tales como el establecimiento de “*joint ventures*” o la creación de “*joint holding companies*”³⁹⁵. De hecho, hasta ese momento, la única vía para acometer una operación de fusión transfronteriza dotada de un cierto nivel de garantías jurídicas para las sociedades participantes y para los principales colectivos afectados por la misma, consistía en su instrumentalización a través de la figura de la *Societas Europaea*.

Sin embargo, y como ya hemos tenido ocasión de exponer, el “restrictivo” régimen jurídico previsto por el Reglamento (CE) nº 2157/2001 para esta forma societaria (y en particular por lo que respecta a la modalidad de constitución por fusión)³⁹⁶, así como los problemas e incertidumbres asociados al mismo, entre los que destacaba la imposibilidad de que las PYMEs, constituidas en su mayoría bajo la forma de sociedad limitada pudiesen participar en la creación de una Sociedad Europea por fusión, determinaban que, desde la óptica del Derecho europeo, esta opción no constituyese una solución plenamente satisfactoria a largo plazo para llevar a cabo estas operaciones. A este respecto, cabría apuntar como la Directiva 2005/56/CE no pretende ir más allá de la mera regulación del procedimiento y las garantías que deben observarse en el marco de una operación de fusión transfronteriza, pues una vez concluida con

³⁹³ A este respecto, cabría señalar como, en el momento de aprobación de la Directiva 2005/56/CE había un grupo de Estados miembros que ya permitían la realización de operaciones de fusión transfronteriza (p.ej. España, Francia, Italia, Luxemburgo, o Portugal), si bien todavía eran mayoría los Estados miembros que, o bien no las permitían, o bien imponían importantes restricciones a su realización (p.ej. Alemania, Austria, Dinamarca, Finlandia, Grecia, Irlanda, Países Bajos o Suecia). Sobre esta cuestión, *vid.* BLANQUET, F., *op.cit.*, p.87; y COLANGELO, M., *op.cit.*, pp.154-155. En este sentido, podrían traerse a colación las palabras del Comisario europeo de Mercado Interior, Fritz Bolkestein cuando, en relación con la Propuesta de Directiva de Fusiones COM (2003) 703 final, de 18 de noviembre de 2003 afirmaba que la “simplificación de las fusiones transfronterizas constituye una herramienta importante para facilitar la cooperación y la reestructuración necesarias para hacer a Europa más competitiva. En la actualidad, las fusiones transfronterizas resultan difíciles, cuando no imposibles, y la propuesta está destinada a corregir esta situación (...). Es especialmente importante que la adopción se produzca con rapidez, ya que con la ampliación será aún más necesario que las empresas puedan cooperar más allá de sus fronteras.” (*cfr.* EUROPEAN COMMISSION PRESS RELEASES, *Company law: Commission proposes Directive on cross-border mergers*, IP/03/1564, Brussels, 18 November 2003).

³⁹⁴ *Vid.* CAPELLI, F., *op.cit.*, p.460.

³⁹⁵ *Vid.* THÖMMES, O., TOMSETT, E., *op.cit.*, p.231.

³⁹⁶ Así lo han calificado, BIDAUD, H., FRANCESCHI, J.M., “Cross-Border Mergers in Europe: The Fall of the Last Barriers”, *Tax Notes International*, vol.46, nº5, 2007, p.470.

éxito la misma, la sociedad resultante quedará sometida al régimen jurídico propio de uno de los Estados miembros³⁹⁷.

Por otra parte, debemos tener presente que, en el ámbito tributario, las fusiones transfronterizas ya se beneficiaban desde comienzos de la década de los noventa del régimen de neutralidad fiscal previsto por la Directiva 90/434/CEE (hoy Directiva 2009/133/CE) lo cual, en cierto modo, allanó el camino para que se realizasen algunas de estas operaciones con arreglo a las normas del Derecho internacional privado (p.ej., la absorción, en 1993, de la filial francesa “Barclays Bank SA” por parte de su matriz, la sociedad británica “Barclays Bank Plc”; o la absorción, en 1997, de la filial francesa “Financière Sema” por parte de su matriz, la sociedad británica “SEMA Group Plc”³⁹⁸). Sin embargo, desde la aprobación de esta norma, se intensificaron las voces que llamaban la atención acerca de la necesidad de acelerar los trabajos de elaboración de la “Décima Directiva”³⁹⁹, en la medida en que la creación de un marco jurídico de naturaleza europea para estas operaciones se configuraba como una condición imprescindible para que las empresas de los diferentes Estados miembros pudiesen aprovechar todas las ventajas ofrecidas por la Directiva 90/434/CEE y, por ende, que ésta pudiese cumplir sus objetivos de una forma plenamente satisfactoria⁴⁰⁰.

A este respecto, la primera cuestión que nos interesa señalar acerca de la Directiva 2005/56/CE⁴⁰¹ reside en la imposición a los Estados miembros de la UE y del

³⁹⁷ En este punto, se observa una importante diferencia con respecto al Reglamento (CE) n° 2157/2001 por cuanto la Sociedad Europea resultante del proceso de fusión quedará sometida a un régimen jurídico propio, marcado en gran medida por el propio Reglamento (aunque también por la legislación interna del Estado miembro donde se encuentre su domicilio social), lo que nos introduce en el conjunto de inconvenientes vinculados a esta forma societaria europea que ya hemos tenido ocasión de comentar en anteriores epígrafes de este trabajo (en una línea similar, *vid.* RICKFORD, J., “The Proposed Tenth Company Law Directive on Cross Border Mergers and its Impact in the UK”, vol.16, n°6, 2005, p.1410).

³⁹⁸ *Vid.* CORNETTE DE SAINT-CYR, A., LUNGHI, B., “La réalisation d'une opération de fusion transfrontalière entre la France et la Grande-Bretagne: exposé d'un cas pratique”, *Journal des Sociétés*, Novembre 2009, p.1.

³⁹⁹ A este respecto, nótese como unos años antes de la aprobación de la Directiva 90/434/CEE ya había visto la luz la Propuesta de Décima Directiva relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades anónimas, COM (84) 727 final, de 8 de enero de 1985.

⁴⁰⁰ En este sentido, *vid.*, entre otros, LARKING, B., “The Merger Directive: will it work?”, *European Taxation*, vol.30, n°12, 1990, p.367; JEFFCOTE, B., BARNETT, M., “EC Mergers Directive”, *Law & Tax Review*, vol.5, n°23, 1991, p.178; RONFELDT, T., WERLAUFF, E., “Mergers as a method of establishment: on cross-border mergers, transfer of domicile and divisions, directly applicable under the EC Treaty’s freedom of establishment”, *European Company Law*, vol.3, n°3, 2006, p.125; o BELL, S., *op.cit.*, p.126. No obstante, la Directiva 90/434/CEE incluso llegaría a ser modificada y perfeccionada a través de la Directiva 2005/19/CE, antes de que se aprobase definitivamente la Directiva 2005/56/CE.

⁴⁰¹ De acuerdo con el artículo 19 de la propia Directiva, los Estados miembros tenían hasta el 15 de diciembre de 2007 para incorporar su contenido a sus respectivos ordenamientos nacionales. Sin embargo, lo cierto es que llegada esta fecha tan sólo 16 Estados miembros de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo (a los que se extendió la aplicación de citada norma en virtud de la Decisión del Comité Mixto del EEE n° 127/2006, de 22 de septiembre de 2006, por la que se modifica el anexo XXII (Derecho de sociedades) del Acuerdo EEE) habían transpuesto la Directiva con éxito, a saber Alemania, Austria, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Grecia, Hungría, Islandia, Letonia, Lituania, Malta, Noruega, Eslovaquia y Reino Unido. Por ello, el 5 de junio de 2008, la Comisión inició procedimientos de infracción contra varios Estados miembros, llegando al TJUE los casos de Grecia (*vid.* STJUE de 23 de abril de 2009, asunto C-493/08, *Comisión v. Grecia*), Suecia (*vid.* STJUE de 4 de junio de 2009, asunto C-555/08, *Comisión v. Suecia*) y Bélgica (*vid.* STJUE de 1 de octubre de 2009, asunto C-

EEE de la obligación general de permitir las fusiones transfronterizas en las que interviniese una sociedad de capital nacional y una sociedad de capital de otro Estado miembro⁴⁰², siempre que los tipos de sociedades en cuestión tuviesen derecho a fusionarse de acuerdo con la normativa interna de los Estados miembros de que se trate⁴⁰³ y se diese cumplimiento a los requisitos específicos establecidos por la propia Directiva para estas operaciones⁴⁰⁴. En nuestra opinión, lo dispuesto en el antiguo artículo 4.1, apartado a) de la Directiva 2005/56/CE debe ser interpretado en el sentido de que el análisis de la capacidad general (o no) para fusionarse de cada una de las sociedades participantes en la operación quedaría circunscrito al Derecho nacional del Estado miembro cuya legislación le resulte aplicable; en otras palabras, no será necesario analizar si una sociedad sujeta al ordenamiento de un determinado Estado miembro tiene derecho a fusionarse con arreglo al Derecho nacional de los demás Estados miembros involucrados en la operación.

A este respecto, conviene tener en cuenta que en las legislaciones societarias domésticas de algunos Estados miembros como Lituania, Países Bajos o República Checa pueden encontrarse disposiciones tendentes a limitar las fusiones transfronterizas entre determinados tipos societarios. Por ejemplo, la legislación lituana sobre fusiones transfronterizas sólo permite la realización de fusiones de esta naturaleza bien entre sociedades de responsabilidad limitada o bien entre sociedades anónimas. De este modo, se establece una suerte de obligación implícita de “reconversión” previa en el tipo societario adecuado según el caso que, por una parte, incrementa los costes de la operación y supone un obstáculo a su realización efectiva y, por otra parte, daría lugar a una restricción a la libertad de establecimiento de las sociedades difícilmente compatible con el Tratado a la luz de la jurisprudencia del TJUE en los asuntos *SEVIC*,

575/08, *Comisión v. Bélgica*), y al Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio el caso de Liechtenstein (*vid. STAELC* de 1 de diciembre de 2009, asunto E-7/09, *Autoridad de vigilancia de la Asociación Europea de Libre Comercio v. Liechtenstein*). A lo largo del año 2008, 10 Estados miembros completarían el proceso de transposición con éxito (Bélgica, Eslovenia, Francia, Irlanda, Italia, Países Bajos, Rumanía, República Checa y Suecia), mientras que los 4 restantes (España, Liechtenstein, Luxemburgo, y Portugal) lo harían a finales del año 2009 (*vid. BECH-BRUUN, LEXIDALE, op.cit.*, p.89).

⁴⁰² A este respecto, cabría apuntar que la Directiva 2005/56/CE no sólo resulta de aplicación a las operaciones de fusión transfronteriza en las que todas las sociedades participantes están sujetas a la legislación de Estados miembros diferentes de acuerdo con sus respectivas normas de conflicto de leyes, sino también a aquellos supuestos de fusión por constitución en los que las sociedades transmitentes están sujetas a la legislación del mismo Estado miembro, mientras que la sociedad beneficiaria de nueva creación queda sujeta a la *lex societatis* de otro Estado miembro (*vid. VERMEYLEN, J., op.cit.*, p.10).

⁴⁰³ *Vid.* Considerando nº2, en relación con el artículo 4.1, apartado a) de la Directiva 2005/56/CE.

⁴⁰⁴ Ciertamente, la doctrina especializada ya había apuntado la problemática general que presentaban las fusiones internacionales debido a la diversidad de soluciones contempladas por las diferentes legislaciones nacionales en esta materia, ya que, en primer lugar, algunos Estados reconocían en sus ordenamientos tanto las fusiones internas como las fusiones internacionales, mientras que otros Estados sólo hacían lo propio con las primeras y carecían de normas específicas para las segundas; y, en segundo lugar, aún dentro de los Estados que sí reconocían las fusiones internacionales, algunos sólo admitían determinadas modalidades de la operación (p.ej. la fusión por absorción de una sociedad extranjera por parte de una sociedad nacional pero no a la situación inversa); por no hablar de las divergencias legislativas a la hora de regular los requisitos formales y patrimoniales necesarios para llevar a cabo la operación, y que, en muchas ocasiones respondían a un afán de control de las sociedades por parte de los Estados. Sobre esta cuestión, *vid. CORRIENTE CÓRDOBA, J.A., op.cit.*, pp.328-329.

VALE Építési y Polbud. De hecho, y siguiendo el ejemplo de algunos Estados miembros como Austria, Bélgica, Francia, Islandia, Irlanda, Liechtenstein o Eslovenia que optaron directamente por no transponer el artículo 4.1, apartado a) de la Directiva 2005/56/CE a su Derecho interno, se ha defendido la conveniencia de eliminar la condición prevista en el citado precepto⁴⁰⁵, lo cual finalmente se ha llevado a cabo en virtud de la reforma operada por la Directiva 2019/2121/UE⁴⁰⁶ en la Directiva 2017/1132/UE⁴⁰⁷.

Ahora bien, tal y como han apuntado algunos autores, en el hipotético y poco probable supuesto de que el Derecho nacional de un Estado miembro no permita que una determinada figura societaria pueda llevar a cabo operaciones de fusión internas, podría hacer lo propio en relación con su participación en operaciones de fusión transfronteriza aunque cumpla todos los requisitos exigidos por la Directiva 2005/56/CE⁴⁰⁸. Asimismo, tampoco parece que hubiese inconveniente en que un Estado miembro pueda oponerse a una fusión transfronteriza en la que participan un determinado tipo de sociedad de capital sujeta a su ordenamiento y otra forma societaria diferente sujeta al ordenamiento de otro Estado miembro, si su Derecho nacional le permite hacer lo propio cuando se trata de una fusión interna entre los mismos tipos societarios. De este modo, el Estado miembro X podrá oponerse a la fusión de la sociedad cooperativa A, constituida con arreglo a su legislación, y la sociedad limitada B, constituida con arreglo al ordenamiento jurídico del Estado miembro Y, si su legislación societaria doméstica no permite la fusión entre sociedades cooperativas y sociedades limitadas⁴⁰⁹. El problema que esto plantea pivotaría esencialmente sobre la posible falta de equivalencia entre los tipos societarios de los diferentes Estados miembros⁴¹⁰.

En relación con esta cuestión, conviene señalar que la Directiva 2005/56/CE no pretendía establecer exclusivamente un conjunto de normas de conflicto, sino que incorporaba una serie de disposiciones de derecho material que abordan esencialmente los aspectos relacionados con la dimensión transfronteriza de la fusión⁴¹¹, remitiéndose en determinados ámbitos a lo establecido en las legislaciones nacionales de los Estados miembros involucrados en la operación⁴¹². De este modo, y al menos por lo que respecta a su redacción originaria, podría decirse que la Directiva 2005/56/CE introdujo una suerte de “armonización de mínimos” que, tratando de eliminar los obstáculos

⁴⁰⁵ En este sentido, *vid.* BECH-BRUUN, LEXIDALE, *op.cit.*, pp.81 y 94.

⁴⁰⁶ Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas (DOUE n° L 321, de 12 de diciembre de 2019, p.1).

⁴⁰⁷ A este respecto, nótese como, en un primer momento, el contenido del artículo 4.1, apartado a) de la Directiva 2005/56/CE fue incorporado en el artículo 121.1, apartado a) de la Directiva 2017/1132/UE.

⁴⁰⁸ En este sentido, *vid.* PAPADOPOULOS, T., “The Magnitude of EU Fundamental Freedoms: Application of the Freedom of Establishment to the Cross-Border Mergers Directive”, *European Business Law Review*, vol.23, n°4, 2012, p.532.

⁴⁰⁹ Así lo entiende, VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.70.

⁴¹⁰ Sobre esta cuestión, *vid.* VERMEYLEN, J., *op.cit.*, p.9).

⁴¹¹ *Vid.* BALLARINO, T., *op.cit.*, p.726.

⁴¹² *Vid.*, a título de ejemplo, el artículo 12 de la Directiva 2005/56/CE (actual artículo 129 de la Directiva 2017/1132/UE) relativo a la efectividad de la fusión transfronteriza.

jurídicos que afectaban a estas operaciones debido a la existencia del elemento transfronterizo, dejaba un considerable margen de maniobra a los Estados miembros⁴¹³.

En este sentido, cabría señalar como la propia Directiva establece que, salvo disposición en contrario en su articulado, las sociedades participantes en la operación así como los terceros interesados en la misma seguirán estando sometidos a las disposiciones y trámites contemplados en la legislación nacional a la que estén sujetos⁴¹⁴, si bien éstas no podrán imponer en ningún caso restricciones a la libertad de establecimiento o a la libre circulación de capitales, salvo que se encuentren justificadas por razones de interés general, y resulten necesarias y proporcionadas atendiendo al fin perseguido⁴¹⁵. En la actualidad, y tras la última reforma operada en el contenido de la Directiva 2017/1132/UE que profundiza en la armonización de determinadas cuestiones sustantivas vinculadas a la protección de los derechos de los acreedores, socios y trabajadores, el artículo 121 de la citada norma comunitaria (antiguo artículo 4 de la Directiva 2005/56/CE) sólo hace mención explícita a las disposiciones normativas domésticas relativas a la posibilidad de que las autoridades nacionales se opongan a una fusión interna por motivos de interés público (lo que implica que las autoridades competentes de un Estado miembro tan sólo podrán vetar una fusión transfronteriza por estos motivos si disponen de dicha facultad con respecto a las fusiones internas)⁴¹⁶, al proceso de toma de decisiones sobre la fusión, así como a la protección de los

⁴¹³ A este respecto, no puede perderse de vista que, como regla general, los procesos de armonización imperativa presentan el inconveniente del denominado efecto barrera o efecto “*still stand*”, en virtud del cual los legisladores nacionales de los diferentes Estados miembros no podrán desviarse del nivel de armonización alcanzado una vez que las disposiciones europeas se hayan incorporado al ordenamiento, produciéndose “una especie de “petrificación” del Derecho nacional en su actual nivel técnico, quedando su desarrollo en las manos de los propios órganos comunitarios” (en este sentido, *vid.* MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “Introducción”, en ALONSO UREBA, A., CHICO ORTIZ, J.M., y LUCAS FERNÁNDEZ, F., La reforma del Derecho español de sociedades de capital, Civitas, Madrid, 1987, p.30).

⁴¹⁴ *Vid.* artículo 4.1, apartado b) de la Directiva 2005/56/CE (actual artículo 121.1, apartado b) de la Directiva 2017/1132/UE). A este respecto, han surgido voces que llaman la atención acerca de la problemática que plantea la posibilidad de que una o varias de las sociedades participantes en la fusión transfronteriza pudieran quedar, en teoría y debido a la interacción entre el modelo de la sede real y el modelo de la incorporación, sujetas a la legislación de dos Estados miembros diferentes por tener su sede social (*registered office*) y sede real (*head office*) en sus respectivos territorios. En este sentido, cabría apuntar como si bien es cierto que la Directiva no establece una solución al respecto, no lo es menos que la jurisprudencia del TJUE en materia de libertad de establecimiento (especialmente en los asuntos *Überseering*, *Cartesio*, *VALE Építési*, y *Polbud* a los que nos referiremos en posteriores epígrafes de este trabajo) ha limitado el alcance real de este problema. Sobre esta cuestión, *vid.* VERMEYLEN, J., *op.cit.*, p.11.

⁴¹⁵ *Vid.* Considerando nº3 de la Directiva 2005/56/CE (actual Considerando nº56 de la Directiva 2017/1132/UE).

⁴¹⁶ *Vid.* artículo 121.1, apartado b), segundo inciso, de la Directiva 2017/1132/UE. Ahora bien, tratándose de una operación de concentración empresarial de dimensión comunitaria incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento (CE) nº 139/2004, el citado precepto no resultará de aplicación sino que habrá que atender a lo establecido en el citado Reglamento. Esto se traduce en que un posible derecho de veto ejercido por un Estado miembro sobre la base de su normativa doméstica en materia de competencia no será admisible si la fusión transfronteriza puede ser calificada como operación de concentración empresarial de dimensión europea (en este sentido, *vid.* VERMEYLEN, J., *op.cit.*, p.11).

trabajadores en relación con aquellos derechos distintos de los regulados en el artículo 133 de la Directiva 2017/1132/UE (antiguo artículo 16 de la Directiva 2005/56/CE)⁴¹⁷.

Ciertamente, esta fórmula de aplicación de la Directiva 2005/56/CE se construyó sobre la base de que las legislaciones nacionales en materia de fusiones internas ya habían sido armonizadas en gran medida a través de la implementación de la Directiva 78/855/CEE por parte de los diferentes Estados miembros, lo que contribuía a reducir el grado de heterogeneidad normativa en relación con aquellos aspectos no regulados por la Directiva 2005/56/CE⁴¹⁸, si bien no los elimina por completo en la medida en que, por una parte, la “Tercera Directiva” (cuyas disposiciones se encuentran actualmente codificadas en los artículos 87 a 117 de la Directiva 2017/1132/UE) sólo resulta de aplicación a las sociedades anónimas (sin perjuicio de que la mayoría de Estados miembros haya extendido unilateralmente su aplicación a las sociedades de responsabilidad limitada) y, por otra parte, también deja en manos de los Estados

⁴¹⁷ Vid. artículo 121.2 de la Directiva 2017/1132/UE. A este respecto, cabría señalar como el artículo 4.2 de la Directiva 2005/56/CE en su redacción originaria también hacía referencia explícita a las disposiciones y trámites previstos en la legislación nacional a la que estuviesen sujetas las sociedades participantes en la operación de fusión transfronteriza en relación con la protección de sus acreedores, obligacionistas y tenedores de títulos o acciones. Incluso se preveía la posibilidad de que los Estados miembros pudieran adoptar, respecto de las sociedades participantes en una fusión transfronteriza constituidas con arreglo a su ordenamiento jurídico, “disposiciones encaminadas a garantizar una protección adecuada a los socios minoritarios que se hayan pronunciado en contra de la fusión transfronteriza”. En este sentido, nótese como, en relación con el citado precepto, el TJUE ya tuvo ocasión de declarar en su sentencia de 7 de abril de 2016, asunto C-483/14, *KA Finanz AG v. Sparkassen Versicherung AG Vienna Insurance Group*, aps.60-61 que “por lo que respecta a la protección de los acreedores en una fusión transfronteriza (...) resulta que una sociedad que participe en una fusión transfronteriza sigue estando sometida, en cuanto a la protección de sus acreedores, a las disposiciones y a los trámites de la legislación nacional que sería aplicable en una fusión nacional. De ello resulta que las disposiciones que regulan la protección de los acreedores de la sociedad absorbida, en un caso como el controvertido en el litigio principal, son las de la legislación nacional que se aplicaban a esa sociedad” (un buen análisis del contenido de esta sentencia puede encontrarse en ARENAS GARCÍA, R., “Fusiones internacionales, libertad de establecimiento y derechos de los acreedores. Cuestiones abiertas por la STJ (Sala Tercera) de 7 de abril de 2016 (as. C-483/14, *KA Finanz AG* y *Sparkassen Versicherung AG Vienna Insurance Group*), *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol.9, nº2, 2017, pp.570-592). Sobre la problemática que planteaban las operaciones de fusión transfronteriza para los acreedores de las sociedades participantes en las mismas vid., entre otros, SZYDLO, M., “Prevention of Forum Shopping in European Insolvency Law”, *European Business Organization Law Review*, vol.11, nº2, 2010, pp.253-272; o RAAIJMAKERS, G., OLTHOFF, T., “Creditor protection in cross-border mergers; unfinished business”, *Utrecht Law Review*, vol.4, nº1, 2008, p.34. De hecho, lo cierto es que la práctica totalidad de los Estados miembros de la UE y del EEE (excepto Islandia), han hecho uso de la facultad prevista originariamente en el artículo 4 de la Directiva 2005/56/CE, implementando medidas específicas de protección de los acreedores en el marco de operaciones de fusión transfronteriza. Por lo que respecta a la protección de los derechos de los accionistas minoritarios que se han pronunciado en contra de la operación, la mayoría de Estados miembros también ha adoptado medidas de protección específica, si bien pueden encontrarse países como Bélgica, Hungría, Lituania, Luxemburgo, Noruega o Suecia que no lo han hecho (vid. BECH-BRUUN, LEXIDALE, *op.cit.*, p.117-118).

⁴¹⁸ No obstante, algunos autores como SÁNCHEZ CALERO, F.J., *op.cit.*, pp.63-64, entendían que la solución a la problemática que planteaban las fusiones intraeuropeas tenía que venir de la mano de un Reglamento (cuyas disposiciones serían directamente aplicables) y no de una Directiva, al objeto de evitar posibles problemas derivados de una transposición desigual o poco uniforme de esta última por parte de los diferentes Estados miembros.

miembros la regulación de determinadas cuestiones vinculadas al desarrollo del proceso de fusión⁴¹⁹.

Por lo que respecta al ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 2005/56/CE, cabría señalar como éste queda circunscrito a las fusiones de sociedades de capital constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y que tengan su domicilio social, su centro de administración efectiva o su establecimiento principal dentro de la Unión Europea, si al menos dos de ellas están sujetas a la legislación de Estados miembros diferentes⁴²⁰. De este modo, se aprecia una importante diferencia con respecto a las Directivas 78/855/CEE y 82/891/CEE (que sólo resultaban de aplicación a las sociedades anónimas), y al Reglamento (CE) nº 2157/2001 (que sólo permite a las sociedades anónimas nacionales la creación de una Sociedad Europea por fusión), en la medida en que el término “sociedades de capital” empleado por la Directiva 2005/56/CE engloba, con carácter general, tanto a la “trilogía societaria” tradicional (sociedad anónima, sociedad comanditaria por acciones y sociedad limitada)⁴²¹, como a “cualquier otra sociedad con capital social que goce de personalidad jurídica, que posea un patrimonio separado que responda por sí solo de las deudas de la sociedad y sujeta por su legislación nacional a condiciones de garantías tales como las previstas por la Directiva 68/151/CEE [derogada por la Directiva 2009/101/CE y actualmente codificada por la Directiva 2017/1132/UE] para proteger los intereses de socios y terceros”⁴²². Por tanto, y la vista de la definición del ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva, parece claro que las Sociedades Europeas también pueden beneficiarse de la misma⁴²³. De hecho, la práctica totalidad de los Estados miembros de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo (a excepción de Eslovenia, Islandia y Lituania) han reconocido esta posibilidad a la hora de transponer la “Décima Directiva” a sus ordenamientos internos⁴²⁴.

En definitiva, podría decirse que aquellas operaciones de fusión transfronteriza en las que participen formas societarias cubiertas por el ámbito de aplicación de la Directiva 2005/56/CE no podrán realizarse al margen de las normas contenidas en las disposiciones nacionales de implementación de su contenido en los diferentes Estados

⁴¹⁹ En este sentido, *vid.* PAPADOPOULOS, T., “The Magnitude of...”, *op.cit.*, pp.533-534.

⁴²⁰ *Vid.* artículo 1 de la Directiva 2005/56/CE (actual artículo 118 de la Directiva 2017/1132/UE).

⁴²¹ *Vid.* anexo II de la Directiva 2017/1132/UE.

⁴²² *Vid.* artículo 2.1, apartado b) de la Directiva 2005/56/CE (actual artículo 119.1, apartado b) de la Directiva 2017/1132/UE). En este sentido, y ante la falta de claridad del precepto, se ha apuntado que su objetivo posiblemente fuese dar cobertura a las formas societarias que limiten la responsabilidad de sus socios (exceptuando las sociedades de garantía recíproca) y que, con arreglo a la legislación nacional conforme a la cual han sido constituidas, satisfagan los requisitos impuestos por la Directiva 2009/101/CE en materia de registro, contabilidad, publicidad, capacidad, nulidad y representación (*vid.* PAPADOPOULOS, T., “The Magnitude of...”, *op.cit.*, p.530). Otros autores, hacen hincapié en el hecho de que este apartado estaba pensado para extender el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 2005/56/CE a formas societarias que, no estando explícitamente incluidas en la Directiva 2009/101/CE, quedasen sujetas a los mismos requisitos, lo que resulta especialmente relevante en relación con nuevas figuras societarias creadas por los Estados miembros (*vid.* VERMEYLEN, J., *op.cit.*, p.7).

⁴²³ Así lo entienden, entre otros, HANSEN, L., *op.cit.*, p.186 y VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.70.

⁴²⁴ En este sentido, *vid.* BECH-BRUUN, LEXIDALE, *op.cit.*, p.100.

miembros. Asimismo, y debido al denominado efecto bloqueo (“*Sperrwirkung*” o “*stand still*”) del Derecho de la Unión Europea, cabría señalar como los Estados miembros no podrán adoptar normas en materia de fusiones transfronterizas de sociedades que caigan bajo el ámbito de aplicación de la Directiva salvo que éstas resulten compatibles con la misma⁴²⁵. No obstante, lo cierto es que algunos Estados miembros entre los que se incluyen Bélgica, Dinamarca, Eslovaquia, Italia, Luxemburgo, o República Checa han ido más allá de lo exigido por la propia Directiva ampliando su ámbito de aplicación subjetivo no sólo a los “*limited partnerships*” sino también a los “*general partnerships*”, aun cuando estos no limitan la responsabilidad de sus partícipes⁴²⁶.

Por otra parte, debemos tener presente que, bajo la redacción actual de la Directiva 2017/1132/UE, quedarían directamente excluidas del ámbito de aplicación de las disposiciones contenidas originariamente en la Directiva 2005/56/CE las sociedades de inversión colectiva que cumplan una serie de condiciones⁴²⁷, las sociedades en liquidación que hayan comenzado el reparto de sus activos entre sus socios, así como las sociedades cubiertas por el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/59/UE y con respecto a las cuales se estén utilizando por parte de las autoridades competentes los instrumentos, competencias y mecanismos de resolución establecidos en su título IV⁴²⁸, dejándose en manos de los Estados miembros la posibilidad de no aplicar las disposiciones contenidas originariamente en la “Décima Directiva” a las sociedades cooperativas (aunque éstas revistieran la forma de sociedad de capital)⁴²⁹, a las sociedades que sean objeto de procedimientos de insolvencia o marcos de

⁴²⁵ En este sentido, *vid.* BRASSEUR, M., VERMEYLEN, J., *op.cit.*, p.72.

⁴²⁶ Sobre esta cuestión, *vid.* BECH-BRUUN, LEXIDALE, *op.cit.*, pp.99 y 100. A este respecto, cabría apuntar como, a grandes rasgos y desde la óptica del Derecho societario, la diferencia esencial entre los “*general partnerships*”, los “*limited partnerships*” y los “*limited liability partnerships*” reside en que: i) en los primeros, no existe limitación alguna de la responsabilidad patrimonial de los partícipes; ii) en los segundos, tan sólo el partícipe principal (*general partner*) que se encarga de la gestión del *partnership* tiene una responsabilidad patrimonial personal ilimitada, frente a la responsabilidad limitada del resto de partícipes (*passive limited partners*); y iii) en los terceros, todos los partícipes ven limitada su responsabilidad patrimonial a la contribución efectuada al *partnership*.

⁴²⁷ *Vid.* artículo 120.3 de la Directiva 2017/1132/UE. A este respecto, cabría apuntar como las operaciones de fusión transfronteriza de determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM) se encuentran regulados a nivel Europeo por los artículos 37 a 48 de la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (DOUE n° L 302, de 17 de noviembre de 2009, p.32), complementada por los artículos 3 y 4 de la Directiva 2010/42/UE de la Comisión de 1 de julio de 2010, por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que atañe a determinadas disposiciones relativas a las fusiones de fondos, las estructuras de tipo principal-subordinado y el procedimiento de notificación (DOUE n° L 176, de 10 de julio de 2010, p.28). De hecho, a excepción de Hungría, Irlanda, y Países Bajos, la práctica totalidad de los Estados miembros ha optado por excluir a estas sociedades de inversión del ámbito de aplicación de la legislación nacional que transpuso a nivel doméstico la Directiva 2005/56/CE (*vid.* BECH-BRUUN, LEXIDALE, *op.cit.*, p.101).

⁴²⁸ *Vid.* artículo 120.4 de la Directiva 2017/1132/UE.

⁴²⁹ *Vid.* artículo 120.2 de la Directiva 2017/1132/UE. Nótese, sin embargo, que estas formas societarias siempre podrían acudir al Reglamento (CE) n° 1435/2003 para llevar a cabo la operación de fusión y dar lugar a una Sociedad Cooperativa Europea.

reestructuración preventiva, a las sociedades que sean objeto de un procedimiento de liquidación sin que hubiera comenzado el reparto de activos entre sus socios, o a las sociedades que sean objeto de las “medidas de prevención de crisis” definidas en el apartado 101 del artículo 2.1 de la Directiva 2014/59/UE⁴³⁰.

A título de ejemplo, podría traerse a colación, por una parte, el caso de España, donde la Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, haciendo uso de la posibilidad contenida en el antiguo artículo 3.2 de la Directiva 2005/56/CE, ha excluido a las sociedades cooperativas del ámbito de aplicación de sus disposiciones en materia de fusiones intracomunitarias⁴³¹ y, por otra parte, el caso de Francia, que no ha ejercitado esta opción, de forma tal que aquellas cooperativas constituidas bajo una forma societaria cubierta por el ámbito de aplicación de la Directiva 2005/56/CE pueden participar en las operaciones de fusión transfronteriza reguladas en los artículos L.236-25 a L.236-32 del Código de Comercio⁴³². Ciertamente, por lo que respecta a la inclusión de las cooperativas en el ámbito de aplicación subjetivo de la “Décima Directiva”, podría afirmarse que los Estados miembros se encuentran divididos entre partidarios (p.ej. Bélgica, Chipre, Dinamarca, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Luxemburgo, Eslovaquia, República Checa, o Suecia) y detractores (p.ej. Alemania, Austria, Bulgaria, Eslovenia, España, Estonia, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, y Rumanía), prevaleciendo ligeramente la opción de aquéllos que han optado por hacer uso de la facultad prevista originariamente en el artículo 3.2 de la citada norma europea (actual artículo 120.2 de la Directiva 2017/1132/UE)⁴³³.

Sin embargo, no debemos perder de vista que una interpretación conjunta de las sentencias *SEVIC* y *Cartesio*, nos llevaría a concluir que los Estados miembros no pueden impedir la participación en operaciones de fusión transfronteriza ni a las cooperativas ni a cualquier otra entidad jurídica que cumpla los requisitos del artículo 54 del TFUE cuando éstas tengan reconocido el derecho a llevar a cabo operaciones similares de naturaleza interna⁴³⁴ ya que, de lo contrario, nos encontraríamos ante una restricción a su libertad de establecimiento que sólo resultaría admisible en caso de

⁴³⁰ Vid. artículo 120.5 de la Directiva 2017/1132/UE.

⁴³¹ Vid. artículo 56.1 de la LME.

⁴³² Sobre esta cuestión, vid. DESACHÉ, J.M., “France”, en VAN GERVEN, D. (ed.), *Cross-border Mergers in Europe*, vol.II, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p.16.

⁴³³ Una situación similar acontece en el ámbito de la Sociedad Cooperativa Europea, cuya participación en operaciones de fusión transfronteriza cubiertas por la normativa doméstica que implementó la Directiva 2005/56/CE en el plano interno es admitida por Bélgica, Eslovaquia, Finlandia, Hungría, Italia, Letonia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, República Checa, Rumanía, o Suecia; y rechazada por Estados miembros como Alemania, Bulgaria, Eslovenia, Francia, Islandia, Lituania, Noruega, o Polonia (vid. BECH-BRUUN, LEXIDALE, *op.cit.*, pp.100-101).

⁴³⁴ A este respecto, es cierto que las protagonistas del asunto *SEVIC* eran sociedades anónimas constituidas de acuerdo con los Derechos alemán y luxemburgués, pero no lo es menos que el propio TJUE dejó muy claro que las fusiones transfronterizas constituyen “modalidades particulares del ejercicio de la libertad de establecimiento, importantes para el buen funcionamiento del mercado interior, y entran, por tanto, dentro del ámbito de las actividades económicas para las que los Estados miembros están obligados a respetar la libertad de establecimiento prevista en el artículo 43 CE [artículo 49 del TFUE]” (vid. STJUE de 13 de diciembre de 2005, asunto C-411/03, *SEVIC Systems AG*, ap.19).

perseguir un objetivo legítimo compatible con el Tratado, estar justificada por razones imperiosas de interés general, resultar adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue, y no ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. De hecho, y habida cuenta de esta suerte de escenario dual surgido de la interacción entre la “Décima Directiva” y la jurisprudencia del TJUE algún autor ha llamado la atención acerca de la problemática que podría plantearse si una forma societaria excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 2005/56/CE, que cumpliera los requisitos del artículo 54 del TFUE y tuviera derecho a fusionarse a nivel doméstico, invocara la libertad de establecimiento para participar en una fusión transfronteriza⁴³⁵. Estas consideraciones resultan igualmente aplicables a las sociedades del Espacio Económico Europeo (aquellas constituidas de acuerdo con la legislación de un Estado miembro del EEE y con su sede social, administración central, o centro de actividad principal dentro del territorio del EEE) que no queden cubiertas por el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 2005/56/CE (cuya aplicación se extiende al EEE). Ahora bien, en el supuesto de que en una fusión transfronteriza participen sociedades que encajan en el ámbito de aplicación de la Directiva y otras que no, la operación no podrá acogerse a las disposiciones contempladas en la citada norma comunitaria sino que deberá realizarse directamente sobre la base de la libertad de establecimiento prevista en el Tratado y, en su caso, de las normas específicas en la materia que hayan adoptado los Estados miembros implicados⁴³⁶.

En cualquier caso, y con los matices apuntados, lo cierto es que la ampliación del ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 2005/56/CE con respecto a las Directivas Tercera y Sexta en materia de Derecho societario europeo, y que no había sido concebida en sus orígenes⁴³⁷, resulta especialmente relevante pues se orienta fundamentalmente a que las PYMEs, constituidas normalmente bajo la forma sociedad limitada y de una importancia cardinal en el tejido empresarial de la Unión Europea como factor de desarrollo económico y creación de valor, pero también como elemento generador de empleo, puedan beneficiarse de la supresión de obstáculos legislativos en

⁴³⁵ En este sentido, *vid.* PAPADOPOULOS, T., “The Magnitude of...”, *op.cit.*, pp.530-531. De hecho, y con el fin de evitar este tipo de situaciones se ha llamado la atención acerca de la conveniencia de extender el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 2005/56/CE a todas las entidades cubiertas por el artículo 54 del TFUE (*vid.* SCHMIDT, J., “Cross-border mergers and divisions, transfers of seat: Is there a need to legislate?”, *Study for the JURI Committee*, Brussels, 2016, p.17, el documento resulta accesible a través del enlace [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556960/IPOL_STU\(2016\)556960_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556960/IPOL_STU(2016)556960_EN.pdf)).

⁴³⁶ Sobre esta cuestión, *vid.* BRASSEUR, M., VERMEYLEN, J., *op.cit.*, pp.72-73.

⁴³⁷ En este sentido, el artículo 1 de la Propuesta de Directiva sobre fusiones transfronterizas de 1985, antes citada, limitaba su ámbito de aplicación subjetivo a las sociedades anónimas, lo cual no debe resultarnos extraño al situarse en la línea de las Directivas 78/855/CEE y 82/891/CEE en materia de fusiones y escisiones de naturaleza interna respectivamente. A su vez, este precepto no hacía sino recoger lo establecido en el artículo 2 del Proyecto de Convenio sobre fusiones internacionales de 1973 donde, los expertos que participaron en su redacción, entendieron que resultaba más conveniente circunscribir, en un primer momento, su ámbito de aplicación subjetivo a las sociedades anónimas de los diferentes Estados miembros (habida cuenta de que eran las que presentaban un mayor nivel de actividad transfronteriza) para, posteriormente y a la luz de los resultados obtenidos, extender su aplicación a las sociedades comanditarias por acciones y a las sociedades de responsabilidad limitada (sobre esta cuestión, *vid.* GOLDMAN, B., “Rapport concernant le...”, *op.cit.*, p.478).

materia de fusiones transfronterizas⁴³⁸, de forma tal que, a través del desarrollo de procesos de concentración empresarial, puedan impulsar la internalización de su actividad, obtener recursos productivos y financieros en los mercados con mayor facilidad, y mejorar su competitividad⁴³⁹.

Asimismo, puede observarse una cierta flexibilización con respecto al Reglamento (CE) n° 2157/2001, donde se exige, con carácter general, para la constitución de una Sociedad Europea a través de una fusión transfronteriza que las sociedades participantes en la operación tengan su domicilio social así como su administración central en el territorio de la Unión Europea, sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros de disponer que incluso las sociedades que no tengan su administración central en la Unión Europea también puedan participar en la constitución de una Sociedad Europea por fusión, siempre que estuviesen constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, tuviesen su domicilio social en ese mismo Estado miembro y presentasen una vinculación efectiva y continua con la economía de un Estado miembro⁴⁴⁰. Tal y como hemos apuntado, la Directiva 2005/56/CE, por una parte, no exige el cumplimiento de estos requisitos de forma acumulativa, siendo suficiente que las sociedades involucradas en la fusión tengan o bien su domicilio social, o bien su centro de administración efectiva en un Estado miembro (siempre, claro está, que hubiesen sido constituidas de acuerdo con el Derecho nacional de un Estado miembro)⁴⁴¹, lo que supone abrir la puerta a que “sociedades buzón” (“*letter-box companies*”) con sede social en un Estado miembro pero cuya sede real y actividad económica se localice en un Estado no miembro puedan beneficiarse de las disposiciones de la Directiva⁴⁴²; y, por otra parte, incorpora la posibilidad (no prevista en el Reglamento (CE) n° 2157/2001) de que incluso aquellas sociedades de

⁴³⁸ A este respecto, cabría señalar como incluso aquellos autores que tras la aprobación del Reglamento (CE) n° 2157/2001 afirmaban que posiblemente ya no fuese tan importante que la Unión Europea adoptase una norma de armonización societaria en el ámbito de las fusiones transfronterizas (algo que la práctica jurídico-empresarial se encargó de desmentir debido a los problemas asociados al Estatuto de la Sociedad Europea), reconocían la utilidad de la futura Directiva 2005/56/CE en relación con las PYMEs que querían operar en varios Estados miembros (*vid. BELL, S., op.cit.*, p.123).

⁴³⁹ De hecho, algunos estudios muestran como desde la entrada en vigor de la Directiva 2005/56/CE hasta comienzos del año 2013, de las 1281 operaciones de fusión transfronteriza identificadas, más de un 66% contaron con la participación de sociedades de responsabilidad limitada, ya fuese en el papel de sociedad beneficiaria o como sociedad transmitente (en este sentido, *vid. BECH-BRUUN, LEXIDALE, op.cit.*, pp.977-978).

⁴⁴⁰ *Vid.* artículo 2, apartados 1 y 5 del Reglamento (CE) n° 2157/2001.

⁴⁴¹ En este sentido, algunos estudios han apuntado que la Directiva también debería resultar de aplicación a aquellas sociedades que, no habiendo sido constituidas originariamente de acuerdo con el Derecho nacional de un Estado miembro, posteriormente se han reconvertido en una forma societaria propia de un Estado miembro y, por ende, sujeta a su ordenamiento interno (*vid. BECH-BRUUN, LEXIDALE, op.cit.*, p.29).

⁴⁴² En este sentido, *vid. PAPADOPOULOS, T., “Legal Perspectives on the Scope of the Tenth Company Law Directive on Cross-Border Mergers”, European Current Law*, n°10, 2008, p.2. Ahora bien, es importante tener presente que tras la reforma operada en la Directiva 2017/1132/UE por parte de la Directiva 2019/2121/UE, las autoridades nacionales competentes para controlar la legalidad de la fusión transfronteriza podrán no emitir el certificado previo a la fusión en aquellos supuestos en los que la operación en cuestión se realice con fines abusivos o fraudulentos que tengan por efecto u objeto sustraerse al Derecho de la UE o nacional o eludirlo, o con fines delictivos (*vid.* artículo 127.8 de la Directiva 2017/1132/UE).

capital constituidas de acuerdo con la legislación de un Estado miembro cuyo domicilio social y centro de administración efectiva no se encuentren situados en el territorio de la Unión Europea, puedan participar en una operación de fusión cubierta por el ámbito de aplicación de la Directiva, si al menos tienen su establecimiento principal en un Estado miembro.

A este respecto, no puede dejar de señalarse como la versión en español de la Directiva 2005/56/CE, a la hora de delimitar su ámbito de aplicación, emplea el término “centro de efectiva administración” frente a la versión en español del Reglamento (CE) nº 2157/2001 que opta por el término “administración central”, lo que podría generar una cierta confusión acerca de si trata de conceptos equivalentes o que presentan un significado diferenciado, con las implicaciones que ello conllevaría. Ciertamente, las versiones en lengua inglesa de la Directiva y del Reglamento, contribuyen a este debate empleando respectivamente los términos “*central administration*” y “*head office*”. No obstante, en nuestra opinión, si partimos de la idea de que las citadas normas europeas presentan una finalidad coincidente por lo que respecta a las fusiones entre sociedades de diferentes Estados miembros (a saber, su posibilidad y facilitación), parece lógico que ambos conceptos deban ser entendidos con un significado equivalente, más aun cuando no se aporta una definición de los mismos. A esta conclusión contribuye el hecho de que las versiones en francés, alemán, italiano y portugués de la Directiva y del Reglamento opten por emplear el mismo término (“*administration centrale*”, “*ihre Hauptverwaltung*”, “*amministrazione centrale*”, o “*administração central*”) para delimitar su ámbito de aplicación.

Por otra parte, y por lo que respecta a su ámbito de aplicación objetivo, cabría apuntar como, originariamente y en línea con lo establecido en la Directiva 78/855/CEE, la Directiva 2005/56/CE se proyectaba principalmente sobre tres operaciones, a saber: fusión por absorción⁴⁴³, fusión por constitución⁴⁴⁴, y la conocida como “fusión impropia”⁴⁴⁵. Sin embargo, la reforma operada por la Directiva 2019/2121/UE en la Directiva 2017/1132/UE introdujo una nueva modalidad de fusión

⁴⁴³ Vid. artículo 2.2, apartado a) de la Directiva 2005/56/CE (actual artículo 119.2, apartado a) de la Directiva 2017/1132/UE) donde esta modalidad de fusión se define como la operación en virtud de la cual “una o varias sociedades transfieren a otra sociedad ya existente —la sociedad absorbente—, 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 o participaciones representativos del capital social de la otra sociedad y, en su caso, de una compensación en efectivo que no supere el 10 % del valor nominal o, a falta de valor nominal, del valor contable de dichos títulos o participaciones”.

⁴⁴⁴ Vid. artículo 2.2, apartado b) de la Directiva 2005/56/CE (actual artículo 119.2, apartado b) de la Directiva 2017/1132/UE) donde esta modalidad de fusión se define como la operación en virtud de 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 nueva sociedad— la totalidad de su patrimonio, activo y pasivo, mediante la atribución a sus socios de títulos o participaciones representativos del capital social de esta nueva sociedad y, en su caso, de una compensación en efectivo que no supere el 10 % del valor nominal o, a falta de valor nominal, del valor contable de dichos títulos o participaciones”.

⁴⁴⁵ Vid. artículo 2.2, apartado c) de la Directiva 2005/56/CE (actual artículo 119.2, apartado c) de la Directiva 2017/1132/UE) donde esta modalidad de fusión se define como la operación en virtud de 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 o participaciones representativos de su capital social”.

transfronteriza a la que serán de aplicación las disposiciones contenidas actualmente en el Capítulo II del Título II de la citada norma y que se define como la operación en virtud de la cual “una o varias sociedades, en el momento de su disolución sin liquidación, transmiten a otra sociedad ya existente, la sociedad absorbente, la totalidad de su patrimonio, activo y pasivo, sin que la sociedad absorbente emita nuevas acciones o participaciones, a condición de que una sola persona sea titular de manera directa o indirecta de todas las acciones o participaciones de las sociedades que se fusionen, o de que los socios sean titulares de sus valores y participaciones en la misma proporción en todas las sociedades que se fusionan”⁴⁴⁶.

A este conjunto de operaciones, habría que añadir aquellas fusiones transfronterizas por absorción o constitución en las que la legislación de al menos uno de los Estados miembros afectados permita que la compensación en efectivo supere el 10% del valor nominal o, en su caso, contable de los títulos o participaciones que representen el capital de la sociedad resultante de la operación⁴⁴⁷. Ciertamente, nos encontramos ante una operación ya recogida en el antiguo artículo 30 de la Directiva 78/855/CEE (actual artículo 116 de la Directiva 2017/1132/UE), cuya inclusión en el ámbito de la “Décima Directiva” permite una mejor adaptación a las condiciones cambiantes de los mercados de capitales y aporta un notable grado de flexibilidad a las sociedades participantes en la operación⁴⁴⁸. De hecho, algunos Estados miembros como Alemania, Finlandia, Irlanda, o Luxemburgo no han introducido el límite del 10% en su normativa interna de transposición de la “Décima Directiva”, mientras que en Suecia, tan sólo se exige que más del 50% de la contraprestación entregada por la sociedad beneficiaria a los socios de la sociedad o sociedades transmitentes esté constituida por acciones en su capital social⁴⁴⁹. A este respecto, cabría señalar como, en la práctica, la realización efectiva de operaciones de esta naturaleza dependerá en buena medida de que los Estados miembros hayan extendido de forma unilateral el régimen previsto por la Directiva 2009/133/CE con el fin de dar cobertura a las mismas.

⁴⁴⁶ Vid. artículo 119.2, apartado d) de la Directiva 2017/1132/UE. A este respecto, nótese como a la hora de implementar a nivel doméstico las disposiciones originariamente contenidas en la Directiva 2005/56/CE, las legislaciones societarias de algunos Estados miembros como España ya permitían extender su ámbito de aplicación a las denominadas “fusiones entre sociedades gemelas” (vid. artículo 52 de la LME).

⁴⁴⁷ Vid. artículo 3.1 de la Directiva 2005/56/CE (actual artículo 120.1 de la Directiva 2017/1132/UE).

⁴⁴⁸ En este sentido, vid. PAPADOPOULOS, T., “The Magnitude of...”, *op.cit.*, p.540. A este respecto se ha apuntado que si la legislación de uno de los Estados miembros involucrados en la operación lo permite, la compensación en efectivo podría alcanzar el 100% de la contraprestación (vid. VERMEYLEN, J., *op.cit.*, p.6). Sin embargo, a nuestro juicio, los apartados a) y b) del actual artículo 119.2 de la Directiva 2017/1132/UE, a la hora de definir las modalidades de fusión por absorción y constitución cubiertas por el ámbito de aplicación de la Directiva establecen de forma clara la necesidad de que exista una atribución a los socios de la sociedad transmitente de títulos o participaciones representativos del capital social de la sociedad beneficiaria. Asimismo, el artículo 131 de la citada Directiva dispone que, salvo que los socios de la sociedad o sociedades transmitentes ejerciten su derecho de separación conforme a lo establecido en el artículo 126 *bis*, uno de los efectos jurídicos asociados a las citadas operaciones reside en que los socios de la sociedad o sociedades transmitentes se convertirán en socios de la sociedad beneficiaria. Por tanto, entendemos que el porcentaje que podrá representar la compensación en efectivo en la operación nunca debería alcanzar la cifra del 100% (aunque podrá aproximarse mucho a ella).

⁴⁴⁹ Sobre esta cuestión, vid. BECH-BRUUN, LEXIDALE, *op.cit.*, pp.110 y 140-141.

Sin embargo, ninguna referencia encontramos en la Directiva 2005/56/CE acerca de la posibilidad de dar cobijo bajo su ámbito de aplicación a las operaciones asimiladas a la fusión contempladas en las legislaciones de los Estados miembros en las que no se produce la extinción de todas las sociedades transmitentes, opción prevista explícitamente en el artículo 31 de la Directiva 78/855/CEE (actual artículo 117 de la Directiva 2017/1132/UE). De este modo, y habida cuenta de que uno de los efectos comunes para las diferentes modalidades de fusión previstas por la Directiva 2005/56/CE consiste en que las sociedades transmitentes “dejarán de existir”⁴⁵⁰, quedarían excluidas de su ámbito de aplicación las aportaciones globales de activo y pasivo transfronterizas en las que la sociedad transmitente continúa existiendo como sociedad *holding* tras la aportación de todo su patrimonio a la sociedad beneficiaria, lo cual a nuestro juicio resulta criticable, al menos cuando la definición de esta operación por parte la legislación societaria del Estado miembro en cuestión se ajuste a la establecida por la Directiva 2009/133/CE en su artículo 2, apartado d).

Por lo que respecta a la configuración actual del marco jurídico aplicable a las operaciones de fusión transfronteriza, y aun sin ánimo de profundizar en esta cuestión (la cual excedería del objeto de estudio de nuestro trabajo), cabría apuntar la exigencia, con carácter general, de los siguientes requisitos: 1) la elaboración de un proyecto común de fusión transfronteriza⁴⁵¹ que deberá ser sometido una serie de requisitos de

⁴⁵⁰ Vid. artículo 14 de la Directiva 2005/56/CE (actual artículo 131 de la Directiva 2017/1132/UE).

⁴⁵¹ Vid. artículo 122 de la Directiva 2017/1132/UE. Nótese como su contenido mínimo resulta más exigente que el establecido por la “Tercera Directiva” para el supuesto de fusiones internas y que el fijado por el Reglamento (CE) n° 2157/2001 para la constitución por fusión de una Sociedad Europea, lo que resulta en todo punto lógico habida cuenta de los mayores riesgos para trabajadores, accionistas y terceros que implica una operación de este tipo cuando se introduce el componente transfronterizo. Asimismo, conviene apuntar la existencia de una marcada tendencia global en los diferentes Estados miembros a ampliar la información que debe figurar necesariamente en el proyecto de fusión transfronteriza, cuestión que ha suscitado críticas por parte de un sector de la doctrina que entendía que el Considerando n°4 de la Directiva 2005/56/CE (actual Considerando n°57 de la Directiva 2017/1132/UE) vendría a excluir esta posibilidad (vid. VERMEYLEN, J., *op.cit.*, p.14). Así, y a título de ejemplo, cabría señalar como, las respectivas normas domésticas de implementación de la Directiva 2005/56/CE exigen que en el proyecto de fusión transfronteriza se haga referencia a aspectos tales como el eventual “impacto de género” en los órganos de administración y la incidencia, en su caso, de la fusión en la responsabilidad social de la empresa (España), la fecha de efectividad de la operación o los criterios para determinarla (Italia), o la participación que una de las sociedades participantes en la operación ostenta en el capital del resto de sociedades participantes en la misma (Portugal). Ciertamente, esto no hace sino elevar el nivel de complejidad existente a la hora de llevar a cabo una fusión transfronteriza, ya que no debemos olvidar que, siendo común el proyecto de fusión a todas las sociedades participantes en la operación, los requisitos adicionales de información impuestos por los ordenamientos internos de los Estados miembros involucrados se aplicarán de forma “acumulativa”; de ahí que ya en su momento se hubiese apuntado la necesidad de revisar el contenido del antiguo artículo 5 de la Directiva 2005/56/CE con el objetivo de elevar, en caso necesario, la información mínima que debe figurar en el proyecto de fusión transfronteriza, pero introduciendo una cláusula que impediría a los Estados miembros exigir que el citado proyecto contuviese información acerca de elementos no previstos en la Directiva (en este sentido, vid. BECH-BRUUN, LEXIDALE, *op.cit.*, pp.112-113). Sin embargo, lo cierto es que, si bien la reforma operada por la Directiva 2019/2121/UE en el actual artículo 122 de la Directiva 2017/1132/UE introdujo algún elemento adicional en el contenido mínimo que debe de tener el proyecto común de fusión transfronteriza, no se ha excluido la posibilidad de que los Estados miembros puedan exigir información acerca de elementos no previstos en el citado precepto.

publicidad⁴⁵²; 2) la elaboración de un informe por parte de los órganos de dirección o administración de cada una de las sociedades que se fusionen dirigido a sus socios y empleados en el que se expliquen los aspectos legales y económicos de la fusión transfronteriza, así como las implicaciones de la operación para ambos colectivos (estableciéndose determinados aspectos sobre los que necesariamente deberá versar el citado informe en función del colectivo de que se trate)⁴⁵³; 3) la elaboración de un informe pericial independiente dirigido exclusivamente a los socios que deberá pronunciarse acerca de si la compensación en efectivo y la relación de canje propuesta en el proyecto de fusión (así como el método o métodos empleados para su determinación) resultan adecuados, describiendo las posibles dificultades especiales de valoración que se hubiesen planteado⁴⁵⁴; o 4) la aprobación del proyecto de fusión transfronteriza por parte de la Junta General de cada una de las sociedades participantes en la operación⁴⁵⁵.

Ahora bien, en relación con estos requisitos, cabría apuntar como la existencia de un régimen simplificado para aquellas fusiones transfronterizas en las que: i) la sociedad absorbente posee todas las acciones y demás títulos con derecho a voto de la sociedad o sociedades absorbidas, o ii) una persona posee de forma directa o indirecta todas las acciones de la sociedad absorbente y de las sociedades absorbidas y la sociedad absorbente no entrega acciones en contrapartida de la aportación patrimonial recibida en virtud de la fusión; de forma tal que, en este tipo de supuestos, se reduce el contenido mínimo obligatorio del proyecto común de fusión, se suprime la necesidad de elaborar el mencionado informe pericial⁴⁵⁶ y, en relación con las sociedad o sociedades

⁴⁵² Vid. artículo 123 de la Directiva 2017/1132/UE.

⁴⁵³ Vid. artículo 124 de la Directiva 2017/1132/UE. Así, y a título de ejemplo, cabría señalar como, por lo que respecta a los socios, el informe deberá referirse necesariamente a aspectos tales como la compensación en efectivo o la relación de canje de los títulos, así como el método empleado para su determinación, mientras que por lo que respecta a los trabajadores, dicho informe tendrá que explicar las consecuencias de la fusión transfronteriza para las relaciones laborales (y, en su caso, las medidas para salvaguardar las mismas), así como cualquier cambio sustancial en las condiciones de empleo o en la ubicación de los lugares donde la sociedad lleva a cabo sus actividades.

⁴⁵⁴ Vid. artículo 125 de la Directiva 2017/1132/UE. Con respecto al examen del proyecto de fusión por parte de peritos independientes y a la elaboración del correspondiente informe pericial, el apartado 4 del citado precepto establece, por una parte, que no se exigirá cuando así lo hubiesen acordado la totalidad de los socios de cada una de las sociedades que intervienen en la fusión transfronteriza y, por otra parte, que los Estados miembros podrán excluir su exigencia cuando se trate de sociedades de socio único.

⁴⁵⁵ Vid. artículo 126 de la Directiva 2017/1132/UE, en cuyo apartado tercero se contempla la posibilidad de que no sea necesaria la aprobación de la fusión transfronteriza por parte de la Junta General de la sociedad absorbente si se cumplen las condiciones previstas por el actual artículo 94 de la Directiva 2017/1132/UE destinadas a proteger los intereses de sus accionistas. Por otra parte, y en relación con la mayoría necesaria para la aprobación de la operación por parte de la Junta General, la Directiva guarda silencio de forma tal que, en virtud de lo establecido en su artículo 121, resultarán de aplicación las legislaciones de los diferentes Estados miembros que, en todo caso, no podrán introducir diferencias entre la mayoría necesaria para la aprobación de fusiones internas y fusiones transfronterizas, en la medida en que esto podría resultar contrario a la libertad de establecimiento prevista en el Tratado. De este modo, y tratándose de sociedades anónimas, habrá que estar a lo dispuesto en su artículo 93 donde se requiere, con carácter general, una mayoría de dos tercios, salvo que la legislación del Estado miembro en cuestión prevea que, en caso de estar representado al menos el 50% del capital suscrito, sea suficiente una mayoría simple de los votos.

⁴⁵⁶ Nótese como este requisito también podrá eximirse en aquellas operaciones de fusión por absorción en las que la sociedad absorbente posea el 90% o más, pero no la totalidad de los títulos o participaciones

absorbidas, se eliminan los requisitos relativos a la elaboración del informe de los órganos de dirección o administración de la sociedad y a la necesidad de aprobación del proyecto de fusión por parte de la Junta General⁴⁵⁷.

Por lo que respecta a la verificación del cumplimiento de los trámites y requisitos anteriormente mencionados, se establece la obligación de llevar a cabo un control de legalidad de la fusión que se estructura en dos fases diferenciadas: en primer lugar, el tribunal, notario o autoridad competente designado por cada uno de los Estados miembros a cuya legislación nacional estén sujetas las sociedades que se fusionan deberá verificar el cumplimiento de las condiciones y/o requisitos previstos por la norma, así como la correcta realización de los trámites y procedimientos previos exigibles en dicho Estado, emitiendo un certificado a tal efecto⁴⁵⁸ que se transmitirá y estará disponible a través del sistema de interconexión de registros⁴⁵⁹; en segundo lugar, y una vez recibido el certificado anteriormente mencionado junto con el proyecto de fusión transfronteriza aprobado por la Junta General de las sociedades participantes en la operación⁴⁶⁰, el tribunal, notario o autoridad competente designado por los Estados miembros, deberá controlar la parte del procedimiento relativa a la realización de la fusión transfronteriza (en especial, la aprobación en los mismos términos del proyecto de fusión transfronteriza por parte de las sociedades participantes, y el respeto a las normas relativas a los derechos de participación de los trabajadores⁴⁶¹) y, cuando proceda, a la constitución de una nueva sociedad resultante de la operación cuando ésta quede sujeta a su legislación nacional⁴⁶².

A este respecto, resulta interesante señalar como, tras la reforma operada por la Directiva 2019/2121/UE en la Directiva 2017/1132/UE, se establece que la autoridad nacional competente no emitirá el certificado previo a la operación antes referido en aquellos supuestos en los que, sobre la base de un análisis de todos los hechos y circunstancias que concurren en el caso concreto llevado a cabo de acuerdo con el

representativos del capital social que confieran derechos de voto en la Junta General de la sociedad o sociedades absorbidas, salvo que se exija por la legislación nacional a la que esté sujeta la sociedad absorbente o la sociedad absorbida (*vid.* artículo 132.2 de la Directiva 2017/1132/UE).

⁴⁵⁷ *Vid.* artículo 132.1 de la Directiva 2017/1132/UE.

⁴⁵⁸ *Vid.* artículo 127 de la Directiva 2017/1132/UE.

⁴⁵⁹ *Vid.* artículo 127 *bis* de la Directiva 2017/1132/UE.

⁴⁶⁰ Nótese como, a diferencia de lo que sucede en relación con el certificado previo a la fusión (que se transmite entre las autoridades nacionales de los diferentes Estados miembros a través del sistema de interconexión de registros), el proyecto común de fusión transfronteriza deberá ser aportado (vía electrónica) por parte de las propias sociedades participantes en la operación.

⁴⁶¹ Por lo que respecta a las normas relativas a la protección de los derechos de participación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión transfronteriza, *vid.* artículo 133 de la Directiva 2017/1132/UE (antiguo artículo 16 de la Directiva 2005/56/CE). Este precepto constituye un ejemplo claro de la importancia que el legislador europeo ha dado a esta cuestión a la hora de regular las operaciones de fusión transfronteriza debido a las tradicionales discrepancias existentes entre los Estados miembros. De hecho, la reciente modificación de la Directiva 2017/1132/UE operada a través de la Directiva 2019/2121/UE ha contribuido a incrementar el nivel de protección de los derechos de participación de los trabajadores en el marco de estas operaciones mediante la armonización de determinados aspectos de naturaleza sustantiva que anteriormente quedaban en manos de las legislaciones de los Estados miembros.

⁴⁶² *Vid.* artículo 128 de la Directiva 2017/1132/UE.

procedimiento establecido por la legislación doméstica del Estado miembro de que se trate, llegue a la conclusión de que la operación en cuestión se realiza con fines abusivos o fraudulentos, que tengan por efecto u objeto sustraerse al Derecho de la UE o nacional o eludirlo, con fines delictivos⁴⁶³. Por tanto, podría decirse que nos encontramos ante una cláusula anti-abuso de naturaleza *ex ante* (presente también en el ámbito de las escisiones⁴⁶⁴ y transformaciones transfronterizas⁴⁶⁵) orientada a impedir que bajo el paraguas de la Directiva 2017/1132/UE puedan llevarse a cabo operaciones abusivas o fraudulentas. No obstante, a nuestro juicio, aspectos tales como la amplitud con la que está formulada (frente al concepto de montaje puramente artificial procedente del ámbito fiscal que se manejaba en la Propuesta de Directiva⁴⁶⁶) o su carácter previo a la realización de la operación, podrían dificultar la valoración acerca del carácter abusivo de la misma por parte de las autoridades nacionales e introducir divergencias a la hora de aplicar esta cláusula por parte de los diferentes Estados miembros (los cuales, podrían encontrar incentivos a la adopción de enfoques “restrictivos” orientados a evitar la salida de sociedades de sus respectivas jurisdicciones)⁴⁶⁷, sin perjuicio de que su interpretación deba realizarse a la luz de la jurisprudencia del TJUE en relación con el principio general de prohibición de abuso del Derecho.

Por otra parte, han surgido voces que apuntan a que la autonomía de los Estados miembros a la hora de designar a la autoridad competente para llevar a cabo las diferentes etapas en las que se articula el control de legalidad de la fusión transfronteriza se traduce en una cierta incertidumbre acerca de cuál será la autoridad competente para llevar a cabo esta labor en los diferentes Estados miembros, lo que llevaría a plantearse la conveniencia de la posible creación de una base de datos donde se recoja información relativa al organismo o autoridad competente en cada uno de los Estados miembros para llevar a cabo el control de legalidad de la fusión transfronteriza⁴⁶⁸.

⁴⁶³ De este modo, y cuando en el contexto del citado análisis resulte necesario recabar información adicional a la aportada por la sociedad a la hora de solitar el certificado previo a la fusión (o a la solicitada en un primer momento a otras autoridades competentes en los diferentes ámbitos afectados por la fusión transfronteriza) o llevar a cabo actividades de investigación adicionales, el plazo máximo de tres meses fijado con carácter general por la Directiva para la emisión del citado certificado podrá prolongarse otros tres meses más, debiendo notificarse a la parte interesada las razones de dicha extensión (*vid.* artículo 127, apartados 8 a 12 de la Directiva 2017/1132/UE).

⁴⁶⁴ *Vid.* artículo 160 *quaterdecies*, apartado 8 de la Directiva 2017/1132/UE.

⁴⁶⁵ *Vid.* artículo 86 *quaterdecies*, apartado 8 de la Directiva 2017/1132/UE.

⁴⁶⁶ En concreto, los artículos 86 *quater*, apartado 3 y 160 *quinquies*, apartado 3 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2017/1132/UE en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas, COM(2018) 241 final, de 25 de abril de 2018, establecen, respectivamente, que la autoridad nacional competente del Estado miembro de la sociedad que se transforma o de la sociedad que se escinde no autorizará aquellas operaciones que constituyan “un artificio encaminado a obtener ventajas fiscales indebidas o a perjudicar injustificadamente los derechos legales o contractuales de los trabajadores, los acreedores o los socios minoritarios”.

⁴⁶⁷ En este sentido, *vid.* ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “La propuesta de la Comisión sobre fusiones, escisiones y transformaciones transfronterizas: un paso adelante y otro atrás”, *Diario La Ley*, nº9223, 21 de Junio de 2018, p.3.

⁴⁶⁸ En este sentido, *vid.* BECH-BRUUN, LEXIDALE, *op.cit.*, pp.82-84, donde se señala que: i) un primer grupo de países, como Bulgaria, España, Estonia, Finlandia, Letonia, Lituania, Malta, Portugal, Rumania o Suecia, dejan en manos de los Registros mercantiles las dos fases del control de legalidad previsto en la

Asimismo, no puede perderse de vista que, si bien la fecha de efectividad de la fusión transfronteriza vendrá determinada por la legislación doméstica del Estado miembro a la que quede sujeta la sociedad resultante de la operación, ésta deberá ser siempre posterior a la fecha de realización del control de legalidad⁴⁶⁹. Ciertamente, la opción adoptada por el legislador europeo de dejar en manos de los Estados miembros la determinación de la fecha a partir de la cual surte efectos la operación resulta consecuente con lo establecido en su momento por la Directiva 78/855/CEE⁴⁷⁰ y, en cierto modo, con la propia naturaleza normativa de la Directiva 2005/56/CE.

Por otra parte, cabría señalar como, con el fin de favorecer la seguridad jurídica en el marco de la realización de operaciones de fusión transfronteriza, la Directiva 2005/56/CE contemplaba una serie de mecanismos que, si bien han sufrido importantes modificaciones a raíz de la reforma operada por la Directiva 2019/2121/UE en la Directiva 2017/1132/UE, en esencia siguen siendo los mismos, a saber: i) la necesidad de publicidad registral de la operación⁴⁷¹, ii) la fijación de sus efectos⁴⁷², o iii) la ausencia de un auténtico régimen de nulidades⁴⁷³. Ahora bien, en relación con esta

Directiva; ii) un segundo grupo de Estados miembros, como Alemania, Austria, Chipre, Eslovenia, Francia, Hungría, Irlanda, o Polonia, opta por encomendar esta tarea a órganos jurisdiccionales; iii) un tercer grupo de Estados miembros que incluye a Bélgica, Eslovaquia, Italia, Lituania, Luxemburgo, Países Bajos y República Checa se inclina por los notarios para realizar esta función; y iv) un cuarto grupo muy minoritario de Estados miembros, como Dinamarca o Grecia, encargan esta labor a otras autoridades administrativas.

⁴⁶⁹ Vid. artículo 12 de la Directiva 2005/56/CE (actual artículo 129 de la Directiva 2017/1132/UE).

⁴⁷⁰ Vid. artículo 17 de la Directiva 78/855/CEE (actual artículo 103 de la Directiva 2017/1132/UE).

⁴⁷¹ Vid. artículo 13 de la Directiva 2005/56/CE (actual artículo 130 de la Directiva 2017/1132/UE). A este respecto, debe tenerse presente que, por una parte, se establece una serie de “información mínima” que necesariamente debería incorporarse a los Registros de los Estados miembros de las sociedades participantes en la operación y, por otra parte, se impone la obligación de que el Registro del Estado miembro en el que se inscriba la sociedad resultante de la fusión transfronteriza notifique al Registro del Estado miembro de cada una de las sociedades que se fusionan (transmitentes), a través del sistema de interconexión de los registros, que se ha realizado la fusión transfronteriza, de forma tal que este último proceda a cancelar inmediatamente la inscripción de la sociedad.

⁴⁷² Vid. artículo 14 de la Directiva 2005/56/CE (actual artículo 131 de la Directiva 2017/1132/UE). De este modo, las modalidades de fusión transfronteriza previstas en los apartados a), b) c) y d) del artículo 119.2 de la Directiva 2017/1132/UE producirán a partir de la fecha de efectividad de la operación los siguientes efectos: i) la transmisión de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad o sociedades transmitentes (incluyendo todos los contratos, créditos, derechos y obligaciones) a la sociedad beneficiaria; ii) la conversión de los socios de la sociedad o sociedades transmitentes en socios de la sociedad beneficiaria (a excepción de aquéllos que hubiesen ejercitado el derecho de separación previsto en el artículo 126 *bis* de la Directiva), salvo en los supuestos en los que la sociedad beneficiaria fuese titular de todas las acciones y demás títulos que confieran derecho a voto en la sociedad o sociedades transmitentes; y iii) la extinción de la sociedad o sociedades transmitentes. Asimismo, también se establece que como resultado de la operación de fusión se transferirán a la sociedad resultante de la fusión los derechos y obligaciones de las sociedades que se fusionen procedentes de contratos de trabajo o de relaciones laborales existentes en la fecha en la que surta efecto la fusión transfronteriza.

⁴⁷³ Vid. artículo 17 de la Directiva 2005/56/CE (actual artículo 134 de la Directiva 2017/1132/UE). En relación con esta cuestión cabría destacar como, a diferencia de lo que sucede en las Directivas 82/891/CEE y 78/855/CEE, la Directiva 2005/56/CE no entra a delimitar los supuestos, trámites y condiciones necesarios para declarar la nulidad de una fusión transfronteriza, sino que se limitó a establecer que, desde la fecha de efectividad de la operación ya no podrá declararse su nulidad. Esta opción resulta consecuente con el establecimiento del control de legalidad obligatorio anteriormente mencionado y coherente con el hecho de que la declaración de nulidad de una fusión transfronteriza podría poner en riesgo los importantes intereses industriales y financieros que suelen conjugarse en estas

cuestión conviene tener presente que la Directiva 2005/56/CE contempla la posibilidad de que las autoridades nacionales de un Estado miembro se opongan a la realización de una fusión transfronteriza si se cumplen los siguientes requisitos: al menos una de las sociedades participantes en la operación está sujeta a su ordenamiento; la legislación doméstica del Estado miembro en cuestión permite esta posibilidad cuando se trata de fusiones internas; y existen motivos de interés público⁴⁷⁴.

De este modo, y en línea con las conclusiones de la sentencia *SEVIC*, se pretende cerrar definitivamente la puerta a la existencia de regímenes nacionales que permiten las fusiones internas, pero se oponen a la realización de estas operaciones cuando presentan una naturaleza transfronteriza, si bien lo cierto es que esta medida, en su configuración actual, podría afectar de forma negativa a la efectividad de la propia Directiva⁴⁷⁵. En este sentido, cabría apuntar que, a la hora de implementar la Directiva 2005/56/CE a nivel interno, tan sólo ocho Estados miembros hicieron uso de esta posibilidad (Bulgaria, España, Estonia, Finlandia, Italia, Malta, Países Bajos y República Checa), concediendo, en la mayoría de los casos, una suerte de “derecho de veto” sobre la fusión transfronteriza a las autoridades sectoriales competentes en función de la actividad desarrollada por las sociedades participantes en la operación⁴⁷⁶. A nuestro juicio, desde la perspectiva de la seguridad jurídica y la protección de los derechos de las partes implicadas en la operación, quizás sería conveniente que la Directiva 2005/56/CE estableciese algún límite adicional al ejercicio de esta facultad por parte de los Estados miembros, como, por ejemplo, la necesidad de que la decisión de las autoridades nacionales competentes estuviese sujeta necesariamente a la posibilidad de recurso por vía judicial.

En definitiva, y a modo de síntesis, podría afirmarse que la “Décima Directiva” contribuyó de forma decisiva a desarrollar la libertad de establecimiento de las sociedades de los diferentes Estados miembros prevista en el Tratado e incrementar el grado de movilidad transfronteriza de las empresas de la Unión Europea y del Espacio

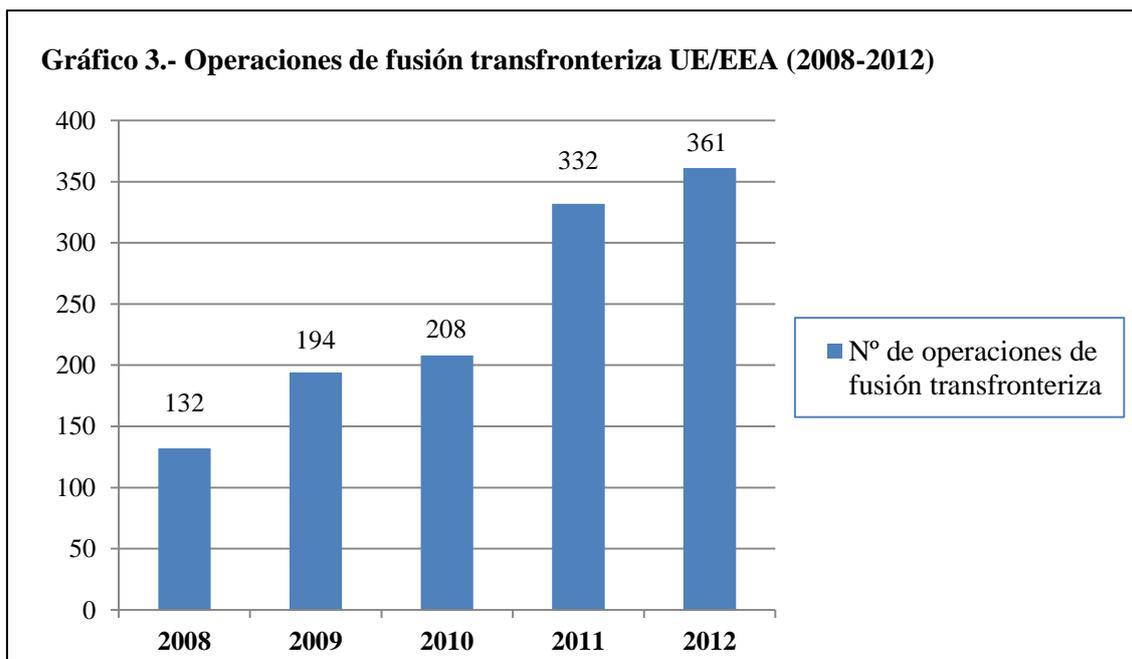
operaciones (en este sentido, *vid.* GOLDMAN, B., “Rapport concernant le...”, *op.cit.*, p.519). Sin embargo, y tras la reforma operada por la Directiva 2019/2121/UE se precisó que la imposibilidad de declarar la nulidad de la fusión transfronteriza con posterioridad a la fecha desde la que ésta surte efectos no afectará a las facultades de los Estados miembros para, en su caso, adoptar las medidas y sanciones previstas en su Derecho nacional (p.ej. en el ámbito penal, tributario o social).

⁴⁷⁴ *Vid.* artículo 4.1, apartado b) de la Directiva 2005/56/CE (actual artículo 121.1, apartado b) de la Directiva 2017/1132/UE). No obstante, tratándose de una operación de concentración empresarial incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento (CE) n° 139/2004, sobre el control de concentraciones entre empresas, esta disposición de la Directiva no resultará aplicable, debiendo atender a lo establecido en el citado Reglamento.

⁴⁷⁵ En este sentido, *vid.* RICKFORD, J., “The Proposed Tenth...”, *op.cit.*, p.1410.

⁴⁷⁶ Por ejemplo, en Estonia o en Finlandia, la autoridad de supervisión financiera puede oponerse, entre otras, a las fusiones entre bancos o entidades de seguros. En Italia, las fusiones entre bancos o intermediarios financieros pueden ser vetadas por el Banco de Italia, mientras que por lo que respecta a las fusiones en industrias estratégicas (p.ej. defensa o transporte) se reconoce un derecho de oposición al Ministerio de Asuntos Económicos. De un modo similar, en la República Checa, las fusiones entre compañías de seguros, bancos, fondos de pensiones, o sociedades de valores deben contar con la autorización del Banco de la República Checa, mientras que las fusiones en el ámbito de las sociedades de radiodifusión deben tener el visto bueno del Consejo de Radio y Televisión (sobre esta cuestión, *vid.* BECH-BRUUN, LEXIDALE, *op.cit.*, pp.122-123).

Económico Europeo, configurándose como un instrumento orientado a la eliminación de obstáculos jurídicos, a la reducción de costes, a la simplificación del procedimiento, así como a garantizar la seguridad jurídica en el ámbito de las operaciones de fusión transfronteriza; todo ello, sin descuidar la protección de los derechos de socios minoritarios, trabajadores, acreedores y terceros interesados. De hecho, entre los años 2008 y 2012 el número de fusiones transfronterizas realizadas en el marco de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo pasó de 132 a 361 operaciones por año, lo que supone un incremento del 173%, tal y como se muestra en el siguiente gráfico.



Fuente: Elaboración propia a partir de BECH-BRUUN, LEXIDALE, *Study on the application of the cross-border mergers Directive for the Directorate General for the Internal Market and Service*, Brussels, 2013, p.6.

A este respecto, no puede dejar de señalarse que la transposición del contenido de la Directiva 2005/56/CE por parte de los Estados miembros, más allá de problemas puntuales de no implementación o implementación incorrecta de algunos preceptos, ha resultado bastante satisfactoria y no ha dado lugar a un número significativo de litigios. Incluso puede observarse que, en determinados ámbitos como los tipos societarios que pueden llevar a cabo fusiones transfronterizas, las operaciones de reorganización empresarial que pueden beneficiarse de sus disposiciones, o el límite que afecta a la posible compensación en efectivo, los Estados miembros han ido más allá del “mínimo” exigido por la norma Europea, ampliando de este modo su ámbito de aplicación⁴⁷⁷.

Por otra parte, cabría destacar como la reciente la reforma operada por la Directiva 2019/2121/UE en el conjunto de disposiciones relativas a las fusiones transfronterizas y actualmente contempladas en los artículos 118 a 134 de la Directiva

⁴⁷⁷ Un análisis muy detallado país por país puede encontrarse en BECH-BRUUN, LEXIDALE, *op.cit.*, pp.92-171.

2017/1132/UE ha contribuido a eliminar alguno de los obstáculos que afectaban al correcto funcionamiento de la Directiva 2005/56/CE⁴⁷⁸ y a perfeccionar el régimen jurídico aplicable a estas operaciones, extendiendo su ámbito de aplicación objetivo, incrementando el nivel de protección de los derechos de los acreedores⁴⁷⁹, trabajadores⁴⁸⁰, y socios que se hubiesen pronunciado en contra de la operación de

⁴⁷⁸ A este respecto, se han clarificado y desarrollado algunos preceptos originarios de la Directiva 2005/56/CE (entre otros, los artículos 6.1, 7, 8.1, 10, 11 o 16.4) cuya aplicación en la práctica había planteado algunos problemas desde la óptica del principio de seguridad jurídica (sobre esta cuestión, *vid.* BECH-BRUUN, LEXIDALE, *op.cit.*, pp.10-14, 29-33, y 52-88). Así, y a título de ejemplo, cabría señalar como, a raíz de la reforma operada por la Directiva 2019/2121/UE se han fijado los plazos para dar publicidad al proyecto de fusión transfronteriza, para poner a disposición de los socios y de los representantes de los trabajadores el informe elaborado por los órganos de dirección o administración, y para poner a disposición de los socios el informe pericial independiente, en aquellos supuestos en los que no resulta necesario que se reúna la Junta General de alguna de las sociedades participantes en la operación al objeto de aprobar el citado proyecto de fusión transfronteriza.

⁴⁷⁹ *Vid.* artículo 126 *ter* de la Directiva 2017/1132/UE. A este respecto, algunos autores como PAPADOPOULOS, T., “The Magnitude of...”, *op.cit.*, p.536, o SEGAIN, H., *op.cit.*, p.41, ya habían llamado la atención acerca de la problemática derivada del importante grado de heterogeneidad existente en relación con las medidas implementadas por los Estados miembros para proteger los intereses de este colectivo, lo que se traducía en un incremento de la complejidad de las operaciones de fusión transfronteriza, una reducción de los niveles de seguridad jurídica y, en definitiva, en un obstáculo a su realización efectiva (sobre esta cuestión, y en relación con los diferentes planteamientos adoptados por los Estados miembros, *vid.* BECH-BRUUN, LEXIDALE, *op.cit.*, pp.10 y 53-60). De hecho, en una consulta pública lanzada por la Comisión Europea en el año 2014, el 70% de los participantes que se mostraron partidarios de la armonización de la protección de los derechos de los acreedores por parte de la Directiva 2005/56/CE, defendían una “armonización total” que limitase al máximo la discrecionalidad de los Estados miembros en esta materia (*vid.* EUROPEAN COMMISSION (DIRECTORATE GENERAL JUSTICE AND CONSUMERS), *Feedback statement. Summary of responses to the public consultation on cross border mergers and divisions*, Brussels, October 2015, pp.5-6), si bien no parece que éste haya sido el planteamiento seguido finalmente por el legislador europeo.

⁴⁸⁰ *Vid.* artículo 126 *quater* de la Directiva 2017/1132/UE, por lo que respecta a los derechos de información y consulta; y artículo 133 de la Directiva 2017/1132/UE, por lo que respecta a sus derechos de participación. En relación con esta última cuestión, y de forma sucinta, cabría apuntar como la redacción actual del citado artículo 133 establece que, con carácter general, los derechos de participación de los trabajadores vendrán establecidos por el Derecho nacional del Estado miembro donde se encuentre localizado el domicilio social de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza salvo en una serie de supuestos en los que resultarán de aplicación una serie de disposiciones de la Directiva 2001/86/CE, a saber: 1) al menos una de las sociedades que se fusionan emplea, durante el período de seis meses anteriores a que se haga público el proyecto de fusión transfronteriza, un número medio de trabajadores equivalente a las cuatro quintas partes del límite o umbral aplicable para que entre en juego un régimen de participación de los trabajadores con el significado del artículo 2, letra k), de la Directiva 2001/86/CE; 2) la legislación nacional aplicable a la sociedad resultante de la fusión transfronteriza no prevé al menos el mismo nivel de participación de los trabajadores que el aplicado en las correspondientes sociedades que se fusionan, medido en función de la proporción de miembros que representan a los trabajadores en el órgano de administración o control, o sus comités, o en el órgano directivo competente dentro de las sociedades para decidir el reparto de los beneficios; 3) la legislación nacional aplicable a la sociedad resultante de la fusión transfronteriza no prevé que los trabajadores de los establecimientos de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza situados en otros Estados miembros puedan ejercer los mismos derechos de participación de que gozan los trabajadores empleados en el Estado miembro donde se encuentre el domicilio social de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza. A este respecto, nótese como la protección de los derechos de los trabajadores en el marco de estas operaciones ha sido tradicionalmente una cuestión muy controvertida entre los diferentes colectivos (empresas, sindicatos, autoridades públicas, etc.), debido al difícil equilibrio existente entre la necesidad de evitar que unas normas de participación de los trabajadores excesivamente rígidas puedan constituir un obstáculo en la práctica a la realización de la fusión transfronteriza frustrando la finalidad última de la Directiva (en este sentido, *vid.* VERMEYLEN, J., *op.cit.*, p.4), y la necesidad de evitar que los derechos de los trabajadores de las sociedades participantes en la operación se vean vulnerados como resultado de la misma (sobre esta

fusión⁴⁸¹, así como profundizando en el nivel de armonización de aspectos tales como el contenido del proyecto de fusión transfronteriza o del informe que deben elaborar los órganos de dirección o administración, el procedimiento de obtención del certificado previo a la fusión, el control de legalidad de la fusión transfronteriza, o la publicidad registral de la operación.

Asimismo, la aprobación de la Directiva 2019/1151/UE⁴⁸², junto con la entrada en funcionamiento en junio de 2017 del sistema de interconexión de Registros configurado sobre la base de lo establecido en la Directiva 2012/17/UE⁴⁸³, también ha tenido un impacto positivo en el conjunto de operaciones transfronterizas de reorganización empresarial cubiertas por el ámbito de aplicación de la Directiva 2017/1132/UE (fusiones, escisiones y transformaciones transfronterizas), facilitando su realización y reduciendo las cargas administrativas asociadas a las mismas a través de la mejora en los procedimientos de aportación, acceso, publicidad, y transmisión de la información societaria entre Registros y autoridades competentes de los diferentes Estados miembros, mediante la potenciación del uso de medios electrónicos y digitales.

Sin embargo, lo cierto es que todavía existen algunos aspectos de la fusión transfronteriza gobernados por las legislaciones de los Estados miembros y en relación con los cuales se ha llamado la atención acerca de la necesidad de que las instituciones europeas extiendan, en la medida de lo posible, el proceso de armonización, a saber⁴⁸⁴: a) la mayoría necesaria para la aprobación de la fusión transfronteriza por la Junta General de cada una de las sociedades que se fusione; b) el plazo para el control de legalidad de la fusión transfronteriza por lo que respecta a la parte del procedimiento

cuestión, *vid.* EUROPEAN COMMISSION (DIRECTORATE GENERAL JUSTICE AND CONSUMERS), *Feedback statement. Summary of responses to the public consultation on cross border mergers and divisions*, Brussels, October 2015, pp.17-18).

⁴⁸¹ *Vid.* artículo 126 *bis* de la Directiva 2017/1132/UE, donde, en esencia, se configura un “derecho de separación” para dichos socios sujeto a una serie de requisitos. En relación con esta cuestión, se había apuntado que, con carácter general, el reconocimiento de un derecho de separación en favor de los accionistas minoritarios que se hubiesen pronunciado en contra de la operación (tal y como ya reconocía, por ejemplo, la LME en su artículo 62), por una parte, podría introducir un importante grado de incertidumbre acerca de aspectos tales como el número de socios que finalmente ejercerán este derecho o con el importe que tendrá que pagar la sociedad por su ejercicio y, por otra parte, podría desincentivar a los socios para votar a favor de la operación de fusión (sobre esta cuestión, *vid.* GONZÁLEZ, S., PEREDA, J., “La Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005 relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº13, 2006, p.55; WYCKAERT, M., GEENS, K., “Cross-border mergers and minority protection An open-ended harmonization”, *Utrecht Law Review*, vol.4, nº1, 2008, p.47; y BECH-BRUUN, LEXIDALE, *op.cit.*, pp.69-70).

⁴⁸² Directiva 2019/1151/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades (DOUE nº L 186, de 11 de julio de 2019, p.80).

⁴⁸³ Directiva 2012/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2012, por la que se modifican la Directiva 89/666/CEE del Consejo y las Directivas 2005/56/CE y 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a la interconexión de los registros centrales, mercantiles y de sociedades (DOUE nº L 156, de 16 de junio de 2012, p.1).

⁴⁸⁴ Sobre esta cuestión, *vid.* DAMON, D., *Consultation sur l'avenir du droit européen des sociétés. Réactions de la CCIP*, Chambre de commerce et d'industrie de Paris, 2012, pp.19-21 (el documento resulta accesible a través del enlace <http://www.etudes.cci-paris-idf.fr/rapport/323>).

relativa a la realización de la fusión transfronteriza y, en su caso, a la constitución de una nueva sociedad resultante de la fusión transfronteriza⁴⁸⁵; o c) la fecha a partir de la cual las operaciones de las sociedades que se fusionen se considerarán, desde el punto de vista contable, como realizadas por la sociedad resultante de la fusión transfronteriza⁴⁸⁶. En este sentido, no puede perderse de vista que las divergencias entre los ordenamientos de los Estados miembros en aquellos aspectos no armonizados por la Directiva 2017/1132/UE se traducen generalmente en un incremento del tiempo necesario para completar la fusión transfronteriza, en unos menores niveles de seguridad jurídica, así como en mayores costes de asesoramiento legal para las sociedades participantes.

⁴⁸⁵ En este sentido, *vid.* EUROPEAN COMMISSION, *Report of the reflection group on the future of EU company law*, Brussels, 5 April 2011, p.27. A este respecto, nótese que, a diferencia de lo que sucede en el ámbito del control de legalidad de la parte del procedimiento regulada por las legislaciones domésticas a las que están sujetas las sociedades que se fusionan (artículo 127 de la Directiva 2017/1132/UE), la Directiva no establece un plazo máximo para que las autoridades nacionales competentes lleven a cabo la parte del control de legalidad prevista en el artículo 128, estableciendo únicamente el citado precepto que la autoridad competente en cuestión deberá aprobar la fusión transfronteriza tan pronto se haya verificado el cumplimiento de las condiciones y requisitos establecidos al efecto.

⁴⁸⁶ A este respecto, es importante tener presente que las divergencias existentes entre la fecha de efectividad de la fusión transfronteriza (determinada por la legislación del Estado miembro a la que queda sujeta la sociedad resultante de la operación y generalmente coincidente con la fecha de inscripción registral de la misma) y la fecha a partir de la cual las operaciones de las sociedades que se fusionan se considerarán como realizadas, a efectos contables, por la sociedad resultante de la fusión transfronteriza (que deberá figurar en el proyecto común de fusión transfronteriza y que varía entre los ordenamientos de los diferentes Estados miembros, pudiendo ser anterior o coincidente con la fecha de inscripción registral de la operación) pueden dar lugar a situaciones problemáticas que impidan la realización efectiva de la operación. Por ejemplo, si de acuerdo con la legislación del Estado miembro de la sociedad transmitente la fecha relevante a efectos contables coincide con la fecha de inscripción registral de la operación, pero la normativa del Estado miembro de la sociedad beneficiaria establece que la fecha relevante a efectos contables es anterior a la fecha de inscripción registral, existiría un periodo de tiempo en el que la sociedad transmitente tendría que incluir sus activos y pasivos en dos “unidades contables” en diferentes Estados miembros (como entidad independiente en su Estado miembro de origen y como parte de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza en el Estado miembro de la sociedad beneficiaria), lo cual no resultaría posible de acuerdo con la normativa de su Estado miembro de origen. En este sentido, y vigente aun la Directiva 2005/56/CE, se habían apuntado dos posibles soluciones: por una parte, la posibilidad de que la norma comunitaria establezca directamente la fecha a partir de la cual las operaciones de las sociedades que se fusionan se considerarán como realizadas, a efectos contables, por la sociedad resultante de la fusión transfronteriza, haciéndola coincidir con la fecha de inscripción registral de la operación en el Estado miembro de la sociedad resultante de la misma (quizás la más adecuada desde la óptica de la seguridad jurídica); y, por otra parte, la posibilidad de que la Directiva exija que los Estados miembros sean flexibles por lo que se refiere a la fecha relevante a efectos contables, de forma tal que la decisión final sobre si dicha fecha debe ser anterior o coincidente con la fecha de inscripción registral de la operación recaiga sobre las sociedades, evitando así los problemas anteriormente comentados (sobre esta cuestión, *vid.* BECH-BRUUN, LEXIDALE, *op.cit.*, pp.64-66). En este sentido, cabría señalar como, en una consulta pública lanzada por la Comisión Europea en el año 2014, el 73% de los participantes que se mostraron partidarios de armonizar esta cuestión entendía que dicha fecha debería ser la establecida en el proyecto común de fusión, frente a un 20% que optaba porque dicha fecha fuese la de inscripción registral de la operación (*vid.* EUROPEAN COMMISSION (DIRECTORATE GENERAL JUSTICE AND CONSUMERS), *Feedback statement. Summary of responses to the public consultation on cross border mergers and divisions*, Brussels, October 2015, pp.13-14).

7. La STJUE de 13 de diciembre de 2005, en el asunto *SEVIC* como punto de inflexión definitivo

Poco después de aprobación de la “Décima Directiva”, pero antes de su entrada en vigor, vería la luz la importante sentencia del TJUE en el asunto *SEVIC*⁴⁸⁷, que tenía por objeto la interpretación de los artículos 49 y 54 del TFUE en el marco de una operación de fusión transfronteriza. En concreto, se trataba de determinar si los citados preceptos del Tratado se oponían a que, las autoridades de un Estado miembro (Alemania) denegasen con carácter general la inscripción en el Registro Mercantil de una operación de fusión por absorción, cuando una de las sociedades participantes tenía su domicilio social en otro Estado miembro (Luxemburgo), mientras que tal inscripción resultaba posible, respetando ciertos requisitos, en supuestos puramente internos⁴⁸⁸. En este sentido, no puede perderse de vista como una práctica de esta naturaleza por parte de las autoridades de un Estado miembro se traduciría en que, aun cuando la legislación del Estado miembro de la sociedad absorbida permitiese la operación de fusión transfronteriza (supuesto ya de por sí no muy frecuente con anterioridad a la entrada en vigor de la Directiva 2005/56/CE), dicha sociedad no tendría más remedio que liquidarse en su Estado miembro de origen y reconstituirse bajo una forma societaria propia del ordenamiento jurídico del Estado miembro de la sociedad absorbente para a continuación llevar a cabo la pretendida fusión por absorción⁴⁸⁹. Ni que decir tiene, que los costes asociados a una operación de esta índole, especialmente los derivados de la liquidación de la sociedad absorbida en su Estado miembro de origen (al no ser de aplicación la Directiva 2009/133/CE⁴⁹⁰), pero también los asociados a la constitución de la nueva sociedad en el Estado miembro de destino, frustrarían la realización de la misma.

Por tanto, la primera cuestión que debía resolver el Tribunal giraba en torno a si el supuesto concreto se encontraba dentro del ámbito de aplicación de los artículos 49 y 54 del TFUE. En este sentido, el TJUE declaró que el derecho de establecimiento garantizado por el Tratado da cobertura a cualquier medida que permita, o incluso

⁴⁸⁷ STJUE de 13 de diciembre de 2005, asunto C-411/03, *SEVIC Systems AG*.

⁴⁸⁸ El asunto traía causa de un litigio entre la sociedad alemana *SEVIC Systems AG* y las autoridades de ese Estado miembro (*Amtsgericht Neuwied*) a raíz de la negativa de éstas a inscribir en el Registro Mercantil la fusión por absorción entre la sociedad *SEVIC Systems* (absorbente) y la sociedad luxemburguesa *Security Vision Concept SA* (absorbida), con disolución (sin liquidación) de esta última y transmisión de todo su patrimonio empresarial a *SEVIC Systems*. En particular, las autoridades alemanas alegaban que la legislación aplicable a la materia (*Umwandlungsgesetz* o “*UmwG*”) sólo contemplaba la transformación por fusión de sujetos de Derecho que tuviesen su domicilio social en Alemania (*vid.* STJUE de 13 de diciembre de 2005, asunto C-411/03, *SEVIC Systems AG*, aps.2-15).

⁴⁸⁹ En este sentido, *vid.* TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., *European Tax Law*, 6th Edition, Kluwer, Deventer, 2012, p.665.

⁴⁹⁰ Nótese como el artículo 2, apartado a), subapartado i) de la Directiva 2009/133/CE a la hora de definir la fusión por absorción hace referencia a la “disolución sin liquidación” de la sociedad que transmite la totalidad de su patrimonio activo y pasivo. De este modo, la liquidación de la sociedad transmitente y la atribución de su patrimonio a los socios determinaría la exigencia de todos los impuestos contemplados para este supuesto en la normativa tributaria del Estado miembro donde se encuentre localizada su residencia fiscal.

facilite, el acceso a un Estado miembro distinto del de establecimiento y el ejercicio de una actividad económica en dicho Estado, ofreciendo a los operadores económicos interesados la posibilidad de participar de forma efectiva en la vida económica del referido Estado miembro en las mismas condiciones que los operadores nacionales. De este modo, y siguiendo las conclusiones del Abogado General, el Tribunal llegó a la conclusión de que las operaciones de fusión transfronteriza, al igual que otras operaciones de transformación de sociedades, constituían modalidades particulares del ejercicio de la libertad de establecimiento de una gran importancia para el buen funcionamiento del mercado interior y, por tanto, quedaban dentro del ámbito de aplicación en los artículos 49 y 54 del TFUE⁴⁹¹. Así pues, el siguiente paso consistía en determinar si la normativa nacional constituía una restricción a la libertad de establecimiento y, en caso afirmativo, hasta qué punto podría estar justificada.

Sobre la primera cuestión, el TJUE comenzó por recordar que la Ley alemana relativa a la transformación de sociedades (“*Umwandlungsgesetz*” o “*UmwG*”) sólo reconocía las fusiones internas, no existiendo ninguna norma de naturaleza análoga que resultase de aplicación a las fusiones transfronterizas, razón por la cual las solicitudes de inscripción en el Registro Mercantil de este tipo de operaciones resultaban sistemáticamente denegadas. Por tanto, y en la medida en que la transformación de sociedades por fusión⁴⁹² no era posible cuando una de ellas tenía su domicilio social en un Estado miembro que no fuera Alemania, el Tribunal declaró que el Derecho alemán establecía una diferencia de trato según la naturaleza interna o transfronteriza de la

⁴⁹¹ *Vid.* STJUE de 13 de diciembre de 2005, asunto C-411/03, *SEVIC Systems AG*, aps.16-19. En este sentido, ha surgido alguna voz crítica como la del profesor P. Kindler quien, alineándose con el posicionamiento sostenido en el procedimiento por los gobiernos holandés y alemán, entendía que el supuesto concreto no daba lugar a un “establecimiento” a efectos del Tratado si se tiene en cuenta que la sociedad luxemburguesa no ejercía ninguna actividad en Alemania ya que, al ser absorbida por la sociedad alemana, perdía su personalidad jurídica, y por tanto, no podía establecerse con carácter principal ni secundario en otro Estado miembro (en este sentido, *vid.* KINDLER, P., *MünchKomm*, 4ª ed., Munich, 2006, ap.878, citado por BALLARINO, T., *op.cit.*, p.725). Sin embargo, este planteamiento, no era compartido por el Abogado General Tizzano, que entendía que el derecho de establecimiento no quedaba circunscrito exclusivamente al derecho de desplazarse a otro Estado miembro a fin de desarrollar allí las actividades propias, sino que se extendía a todos los aspectos que, de algún modo, resultasen complementarios y funcionales en relación con el desarrollo de dichas actividades. A su juicio, la realización por parte de las empresas de determinados negocios jurídicos, como serían las operaciones de fusión, constituye un aspecto esencial de su actividad. Asimismo, y frente al argumento de la extinción de la sociedad absorbida, el Abogado General defendía la idea de que una operación de fusión puede ser vista no sólo como un caso de establecimiento primario, sino también como un caso de establecimiento secundario, en la medida en que la absorción de una sociedad establecida en otro Estado miembro no excluye la posibilidad de que, como resultado de la operación, la sociedad absorbente termine ejerciendo sus actividades a través de un establecimiento secundario en el Estado miembro en el que estaba domiciliada la sociedad absorbida (*vid.* Conclusiones del Abogado General Tizzano de 7 de julio de 2005, asunto C-411/03, *SEVIC Systems AG*, aps.24-42).

⁴⁹² En este sentido, resulta interesante destacar como, siguiendo las conclusiones del Abogado General Tizzano, el TJUE destacó que las fusiones constituyen “un medio eficaz de transformación de las sociedades, pues permite, mediante una sola operación, comenzar a ejercer una actividad dada sin solución de continuidad, reduciendo, por consiguiente, las complicaciones, demoras y costes resultantes de otras formas de agrupación de las sociedades, tales como los que entrañan, por ejemplo, la disolución de una sociedad con liquidación de su patrimonio y la constitución de una nueva sociedad con transmisión de los elementos del patrimonio a ésta” (*vid.* STJUE de 13 de diciembre de 2005, asunto C-411/03, *SEVIC Systems AG*, ap.21).

fusión que podía disuadir a las sociedades establecidas en otros Estados miembros de ejercer su derecho de establecimiento, lo cual constituía una restricción contraria a la libertad de establecimiento prevista en los artículos 49 y 54 del TFUE⁴⁹³.

Por lo que respecta a la segunda cuestión, el Tribunal procedió a analizar si dicha restricción podría resultar admisible sobre la base de los siguientes elementos: 1) la medida nacional en cuestión persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado; 2) está justificada por razones imperiosas de interés general; 3) resulta adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue; y 4) no va más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. En este sentido, cabría apuntar como el TJUE se aparta del criterio sostenido por el Abogado General Tizzano que entendía que una norma nacional de naturaleza discriminatoria, como la analizada en el caso de autos, sólo resultaría admisible si pudiera “acogerse a una excepción expresamente establecida en el Tratado”, y, por ende, su justificación sólo podría buscarse en los motivos contemplados en el artículo 52 del TFUE: orden público, seguridad y salud públicas⁴⁹⁴. De hecho, uno de los criterios tradicionalmente establecidos por la jurisprudencia del TJUE para dar carta de naturaleza a medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las Libertades Fundamentales consistía precisamente en que su aplicación no resultase discriminatoria⁴⁹⁵.

Por ello, podría afirmarse que el test aplicado por el TJUE en el asunto *SEVIC* se sitúa en línea con otros casos resueltos anteriormente en los que, o bien previamente se había determinado que la medida nacional en cuestión no implicaba una discriminación manifiesta o encubierta prohibida por el Tratado⁴⁹⁶, o bien no se había resuelto de forma explícita esta cuestión, pero el Tribunal parecía admitir la ausencia de discriminación de forma implícita⁴⁹⁷. A este respecto, es cierto que el planteamiento seguido por el Tribunal podría resultar controvertido a primera vista en la medida en que la normativa alemana introducía un tratamiento discriminatorio entre las fusiones internas y las fusiones transfronterizas, pero no lo es menos que, tal y como han apuntado algunos autores, la medida no sólo afectaba a sociedades nacionales de otros Estados miembros, sino a las propias sociedades alemanas (como *SEVIC Systems*) que veían como se les cerraba la puerta a la posibilidad de absorber a sociedades extranjeras habida cuenta de la imposibilidad de inscribir la operación en el Registro⁴⁹⁸. Asimismo, no faltan voces

⁴⁹³ Vid. STJUE de 13 de diciembre de 2005, asunto C-411/03, *SEVIC Systems AG*, aps.20-23.

⁴⁹⁴ Vid. Conclusiones del Abogado General Tizzano presentadas el 7 de julio de 2005, asunto C-411/03, *SEVIC Systems AG*, aps.55-57. Sobre esta cuestión, vid. VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, op.cit., pp.96-97.

⁴⁹⁵ Vid., entre otras las SSTJUE de 31 de marzo de 1993, asunto C-19/92, *Kraus*, ap.32; de 30 de noviembre de 1995, asunto C-55/94, *Gebhard*, ap.37; de 9 de marzo de 1999, asunto C-212/97, *Centros Ltd v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, ap.34; o de 30 de septiembre de 2003, asunto C-167/01, *Inspire Art Ltd v. Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam*, ap.132.

⁴⁹⁶ Vid., a título de ejemplo, la STJUE de 15 de mayo de 1997, asunto C-250/95, *Futura Participations*, aps.22 y 26.

⁴⁹⁷ Vid., entre otras, las SSTJUE de 21 de noviembre de 2002, C-436/00, *W e Y*, ap.49; o de 11 de marzo de 2004, asunto C-9/02, *De Lasteyrie du Saillant*, ap.49.

⁴⁹⁸ En este sentido, vid. VOSSESTEIN, G., “Companies freedom of establishment after *Sevic*”, *European Company Law*, vol.3, nº4, 2006, p.180.

entre la doctrina que defienden que la diferenciación estricta entre los conceptos de “discriminación” y “restricción” en el ámbito de las Libertades Fundamentales resulta ya obsoleta y, por ende, debe ser superada⁴⁹⁹.

En cualquier caso, y a pesar de reconocer los problemas específicos que planteaban las fusiones transfronterizas debido a la falta de armonización normativa en este ámbito⁵⁰⁰, así como la existencia de razones imperiosas de interés general (tales como la protección de los intereses de los acreedores, socios minoritarios y trabajadores, la preservación de la eficacia de los controles fiscales, o la lealtad de las transacciones comerciales)⁵⁰¹ que *a priori* podrían justificar una restricción a la libertad de establecimiento, el TJUE entendió que la normativa alemana impedía, en la práctica, la realización de fusiones transfronterizas, aunque los intereses anteriormente mencionados no estuviesen amenazados y, en todo caso, iba más allá de lo necesario para protegerlos. De este modo, el TJUE concluyó que los artículos 49 y 54 del TFUE se oponían a que, en un Estado miembro, la inscripción en el Registro Mercantil nacional de la fusión por disolución sin liquidación de una sociedad y por transmisión universal de su patrimonio a otra sociedad se denegase con carácter general cuando una de las dos sociedades tuviese su domicilio social en otro Estado miembro, mientras que una inscripción de ese tipo fuese posible (respetando ciertos requisitos) cuando las dos sociedades participantes en la fusión tuviesen su domicilio social en el territorio del primer Estado miembro⁵⁰².

Así, podría afirmarse que la sentencia *SEVIC* y su interpretación amplia de la libertad de establecimiento⁵⁰³ contribuyó en gran medida a abrir definitivamente la puerta a la realización de operaciones de fusión transfronteriza, antes de que finalizase del plazo de transposición de la Directiva 2005/56/CE, e incluso en el seno de aquellos

⁴⁹⁹ Sobre esta cuestión, *vid.* SCHINDLER, C.P., “Cross-Border Mergers in Europe – Company Law is catching up! – Commentary on the ECJ’s Decision in *SEVIC Systems AG*”, *European Company and Financial Law Review*, vol.3, nº1, 2006, pp.113-114.

⁵⁰⁰ Precisamente, los gobiernos alemán y neerlandés hacían hincapié en la falta de aprobación de la, por aquel entonces, Propuesta de Décima Directiva, COM (2003) 703 final, de 18 de noviembre de 2003, como elemento que, combinado con la necesaria protección de los diferentes intereses que se ponían en juego en el marco de una operación de fusión transfronteriza, podría justificar la restricción a la libertad de establecimiento impuesta por la normativa alemana. Sin embargo, el propio Tribunal dejó claro que “si bien es cierto que las normas comunitarias de armonización son útiles para facilitar las fusiones transfronterizas, la existencia de tales normas de armonización no puede erigirse en requisito previo para la aplicación de la libertad de establecimiento consagrada por los artículos 43 CE y 48 CE [hoy artículos 49 y 54 del TFUE]” (*vid.* STJUE de 13 de diciembre de 2005, asunto C-411/03, *SEVIC Systems AG*, aps.24-27).

⁵⁰¹ No obstante, como apunta CAPELLI, F., *op.cit.*, pp.460-461, debemos tener en cuenta que, por que respecta a la protección de accionistas y acreedores, no deberían existir mayores divergencias entre Alemania y Luxemburgo habida cuenta de la transposición de la “Tercera Directiva” sobre fusiones internas. Es más, aun en lo relativo a la protección de los derechos de participación de los trabajadores, donde podrían existir mayores diferencias, lo cierto es que Alemania era justamente el Estado donde estos derechos se encontraban más reconocidos y mejor protegidos, de forma tal que este argumento ya no sería válido para denegar la inscripción de la fusión entre *SEVIC Systems* y *Secure Vision Concept*.

⁵⁰² *Vid.* STJUE de 13 de diciembre de 2005, asunto C-411/03, *SEVIC Systems AG*, aps.30-32.

⁵⁰³ *Vid.* BALLARINO, T., *op.cit.*, p.724; o RONFELDT, T., WERLAUFF, E., “Merger as a Method of Establishment: on Cross-border Mergers, Transfers of Domicile and Divisions, Directly Applicable under the EC Treaty’s Freedom of Establishment”, *European Company Law*, vol.3, nº3, 2006, pp.126-127.

Estados miembros tradicionalmente más reticentes a admitir la validez de estas operaciones transfronterizas como era el caso de Alemania o Países Bajos⁵⁰⁴. A este respecto, y partiendo de la base de que el artículo 49 del TFUE pivota esencialmente sobre la garantía del derecho de establecimiento secundario (apertura de agencias, sucursales o filiales en el territorio de otro Estado miembro) y tan sólo se refiere a la constitución de sociedades en otros Estados miembros como manifestación del derecho de establecimiento primario digno de protección, cabría destacar la importancia del reconocimiento explícito por parte del Tribunal de las fusiones transfronterizas como una “modalidad particular del ejercicio de la libertad de establecimiento”⁵⁰⁵ por parte de las sociedades de los diferentes Estados miembros⁵⁰⁶.

Sin embargo, y aunque de acuerdo con las Conclusiones del Abogado General Tizzano las operaciones de fusión transfronteriza pueden analizarse como una modalidad de establecimiento primario o como un caso de establecimiento secundario⁵⁰⁷, lo cierto es que el TJUE no llega a precisar esta cuestión en su sentencia. Por ello, algunos autores han entendido que la doctrina que se extrae del asunto *SEVIC* sólo resulta aplicable *stricto sensu* a aquellos supuestos en los que la sociedad beneficiaria mantiene un establecimiento secundario en el Estado miembro de la sociedad transmitente con posterioridad a la fusión⁵⁰⁸ o cuando pueda entenderse que, debido a las características del accionariado de la sociedad transmitente, la operación constituye un modo de ejercer su derecho de establecimiento en el Estado miembro de la sociedad beneficiaria (p.ej. si la sociedad matriz o el socio mayoritario de la sociedad transmitente obtiene, como resultado de la entrega de títulos de la sociedad beneficiaria, una influencia real en las decisiones de dicha sociedad)⁵⁰⁹.

Ahora bien, no puede perderse de vista como la sentencia *SEVIC* presentaba un alcance limitado, por cuanto sólo contemplaba el fenómeno de la fusión transfronteriza desde la óptica del Estado miembro de la sociedad absorbente (*inbound merger*)⁵¹⁰,

⁵⁰⁴ En este sentido, podría traerse a colación la resolución del Tribunal del Distrito de Ámsterdam (*Rechtbank Amsterdam*) de 29 de enero de 2007 (EA 06-338), en la que, sobre la base de la sentencia *SEVIC* y su interpretación del derecho de establecimiento previsto en el Tratado, se revocaba la decisión de la Cámara de Comercio de esa ciudad que había dejado sin efecto la fusión por absorción de la filial neerlandesa “*Consuma Holdings BV*” por parte de su matriz alemana “*BKC Holding GmbH*”, alegando que la legislación doméstica de los Países Bajos sólo daba cobertura a las operaciones de fusión de naturaleza interna (sobre esta cuestión, *vid.* BIDAUD, H., FRANCESCHI, J.M., *op.cit.*, pp.469-470).

⁵⁰⁵ *Vid.* STJUE de 13 de diciembre de 2005, asunto C-411/03, *SEVIC Systems AG*, ap.19.

⁵⁰⁶ En este sentido, *vid.* O’SHEA, T., “*Cartesio: Moving a Company’s Seat Now Easier in the EU*”, *Tax Notes International*, vol.53, nº12, 2009, p.1073.

⁵⁰⁷ *Vid.* Conclusiones del Abogado General Tizzano de 7 de julio de 2005, asunto C-411/03, *SEVIC Systems AG*, ap.35.

⁵⁰⁸ En este sentido, nótese como lo habitual en estas operaciones será que la sociedad beneficiaria mantenga un establecimiento permanente en el Estado o Estados miembros de la/s sociedad/es transmitente/s al que quedarán vinculados los elementos patrimoniales transmitidos, habida cuenta de que se trata de un requisito para la aplicación del régimen de neutralidad fiscal previsto por la Directiva 2009/133/CE en su artículo 4.2, apartado b).

⁵⁰⁹ Sobre esta cuestión, *vid.* HANSEN, L., *op.cit.*, pp.189-190.

⁵¹⁰ Nótese, sin embargo, como el Abogado General Tizzano en sus Conclusiones presentadas el 7 de julio de 2005, aps.34-41, parecía extender su razonamiento también al Estado miembro de origen al contemplar la fusión transfronteriza no sólo como un caso de establecimiento primario, sino también como un caso de

exigiendo igualdad de trato en relación con operaciones similares de naturaleza doméstica, de forma tal que su vigencia efectiva dependía, en todo caso, de que el Estado miembro de la sociedad absorbida permitiese la operación⁵¹¹. De ahí, la importancia de la entrada en vigor de la Directiva 2005/56/CE, no sólo por cuanto garantizaba de forma efectiva que aquellas sociedades de capital constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro, y cuyo domicilio social, centro de administración efectiva o establecimiento principal estuviese situado dentro de la Unión Europea pudiesen participar en fusiones transfronterizas (siempre que tuviesen derecho a fusionarse de acuerdo con la legislación del Estado miembro a la que se encontrasen sujetas), sino en la medida en que establecía un marco de seguridad jurídica para su realización, tanto en el plano de las normas aplicables a dichas operaciones como en relación con el procedimiento a seguir para llevarlas a cabo (sin perjuicio, claro está, de que en relación con determinadas cuestiones la citada norma comunitaria se remitiese a las legislaciones domésticas de los Estados miembros).

Sin embargo, lo cierto es que la relevancia de la sentencia *SEVIC* no se agotó con la entrada en vigor de la Directiva 2005/56/CE, habida cuenta de que dicha norma de Derecho europeo no armonizaba por completo el régimen jurídico-procedimental relativo a las fusiones transfronterizas, sino que tan sólo determinaba un “estándar mínimo” de obligado cumplimiento para los Estados miembros en esta materia. De este modo, y de acuerdo con lo establecido en el Considerando nº3 de la citada Directiva⁵¹²,

establecimiento secundario (sobre esta cuestión, *vid.* SIEMS, M., “*SEVIC: Beyond Cross-Border Mergers*”, *European Business Organization Law Review*, vol.8, nº2, 2007, pp.308-309). Asimismo, autores como SCHINDLER, C.P., *op.cit.* p.118; o HANSEN, L., *op.cit.*, p.188, se mostraron partidarios de extender la doctrina del TJUE en el asunto *SEVIC* a las *outbound mergers*, de forma tal que su prohibición “absoluta y automática” por parte del Estado miembro en cuestión resultaría contraria a la libertad de establecimiento. No obstante, autores como VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, pp.113-114, han apuntado que, en el marco de operaciones de fusión o escisión total transfronteriza, y a diferencia de lo que sucede en el ámbito de las transformaciones transfronterizas, la sociedad transmitente no puede invocar su derecho de establecimiento habida cuenta de que, por una parte, el hecho de que dicha sociedad deje de existir como resultado de la fusión o escisión en cuestión determina que ya no se verifiquen las condiciones previstas en el artículo 54 del TFUE; y, por otra parte, la sociedad transmitente, a diferencia de la sociedad beneficiaria, no se establece ni gana acceso al mercado de otro Estado miembro como resultado de la operación de fusión o escisión transfronteriza.

⁵¹¹ En este sentido, cabría apuntar como, ya después de la entrada en vigor de la Directiva 2005/56/CE (15 de diciembre de 2007), la STJUE de 16 de diciembre de 2008, asunto C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt.*, aun sin abordar un supuesto de fusión transfronteriza, aportó una visión complementaria a la sentencia *SEVIC* por cuanto el Tribunal dejó claro que el Estado miembro de constitución de una sociedad no podía imponer su disolución y liquidación al objeto de impedir que dicha sociedad se transformase en una sociedad de Derecho nacional de otro Estado miembro, siempre que ese Derecho lo permitiese. Ciertamente, una actuación de este tipo constituiría una restricción a la libertad de establecimiento de la sociedad en cuestión prohibida por los artículos 49 y 54 del TFUE, salvo que la misma se encontrase justificada por razones imperiosas de interés general (aps.112-113).

⁵¹² Nótese como el Considerando nº3 de la Directiva 2005/56/CE (actual Considerando nº56 de la Directiva 2017/1132/UE) dispone que “con el fin de facilitar las operaciones de fusión transfronteriza, resulta oportuno establecer que, si la presente Directiva no dispone lo contrario, cada sociedad que participe en la fusión transfronteriza, así como cada tercero interesado, sigan estando sometidos a las disposiciones y los trámites de la legislación nacional que serían aplicables en caso de una fusión nacional. Las disposiciones y trámites de la legislación nacional a que se refiere la presente Directiva no deben en ningún caso imponer restricciones a la libertad de establecimiento o de circulación de capital, a menos que dichas restricciones se puedan justificar de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de

las disposiciones de transposición que fueran más allá de lo exigido por la misma podrían ser analizadas a la luz de los preceptos del Tratado y, en particular, de su interpretación por parte de la jurisprudencia del TJUE al objeto de comprobar si introducen una restricción compatible o incompatible con las Libertades Fundamentales de acuerdo con los criterios a los que nos hemos referido anteriormente (“test *Gebhard*”)⁵¹³. Asimismo, la jurisprudencia derivada del asunto *SEVIC* podría resultar de utilidad al objeto de posibilitar, sobre la base de la aplicación directa de la libertad de establecimiento prevista en el Tratado, todas aquellas operaciones de fusión transfronteriza que no puedan acogerse al régimen previsto actualmente en los artículos 118 a 134 de la Directiva 2017/1134/UE, por ejemplo, debido a que las formas societarias participantes no se encuentran cubiertas por su ámbito de aplicación subjetivo, ni se benefician de una eventual extensión unilateral del mismo por parte de los Estados miembros en cuestión⁵¹⁴.

Por otra parte, cabría apuntar como el razonamiento y conclusiones del Tribunal en el asunto *SEVIC* podrían extenderse a otras operaciones de reorganización empresarial a nivel europeo tales como la transformación o la escisión transfronteriza, las cuales no vendrían sino a configurarse como modalidades de ejercicio del derecho de establecimiento garantizado por los artículos 49 y 54 del TFUE. A este respecto, resulta interesante destacar como, antes de que el proceso armonizador en materia de Derecho societario llevado a cabo por las instituciones europeas se proyectase sobre estas operaciones⁵¹⁵, la sentencia *SEVIC* contribuyó a sentar las bases para posibilitar el traslado del domicilio social de un Estado miembro a otro a través de operaciones de transformación transfronteriza (si bien serían las sentencias del TJUE en los asuntos *VALE Építési kft* (2012) y *Polbud* (2017) las que abrirían definitivamente la puerta a su realización)⁵¹⁶, así como las escisiones transfronterizas (siempre, claro está, que sus

Justicia y, en particular, por razones de interés general, y sean necesarias y proporcionadas para el respeto de dichas exigencias imperativas” (el subrayado es nuestro).

⁵¹³ En este sentido, *vid.* PAPAPOULOS, T., “The Magnitude of...”, *op.cit.*, pp.541-543.

⁵¹⁴ En favor de esta posibilidad de extender la doctrina del TJUE en el asunto *SEVIC* a las operaciones de fusión transfronteriza en las que participasen otras formas societarias cubiertas por el artículo 54 del TFUE y que tuviesen el derecho a fusionarse conforme a la normativa doméstica del Estado miembro de su constitución se ha mostrado VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.91. Sobre esta cuestión, y las luces y sombras que plantea, *vid.* BRASSEUR, M., VERMEYLEN, J., *op.cit.*, pp.74-76.

⁵¹⁵ Nótese como estas operaciones no dispusieron de un marco jurídico armonizado para su realización hasta la reforma operada en la Directiva 2017/1132/UE por parte de la Directiva 2019/2121/UE, esto es, casi quince años después de que viera la luz la sentencia del TJUE en el asunto *SEVIC*.

⁵¹⁶ De hecho, incluso con anterioridad a la sentencia *VALE Építési*, algunos autores ya apuntaban que no existían argumentos de peso en contra de la aplicación, *mutatis mutandis*, de los principios establecidos en la sentencia *SEVIC Systems* a los traslados transfronterizos de la sede. A su juicio, la transformación no conlleva mayores riesgos que la fusión (sino más bien todo lo contrario) y resulta una operación mucho más sencilla al existir sólo una sociedad participante, de forma tal que no es necesaria la compleja coordinación de procesos de reestructuración paralelos bajo más de un Derecho nacional que se da en las fusiones transfronterizas (*vid.* WISNIEWSKI, A.W., OPALSKI, A., “Companies’ Freedom of Establishment after the ECJ *Cartesio* Judgment”, *European Business Organization Law Review*, vol.10, nº4, 2009, p.615).

respectivos ordenamientos domésticos permitiesen a sus sociedades nacionales llevar a cabo estas operaciones en el ámbito estrictamente interno)⁵¹⁷.

⁵¹⁷ En este sentido, *vid.* TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., *European Tax Law, op.cit.*, p.666; ROELOFS, E., “Cross-Border Division of SEs”, *European Company Law*, vol.7, n°4, 2010, p.142; VOSSESTEIN, G., “Companies freedom of...”, *op.cit.*, pp.178-179; o SIEMS, M., *op.cit.*, pp.314-315.

CAPÍTULO III. LAS OPERACIONES DE TRANSFORMACIÓN Y ESCISIÓN TRANSFRONTERIZAS: ÚLTIMAS INCORPORACIONES AL PROCESO DE ARMONIZACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO EUROPEO EN EL ÁMBITO DE LAS REORGANIZACIONES EMPRESARIALES

1. El traslado transfronterizo de la sede social⁵¹⁸

1.1. Una aproximación a la problemática jurídica que planteaba el traslado transfronterizo de la sede social de las sociedades constituidas en los diferentes Estados miembros

El traslado transfronterizo del domicilio o sede social (*registered office*) siempre ha suscitado un gran interés entre las sociedades de los diferentes Estados miembros, habida cuenta de que puede configurarse como un mecanismo eficaz orientado, por ejemplo, a generar vía “nacionalización” una mayor confianza en los consumidores del país en el que la sociedad lleva a cabo la mayoría de sus actividades comerciales⁵¹⁹, o bien a la búsqueda de una ventaja en el plano del Derecho societario (p.ej. en relación con el régimen de responsabilidad de los administradores o los derechos participación de los trabajadores), del Derecho concursal, o del Derecho tributario⁵²⁰. Sin embargo, lo

⁵¹⁸ Nótese como el contenido de los epígrafes 1.1, 1.3, 1.4, y 1.6 ya ha sido plasmado, al menos en parte y en relación con el estado de cosas en el momento de su elaboración, en el artículo QUINTAS SEARA, A., “El traslado transfronterizo de la sede social: la necesidad de articular una respuesta desde la óptica del derecho societario europeo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 57, 2017, pp.517-574.

⁵¹⁹ En este sentido, *vid.* ESTEBAN DE LA ROSA, F. “El nuevo régimen de la transferencia internacional de la sede social en el sistema español de Derecho Internacional Privado”, *Cuadernos de Derecho de Comercio*, nº54, 2010, p.76.

⁵²⁰ De hecho, en una consulta pública lanzada por la Comisión en el año 2013, los principales factores citados por las empresas europeas para trasladar su domicilio social eran por este orden: un régimen fiscal favorable, un Derecho societario favorable, un “clima de negocios” favorable, un marco legal estable, y un Derecho concursal favorable (*vid.* EUROPEAN COMMISSION (DIRECTORATE GENERAL INTERNAL MARKET AND SERVICES), *Feedback statement. Summary of responses to the public consultation on cross-border transfers of registered offices of companies*, Brussels, September 2013, pp.8-9 y 12). En este sentido, no puede perderse de vista que, en la mayoría de Estados miembros, el domicilio social de una sociedad constituye uno de los criterios de conexión determinantes de la residencia fiscal y, por ende, de la sujeción al Impuesto sobre Sociedades (*vid.*, a título de ejemplo, los artículos 7.1 y 8.1 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades). Por otra parte, conviene resaltar como la búsqueda de un entorno legislativo societario, concursal o fiscal más favorable, no sólo podría suponer un ahorro en costes para la sociedad, sino que también impactaría de forma directa en la facilidad para obtener recursos financieros por parte de potenciales accionistas (p.ej. a través de una ampliación de capital) o de entidades bancarias (p.ej. a través de la concesión de préstamos o líneas de crédito). Por lo que respecta al traslado de la sede real, podría afirmarse que los motivos son similares a los que operan en el ámbito del traslado de la sede social, pudiendo añadirse específicamente la existencia de un tejido empresarial desarrollado o grupos de empresas que trabajan en un determinado sector o clúster en el Estado miembro de destino lo que facilitaría el acceso a ideas innovadoras, la captación de inversores, o la atracción de capital humano cualificado. Asimismo, resulta interesante destacar como, en un estudio realizado en el ámbito de los EE.UU. pero cuyas conclusiones podrían extenderse a la Unión Europea, se han identificado algunos de los factores que vendrían a incrementar la probabilidad de que

cierto es que, tradicionalmente, la realización efectiva de estas operaciones planteaba una serie de cuestiones problemáticas tanto en el ámbito conflictual como en el plano de las normas materiales de los Estados miembros aplicables a las mismas.

A este respecto, y en relación con el ámbito conflictual, no puede perderse de vista que el hecho de que la sede social se integre o no en el punto de conexión configurado por las normas de conflicto del Estado Miembro de origen y/o destino va a determinar si la operación de traslado conlleva o no una modificación de la *lex societatis* (transferencia de derecho v. transferencia de hecho), debiendo, en caso afirmativo, establecerse cuál será la *lex societatis* aplicable a la operación (la del Estado miembro de origen, la del Estado miembro de destino, o ambas). Por su parte, y desde la óptica del Derecho material, los principales problemas asociados a estas operaciones aparecían vinculados al mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad en aquellos supuestos en los que se produce un cambio de la *lex societatis*⁵²¹, a las condiciones y requisitos impuestas por el Estado miembro en cuestión para su realización (p.ej. en relación con la mayoría necesaria para la aprobación del acuerdo de traslado, el contenido y forma del mismo, los requisitos de la convocatoria de la Junta de accionistas, o los derechos de los socios minoritarios, trabajadores y acreedores), o a los aspectos registrales de la operación de traslado⁵²².

Si partimos del plano conflictual, conviene recordar que los Estados miembros han optado tradicionalmente entre dos modelos: a) el “modelo de incorporación/constitución” (“*Gründungstheorie*”), seguido por Estados miembros

una sociedad traslade su sede real, a saber: 1) el nivel de globalización de la empresa (cuanto más global y en más mercados opere la empresa mayor probabilidad de traslado; ciertamente, las empresas multinacionales suelen preferir situar su sede de dirección en los grandes centros de negocios, mientras que las empresas “locales” suelen optar por situar su administración central en el lugar donde se localizan sus instalaciones productivas); 2) el tamaño de la empresa (*a priori* cuanto menor es el tamaño de la empresa, mayor es la probabilidad de que trasladen su sede real, habida cuenta de que las empresas más grandes tienen que enfrentarse a unos mayores costes de traslado, si bien lo cierto es que, en contrapartida, las primeras dispondrán de menores recursos que las segundas para afrontar la operación; por tanto, parece que este elemento habrá que analizarlo en relación con el nivel de globalización de la empresa); 3) la “edad” de la empresas (cuanto más joven sea la empresa mayor probabilidad de traslado, habida cuenta de que las empresas con más tradición presentan un elevado nivel de arraigo en su Estado de constitución que *a priori* desincentiva la deslocalización de su sede real); 4) la carga impositiva (cuando más elevada sea la carga impositiva que debe soportar la sociedad, en particular el Impuesto sobre Sociedades, mayor probabilidad de traslado; de hecho, se estima que un 1% de incremento en el tipo del Impuesto sobre Sociedades supone un incremento del 2.7% en la probabilidad de traslado de la sede real), o 5) el nivel salarial (cuanto más elevados son los salarios, mayor probabilidad de traslado, de hecho se estima que un 10% de incremento en los salarios supone un incremento del 10% en la probabilidad de traslado de la sede real). Sobre esta cuestión, *vid.* MULLER, P, DEVNANI, S., LADHER, R., RAMADA, P., *op.cit.*, pp.35-42.

⁵²¹ A este respecto, no conviene perder de vista como el artículo 220 TCEE (hoy eliminado del TFUE) ya hacía referencia, entre otras cuestiones, a la necesidad de que los Estados miembros entablasen negociaciones con el objetivo de asegurar el reconocimiento recíproco de las sociedades contenidas en el párrafo segundo del artículo 58 TCEE (hoy artículo 54 del TFUE), así como “el mantenimiento de la personalidad jurídica en caso de traslado de su sede de un país a otro”.

⁵²² Sobre esta cuestión, *vid.* GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. “El traslado del domicilio social al extranjero. Una visión facilitadora”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº16, 2001, pp.108-110; o SANCHO VILLA, D., *La transferencia internacional de la sede social en el Espacio Europeo*, Eurlex, Madrid, 2001, pp.145-146.

como Dinamarca, Finlandia, Irlanda, Países Bajos, Reino Unido o Suecia, en el que prima el criterio subjetivo de la voluntad de los socios, y en virtud del cual las sociedades deben regirse por las leyes del Estado donde fueron constituidas o registradas con independencia de dónde esté localizada su sede real o efectiva y de dónde residan sus socios; o b) el “modelo de la sede real” (“*Sitztheorie*”), seguido por Estados miembros como Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Grecia, Luxemburgo o Portugal, que pivota sobre un criterio de corte objetivo, y según el cual las sociedades deben regirse por las leyes del Estado en cuyo territorio se encuentre situada su administración central o su establecimiento principal (según las diferentes variantes del modelo), con independencia de dónde se hubieran constituido o registrado⁵²³. No obstante, en la actualidad, resulta difícil encontrar Estados miembros que acojan en sus respectivos sistemas legislativos las versiones “clásicas” de la teoría de la incorporación o de la teoría de la sede real, de forma tal que, aun cuando a efectos de claridad expositiva puedan encuadrarse en alguno de los modelos anteriores, lo cierto es que en la práctica nos encontraremos ante diferentes variantes de los mismos⁵²⁴.

De este modo, en aquellos Estados miembros que optaban por el modelo de constitución, la operación en virtud de la cual una sociedad constituida conforme a su Derecho nacional (e incorporada en su territorio) trasladaba al extranjero su sede social se traducía, con carácter general, en una modificación de la *lex societatis* (al alterarse el

⁵²³ Un buen análisis de los caracteres definidores, fundamentos, ventajas y problemática asociada a los modelos de incorporación y de la sede real puede encontrarse en BLANCO-MORALES LIMONES, P., *La transferencia internacional de la sede social*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp.47-85. Al margen de estas dos tendencias mayoritarias, podrían identificarse sistemas mixtos tales como el “modelo de diferenciación” o el “modelo de superposición” que combinan ambos criterios de conexión para determinar la *lex societatis* aplicable a las relaciones *ad intra* y *ad extra* de la sociedad, de forma tal que ésta, a diferencia de los modelos anteriores, podría no ser la misma. Sobre esta cuestión, resulta clarificador el análisis efectuado por GARCIMARTÍN ALFÉREZ, J., “La *Sitztheorie* es...”, *op.cit.*, pp.648-652. Por lo que respecta al origen de la teoría de la incorporación y de la teoría de la sede real, se ha apuntado que la primera surgió en Reino Unido a lo largo del siglo XVIII con el objetivo de garantizar que las sociedades inglesas dedicadas al comercio marítimo permaneciesen sujetas al ordenamiento británico con independencia de que todas sus actividades se llevasen a cabo en el extranjero, mientras que la segunda comenzó a desarrollarse en el siglo XIX, en países como Bélgica, Francia o Alemania, bajo el auspicio de las corrientes de pensamiento nacionalista y reflejando el principio territorialista en virtud del cual los Estados deben tener un control absoluto sobre todas las personas (físicas y jurídicas) que desarrollan una actividad en su territorio (sobre esta cuestión, *vid.* FRADA DE SOUSA, A., “Company’s Cross-border Transfer of Seat in the EU after Cartesio”, *Jean Monnet Working Paper 07/09*, New York, 2009, pp.4-6 y la bibliografía allí citada).

⁵²⁴ Así, y a título de ejemplo, cabría señalar como, dentro del conjunto de Estados miembros que optaban por el modelo de constitución, podían encontrarse sistemas legislativos (p.ej. España o Italia) en los que se reclamaba la aplicación unilateral de la ley del foro en aquellos supuestos en los que la relación jurídico-societaria presentaba una fuerte vinculación con el territorio del Estado en cuestión (*vid.*, por una parte, el artículo 5.2 del Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (BOE nº 310, de 27 de diciembre de 1989, p.40012), junto con el artículo 6.2 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (BOE nº 71, de 24 de marzo de 1995, p.9181), y, por otra parte, el artículo 25.1 *in fine* de la Ley nº 218, de 31 de mayo de 1995, sobre la reforma del sistema italiano de Derecho Internacional Privado). Este tipo de modelos de estructura compuesta o compleja también podía observarse en otros Estados no miembros de la Unión Europea como Suiza (*vid.* artículos 156 a 159 de la Ley Federal de 18 de diciembre de 1987 de Derecho Internacional Privado, RO 1988 II 1776, RS 291). Sobre esta cuestión, *vid.* SANCHO VILLA, D., *La transferencia internacional de la sede social en el Espacio Europeo*, *op.cit.*, pp.82-85.

factor de conexión que determina la sujeción de la sociedad a la legislación del Estado miembro de origen) con independencia de que dicho traslado se acompañase o no de una transferencia de la sede real de la sociedad⁵²⁵. A este respecto, es importante tener presente que dicha modificación de la *lex societatis* no implica necesariamente la pérdida de personalidad jurídica de la sociedad en cuestión, sino que ambas cuestiones presentan una naturaleza autónoma, pues la primera es propia del ámbito conflictual mientras que la segunda se inscribe en el plano del Derecho material. Así, en estos supuestos de transferencia de derecho de la sede social al extranjero podía darse el caso de que la sociedad tuviese que disolverse en el Estado miembro de origen y reconstituirse en el Estado miembro de destino, o bien que la operación pudiera llevarse a cabo con mantenimiento de la personalidad jurídica, lo cual requería que esta posibilidad estuviese admitida por el ordenamiento jurídico de los Estados miembros de origen y destino⁵²⁶.

Por ejemplo, en el Reino Unido, para que las sociedades constituidas con arreglo a su legislación societaria doméstica pudieran trasladar al extranjero su sede social y adquirir la nacionalidad del Estado miembro de destino era necesaria la adopción de una Ley particular del Parlamento británico, de forma tal que, con carácter general, podría afirmarse que la operación de traslado transfronterizo de la sede social con cambio de la *lex societatis* determinaba la disolución de la sociedad en su Estado de origen⁵²⁷. En el supuesto inverso, la situación no era mucho mejor, ya que, en la medida en que sólo podían tener localizado su domicilio social en Reino Unido las sociedades constituidas de acuerdo con la *Companies Act* de 1985 o con arreglo a la legislación societaria aplicable en Irlanda del Norte, todas las sociedades extranjeras que trasladasen su sede social al Reino Unido no serían reconocidas como tales, debiendo disolverse en su Estado de origen y reconstituirse conforme al ordenamiento británico⁵²⁸.

Sin embargo, lo cierto es que también podían encontrarse Estados representantes del modelo de constitución que disponían de normas específicas en sus respectivos ordenamientos internos destinadas a posibilitar el traslado transfronterizo de la sede social con cambio de la *lex societatis* y mantenimiento de la personalidad jurídica. En este sentido, cabría traer a colación el caso de Italia, donde la transferencia de derecho

⁵²⁵ En este sentido, *vid.* RODAS PAREDES, P. N., *op.cit.*, p.40.

⁵²⁶ En este sentido, *vid.* GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., “El traslado del...”, *op.cit.*, pp.112-114; o BLANCO-MORALES LIMONES, P., *La transferencia internacional de la sede social*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp.33-34, quien apunta que “en este extremo, la aplicación cumulativa de ambas leyes, es contemplada como requisito imprescindible para evitar situaciones claudicantes, por la práctica unanimitad de la doctrina”.

⁵²⁷ En este sentido, *vid.* FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Transferencia internacional de sede social”, *Revista General de Derecho*, nº591, 1993, p.11892.

⁵²⁸ En este sentido, *vid.* SANCHO VILLA, D., *La transferencia internacional de la sede social en el Espacio Europeo*, *op.cit.*, pp.287-288. Siguiendo una línea similar, en los Países Bajos, tanto la operación de traslado de la sede social al extranjero por parte de sociedades constituidas con arreglo a su ordenamiento interno como el traslado de la sede social de sociedades extranjeras a su territorio conllevaba una modificación de los estatutos sociales de la sociedad que precisaba de la aprobación del Ministerio de Justicia, la cual normalmente no era concedida, frustrando de este modo la posibilidad de llevar a cabo estas operaciones con mantenimiento de la personalidad jurídica (sobre esta cuestión, *vid.* WYMEERSCH, E., “The Transfer of...”, *op.cit.*, p.8).

de la sede social desde y hacia su territorio sin necesidad de disolución de la sociedad en su Estado miembro de origen resultaba posible en virtud de lo establecido en el artículo 25.3 de la Ley nº 218, de 31 de mayo de 1995, sobre la reforma del sistema italiano de Derecho Internacional Privado, existiendo numerosas resoluciones judiciales favorables al respecto⁵²⁹. Fuera del ámbito de la UE, aunque en una línea similar a Italia, también Suiza permitía estas operaciones con mantenimiento de la personalidad jurídica sobre la base de lo dispuesto en los artículos 161 a 164 de la Ley Federal de 18 de diciembre de 1987 de Derecho Internacional Privado⁵³⁰.

Por lo que respecta al caso de España, que optaba por un modelo determinación de la *lex societatis* de domicilio-constitución (plasmado en los artículos 5.1 de la LSA y 6.1 de la LSRL), el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad en el marco de una operación de traslado transfronterizo de su sede social al extranjero quedaba supeditada a la existencia de un Convenio internacional que admitiese dicha posibilidad, tal y como se recogía en los artículos 149.2 de la LSA y 72.2 de la LSRL⁵³¹. Por ello, y en la medida en que el citado Convenio nunca llegó a aprobarse, la viabilidad

⁵²⁹ Sobre esta cuestión, *vid.* SANCHO VILLA, D., *La transferencia internacional de la sede social en el Espacio Europeo*, *op.cit.*, pp.22-23.

⁵³⁰ De este modo, el traslado transfronterizo de la sede social a Suiza por parte de sociedades constituidas con arreglo a un ordenamiento extranjero quedaba supeditado simplemente a la verificación de las siguientes condiciones: a) que la legislación del Estado de origen permitiese la operación de traslado con mantenimiento de la personalidad jurídica y modificación de la *lex societatis* (con el fin de evitar situaciones claudicantes); b) que se diese cumplimiento a los requisitos establecidos por el Derecho nacional del Estado de origen, si bien el Consejo Federal suizo podía incluso autorizar la modificación de estatuto jurídico de la sociedad incluso en aquellos supuestos en los que no cumplieren los requisitos establecidos por el Derecho extranjero (p.ej. en relación con la protección de los derechos de socios minoritarios y acreedores); y c) que la sociedad en cuestión se adaptase a una de las formas societarias propias del Derecho suizo (*vid.* artículos 161 y 162 de la Ley Federal de 18 de diciembre de 1987 de Derecho Internacional Privado). Por su parte, el traslado al extranjero de la sede social de una sociedad constituida con arreglo al ordenamiento suizo exigía: a) que se diese cumplimiento a las condiciones establecidas por el propio Derecho suizo; b) que la legislación del Estado de destino admitiese la operación de traslado con mantenimiento de la personalidad jurídica; y c) que se informase a los acreedores de la operación y del cambio del estatuto jurídico de la sociedad que ésta suponía, si bien tratándose de sociedades inscritas en el Registro se exigía de forma adicional y antes de proceder a la cancelación de la inscripción registral de la sociedad la acreditación fehaciente de que los acreedores consentían la operación de traslado o que sus créditos habían sido debidamente satisfechos o garantizados (*vid.* artículos 163 y 164 de la Ley Federal de 18 de diciembre de 1987 de Derecho Internacional Privado). Sobre esta cuestión, *vid.* ARENAS GARCÍA, R., *Registro Mercantil y Derecho del comercio internacional*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2000, pp.257-259 y 267.

⁵³¹ Una crítica a la exigencia de Convenio prevista en los artículos 149.2 de la LSA y 72.2 de la LSRL puede encontrarse en BLANCO-MORALES LIMONES, P., *La transferencia internacional de la sede social*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp.133-135. A su juicio, el artículo 58 del TCEE serviría de base para dar cumplimiento a este requisito, garantizando el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad en el marco de estas operaciones, aunque ésta tuviese que cambiar de nacionalidad y adaptarse al Derecho nacional del Estado miembro de destino. De este modo, el traslado de derecho de la sede social de una sociedad española al extranjero sería posible y quedaría sometido, desde la óptica de nuestro ordenamiento interno, al régimen general previsto para las modificaciones estatutarias. En relación con los aspectos registrales de estas operaciones, recogidos en los artículos 20 y 160 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (BOE nº 184, de 31 de julio de 1996), *vid.* FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Transferencia internacional de...”, *op.cit.*, pp.11906-11908.

efectiva de la operación resultaba más teórica que práctica⁵³². No obstante, en el caso inverso, y aun en ausencia de cualquier disposición específica al respecto en la LSA o en la LSRL, podría afirmarse que el artículo 309 del RRM relativo a la publicidad registral del traslado daba cobertura a la realización de operaciones de transferencia de derecho de la sede social de sociedades extranjeras con mantenimiento de la personalidad jurídica (tal y como muestra la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de febrero de 2000⁵³³), siempre, claro está, que la *lex societatis* del Estado de origen permitiese la operación en estos términos y la sociedad en cuestión se constituyese bajo una forma societaria propia del ordenamiento español⁵³⁴.

En relación con esta cuestión, no debe perderse de vista que en aquellos supuestos en los que una sociedad constituida con arreglo al Derecho nacional de otro Estado establecía en España su principal establecimiento o explotación⁵³⁵, estaba obligada, por una parte, a trasladar su domicilio social a nuestro país en virtud de lo establecido en los artículos 5.2 de la LSA y 6.2 de la LSRL⁵³⁶, debiendo constituirse como sociedad española⁵³⁷, y, por otra parte, a inscribirse en el Registro Mercantil⁵³⁸.

⁵³² En este sentido, ARENAS GARCÍA, R., *Registro Mercantil y Derecho...*, *op.cit.*, pp.261-262, entendía que el cambio de la *lex societatis* derivado del traslado transfronterizo de la sede social de una sociedad española conllevaba su disolución. Más flexible se mostraba GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. “El traslado del...”, *op.cit.*, pp.127 y ss., que distinguía entre dos supuestos: uno ordinario, en el que el traslado transfronterizo del domicilio social determinaba un cambio de la *lex societatis*, y otro extraordinario (reflejado en el artículo 20 del RRM), en el que la operación de traslado no implicaba una modificación de la *lex societatis*, de forma tal que la exigencia de Convenio internacional como requisito para el mantenimiento de la personalidad jurídica sólo resultaba exigible en relación con el segundo de los supuestos apuntados. Sobre esta cuestión, y en relación a la división doctrinal existente entre los partidarios y detractores de que estas operaciones de traslado al extranjero de la sede social de sociedades españolas pudiesen efectuarse con mantenimiento de la personalidad jurídica, *vid.* SANCHO VILLA, D., *La transferencia internacional de la sede social en el Espacio Europeo*, *op.cit.*, pp.233-234.

⁵³³ BOE nº 55, de 4 de marzo de 2000. Sobre esta resolución, relativa al traslado de la sede social de una sociedad de Liechtenstein a España, *vid.* SANCHO VILLA, D., “El traslado del domicilio social a España en el Registro Mercantil”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t.0, 2000, pp.465-483.

⁵³⁴ En este sentido, *vid.* GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. “El traslado del...”, *op.cit.*, p.135; o FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Transferencia internacional de...”, *op.cit.*, p.11891.

⁵³⁵ A este respecto, algunos autores como BLANCO-MORALES LIMONES, P., *La transferencia internacional de sede social*, Aranzadi, Cizur Menor, 1997, pp.107-109, han expresado sus dudas acerca del alcance exacto de los términos “principal establecimiento” o “principal explotación”, habida cuenta de que no pueden identificarse de forma inequívoca con el concepto de sede real, entendida como sede de administración efectiva. Sobre esta cuestión, SANCHO VILLA, D., *La transferencia internacional de la sede social en el Espacio Europeo*, *op.cit.*, pp.104-109, entiende que desde la óptica del Derecho comparado puede asumirse que el concepto de “principal establecimiento” hace referencia al lugar de administración y dirección efectiva de la sociedad (sede real), si bien se muestra partidaria de dar un alcance restrictivo al término “principal explotación” en línea con la interpretación que realiza la doctrina italiana del término “*oggetto principale*” (contenido en el artículo 25.1 in fine de la Ley nº 218, de 31 de mayo de 1995, sobre la reforma del sistema italiano de Derecho Internacional Privado) por cuanto se equipara al de la sede de administración y dirección efectiva de la sociedad.

⁵³⁶ Este requisito se encuentra actualmente previsto en el artículo 9.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE nº 161, de 3 de julio de 2010).

⁵³⁷ Una completa explicación del sistema español de atribución de la nacionalidad de las personas jurídicas previsto en el artículo 5 de la LSA y en el artículo 6 de la LSRL puede encontrarse en FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Transferencia internacional de...”, *op.cit.*, pp.11868-11873.

⁵³⁸ *Vid.* artículo 81.1 del RRM.

Ciertamente, la no verificación del cumplimiento de estas obligaciones se traduciría en el no reconocimiento de la sociedad como tal y su calificación como sociedad irregular, resultándole de aplicación el régimen de las sociedades colectivas si su objeto era mercantil⁵³⁹. Precisamente por este motivo, algunos autores han destacado como, en este tipo de supuestos, el posterior traslado de la sede social de la sociedad en cuestión desde el Estado miembro de constitución hacia España podría servir para “regularizar” su situación, y evitar los problemas derivados de su no reconocimiento⁵⁴⁰.

Por lo que respecta a los Estados miembros que seguían el modelo de la sede real, cabría señalar que no era infrecuente que sus ordenamientos jurídicos exigiesen a las sociedades cuyo establecimiento principal o sede de administración/dirección efectiva estuviese localizada en su territorio que estableciesen su sede estatutaria dentro del mismo⁵⁴¹. De este modo, el hecho de que la sede social de una sociedad estuviese localizada fuera del Estado miembro en el que tenía su sede real (sede de administración central/sede de dirección efectiva/establecimiento principal) determinaba, con carácter general, el no reconocimiento de la sociedad por parte de dicho Estado (tal y como sucedía, por ejemplo, en Alemania o Bélgica)⁵⁴² lo que, a su vez, se traducían en diferentes consecuencias jurídicas en función de la legislación societaria del Estado miembro en cuestión, pudiendo observarse una tendencia hacia la “degradación” de su tipo social y la aplicación del régimen de la sociedad irregular⁵⁴³.

⁵³⁹ En este sentido, *vid.* DOMÍNGUEZ PUNTAS, A., “Nacionalidad, domicilio social, y residencia fiscal de las sociedades mercantiles (III)”, *Crónica Tributaria*, nº148, 2003, p.66; o ARENAS GARCÍA, R., *Registro Mercantil y Derecho...*, *op.cit.*, pp.136-137.

⁵⁴⁰ Sobre esta cuestión, *vid.* ESTEBAN DE LA ROSA, F. *op.cit.*, p.76; o FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Transferencia internacional de...”, *op.cit.*, p.11883.

⁵⁴¹ En este sentido, *vid.* ARENAS GARCÍA, R., “Lex societatis y derecho de establecimiento”, en ARENAS GARCÍA, R., GÓRRIZ LÓPEZ, C., MIQUEL RODRÍGUEZ, J. (coords.), *Autonomía de la voluntad y exigencias imperativas en el derecho internacional de sociedades y otras personas jurídicas*, Atelier, Barcelona, 2014, p.130. A este respecto, se ha apuntado que el fundamento de esta exigencia se encuentra en la interpretación que dichos Estados miembros realizaban de la obligación impuesta por los antiguos artículos 2.1, 3.1 y 3.2 de la Primera Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados Miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros (DOUE L 65, de 14 de marzo de 1968, p.8) y relativa a la necesidad de inscribir los estatutos y la escritura de constitución de las sociedades anónimas en un Registro público situado en el lugar de incorporación de la sociedad. Así lo entiende, MUCCIARELLI, F., “Company ‘Emigration’ and EC Freedom of Establishment: Daily Mail Revisited”, *European Business Organization Law Review*, vol.9, nº2, 2008, pp.284-285.

⁵⁴² En este sentido, *vid.* SANCHO VILLA, D., *La transferencia internacional de la sede social en el Espacio Europeo*, *op.cit.*, p.86. No obstante, y a este respecto, ARENAS GARCÍA, R., “Lex societatis y derecho...”, *op.cit.*, pp.220 y 222 ha apuntado que este resultado del no reconocimiento por parte de los Estados miembros seguidores de la teoría de la sede real podría no producirse si el Estado miembro conforme a cuyo Derecho nacional fue creada la sociedad siguiese el modelo de la constitución, y siempre que se admita que la constitución de la sociedad “puede regirse por un Derecho y determinados aspectos del régimen societario por otro”. Asimismo, no puede perderse de vista que el posterior traslado de la sede social de la sociedad en cuestión al Estado miembro donde se encontraba localizada su sede de administración central o principal establecimiento podría abrir la puerta a que ésta fuese reconocida *ex novo* como una sociedad regular propia de dicho Estado miembro (en este sentido, *vid.* GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. “El traslado del...”, *op.cit.*, p.112).

⁵⁴³ En este sentido, *vid.* SANCHO VILLA, D., *La transferencia internacional de la sede social en el Espacio Europeo*, *op.cit.*, p.136.

En definitiva, podría afirmarse que, desde el punto de vista de los Estados miembros partidarios del modelo de la sede real, la posibilidad de llevar a cabo un traslado “aislado” de la sede social al extranjero con mantenimiento de la personalidad jurídica debía hacer frente a importantes obstáculos jurídicos que dificultaban en gran medida su viabilidad efectiva⁵⁴⁴. De hecho, en Alemania, si una sociedad constituida con arreglo al Derecho alemán trasladaba al extranjero su sede social manteniendo localizada su sede real en el territorio de dicho Estado miembro, la doctrina científica se encontraba dividida con respecto a cuáles serían las consecuencias materiales de la operación: para un sector mayoritario de la doctrina, el acuerdo de traslado sería nulo ya que las sociedades constituidas en Alemania deben tener su sede social en Alemania, mientras que para otros autores la operación determinaba la disolución de la sociedad, no siendo inscribible, en ningún caso, el acuerdo de traslado en el Registro alemán⁵⁴⁵. Siguiendo una línea similar, en Austria, la mayoría de la doctrina científica también era de la opinión de que este tipo de operaciones de traslado transfronterizo de la sede social llevadas a cabo por parte de sociedades constituidas de acuerdo con el Derecho austríaco conllevaba su disolución⁵⁴⁶.

Por lo que respecta al supuesto inverso, es decir, el traslado de la sede social de una sociedad constituida con arreglo a un ordenamiento extranjero a uno de estos Estados miembros partidarios del modelo de la sede real, parece que, con carácter general, requería la disolución de la sociedad en su Estado miembro de origen y su posterior reconstitución con arreglo al Derecho del Estado miembro de acogida⁵⁴⁷, si bien es cierto que un sector de la doctrina defendía la posibilidad de llevar a cabo estas operaciones con mantenimiento de la personalidad jurídica siempre que, por una parte, la sociedad extranjera pudiera acomodarse a alguna de las formas societarias previstas por el ordenamiento jurídico del Estado miembro de acogida, adaptando sus estatutos al

⁵⁴⁴ A este respecto, y sin ánimo de entrar en profundidad en esta cuestión, cabría señalar como en este tipo de Estados miembros, el mero traslado de la sede de administración central o dirección efectiva de la sociedad (sede real) tampoco estaba exento de dificultades desde la óptica del mantenimiento de la personalidad jurídica en la medida en que se alteraba el punto de conexión establecido por las normas de conflicto del Estado miembro de origen dando lugar a una modificación de la *lex societatis* (transferencia de derecho). Así, y a título de ejemplo, podría traerse a colación el caso de Alemania, donde el traslado de la sede real de una sociedad constituida de acuerdo con el ordenamiento jurídico alemán a otro Estado miembro conllevaba la disolución de la sociedad (en este sentido, *vid.* GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., “La *Sitztheorie* es...”, *op.cit.*, p.651). No obstante, lo cierto es que también pueden encontrarse Estados miembros representantes del modelo de la sede real que contaban con disposiciones específicas en sus ordenamientos destinadas a posibilitar la realización de estas operaciones con mantenimiento de la personalidad jurídica, tal y como sucedía en Portugal, donde el artículo 3.5 del Decreto-Lei nº 262/86, de 2 de septiembre por el que se aprueba el *Código das Sociedades Comerciais* establecía que “*a sociedade que tenha sede efectiva em Portugal pode transferi-la para outro país, mantendo a sua personalidade jurídica, se a lei desse país nisso convier*”. Asimismo, y en la situación inversa, también se contemplaba, sujeto al requisito de adaptación del estatuto social a las leyes portuguesas, el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad extranjera que traslada su sede efectiva a Portugal al disponer el artículo 3.2 del citado *Código das Sociedades Comerciais* que “*a sociedade que transfira a sua sede efectiva para Portugal mantém a personalidade jurídica, se a lei pela qual se regia nisso convier, mas deve conformar com a lei portuguesa o respectivo contrato social*”.

⁵⁴⁵ Sobre esta cuestión, *vid.* GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. “El traslado del...”, *op.cit.*, p.111.

⁵⁴⁶ En este sentido, *vid.* SANCHO VILLA, D., *La transferencia internacional de la sede social en el Espacio Europeo*, *op.cit.*, p.227.

⁵⁴⁷ *Ibid.*, pp.287-288.

Derecho nacional de dicho Estado, y, por otra parte, que la legislación doméstica del Estado miembro de origen admitiese la posibilidad de realizar la operación de traslado con mantenimiento de la personalidad jurídica⁵⁴⁸.

No obstante, en otros Estados miembros como Francia, el traslado transfronterizo de la sede social al extranjero con mantenimiento de la personalidad jurídica y modificación de la *lex societatis* de las sociedades anónimas resultaba posible siempre que el Estado miembro de acogida hubiese suscrito con Francia un Convenio donde se contemplase tal posibilidad⁵⁴⁹. A este respecto, cabría señalar como la falta de Convenios de esta naturaleza firmados por Francia, determinaba que, al igual que sucedía en el caso de España, esta posibilidad fuese más teórica que práctica, si bien es cierto que un sector de la doctrina, sobre la base de lo establecido en los artículos 31 y 60 de la Ley n° 66-537 de 24 de julio de 1966 sobre las sociedades comerciales, defendía la posibilidad de llevar a cabo estas operaciones con mantenimiento de la personalidad jurídica siempre que el acuerdo de traslado fuese adoptado por unanimidad⁵⁵⁰. En el supuesto inverso, las *Réponses Ministérielles* de 19 de febrero de 1972⁵⁵¹ y de 26 de enero de 1987⁵⁵² entendían que la inexistencia de disposiciones normativas específicas sobre la acogida de la sede social y transformación en una forma societaria francesa de una sociedad constituida de acuerdo con la legislación de otro Estado miembro, debía interpretarse como una negativa general a la realización de estas operaciones de traslado transfronterizo del domicilio social con mantenimiento de la personalidad jurídica⁵⁵³. Sin embargo, lo cierto es que la doctrina mayoritaria entendía que el traslado de la sede social a Francia por parte de una sociedad extranjera no determinaba *per se* la pérdida de su personalidad jurídica, siempre que así lo permitiera la legislación del Estado miembro de origen y la sociedad adaptase sus estatutos a lo establecido en el ordenamiento jurídico francés⁵⁵⁴.

En síntesis, y haciendo abstracción de toda la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en materia de libertad de establecimiento surgida desde comienzos del nuevo milenio en relación con el traslado transfronterizo de la sede social, así como de la aprobación del Reglamento (CE) n° 2157/2001 relativo a la Sociedad Europea, podría afirmarse que uno de los principales obstáculos que se planteaban a la realización de estas operaciones con cambio de *lex societatis*

⁵⁴⁸ Sobre esta cuestión, *vid.* ARENAS GARCÍA, R., “Lex societatis y derecho...”, *op.cit.*, p.253.

⁵⁴⁹ En este sentido, y en relación con las sociedades anónimas, *vid.* artículo 154 de la Ley n° 66-537 de 24 de julio de 1966 sobre las sociedades comerciales (JORF de 26 de julio de 1966), cuyo tenor literal se encuentra recogido actualmente en el artículo L225-97 del *Code de Commerce* francés.

⁵⁵⁰ Sobre esta cuestión *vid.* WYMEERSCH, E., “The Transfer of...”, *op.cit.*, p.11; y SANCHO VILLA, D., *La transferencia internacional de la sede social en el Espacio Europeo*, *op.cit.*, p.230.

⁵⁵¹ JOAN de 19 de mayo de 1972, p.1701.

⁵⁵² JOAN de 6 de abril de 1987, p.2000.

⁵⁵³ *Vid.* MENJUCQ, M., “Transformation transfrontalière: la CJUE poursuit son action militante pour pallier la carence de la Commission européenne!”, *Semaine Juridique (Édition Générale)*, n°41, 2012, p.1840.

⁵⁵⁴ En este sentido, *vid.* BLANCO-MORALES LIMONES, P., *La transferencia internacional de la sede social*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp.84-85.

(transferencia de derecho)⁵⁵⁵ pivotaba sobre el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad en cuestión en el marco de las mismas⁵⁵⁶. Ciertamente, el hecho de que la sociedad tuviera que disolverse y liquidarse en el Estado miembro de origen y, posteriormente, reconstituirse en el Estado miembro de destino para completar la operación de traslado, se traducían no sólo en elevados costes⁵⁵⁷, sino también en la aparición de importantes obstáculos administrativos, así como de la problemática relativa a la protección de los derechos de los accionistas minoritarios, acreedores, y trabajadores de la sociedad.

A este respecto, no puede perderse de vista que, aun cuando algunos Estados miembros disponían de normas en sus respectivas legislaciones domésticas que posibilitaban su realización, lo cierto es que su viabilidad efectiva quedaba comprometida en muchas ocasiones por un marco jurídico insuficiente, no sólo en el plano del Derecho societario sino también en el ámbito del Derecho registral, que impedía que la operación de traslado pudiera llevarse a cabo con las debidas garantías de seguridad jurídica y protección adecuada de los derechos de los colectivos afectados por la misma. Asimismo, la adaptación de los estatutos sociales al Derecho nacional del Estado miembro de destino por parte de la sociedad que trasladaba su sede social desde otro Estado miembro tampoco estaba exenta de aspectos problemáticos habida cuenta de las diferencias originarias entre las legislaciones domésticas de los diferentes Estados miembros con respecto a los requisitos y condiciones que debían verificar sus formas societarias nacionales; no obstante, y como bien han señalado algunos autores⁵⁵⁸, el

⁵⁵⁵ Nótese como en este trabajo nos estamos centrando en la problemática que planteaban las operaciones de traslado transfronterizo de la sede social que determinaban una modificación de la *lex societatis* por ser las que mayores inconvenientes presentaban desde el punto de vista práctico. Por lo que respecta a las denominadas “transferencias de hecho” (traslado transfronterizo de la sede social sin cambio de la ley aplicable), que tampoco estaban exentas de cuestiones conflictivas, nos remitimos al completo análisis realizado por SANCHO VILLA, D., *La transferencia internacional de la sede social en el Espacio Europeo*, *op.cit.*, pp.250-271.

⁵⁵⁶ Sobre esta cuestión, *vid.* EUROPEAN COMMISSION, *Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office*, SEC (2007) 1707, 12 December 2007, pp.9-10; VANISTENDAEL, F., “Taxation of corporate...”, *op.cit.*, p.900; o LOY, O., “La troisième directive...”, *op.cit.*, pp.354-355.

⁵⁵⁷ En primer lugar, tendríamos todos los gastos directos asociados a los trámites y procedimientos necesarios para completar la operación. Dichos gastos resultan particularmente elevados por lo que respecta a la liquidación de la sociedad, dependiendo de factores tales como el patrimonio de la sociedad, el número de acreedores, o la remuneración del profesional encargado de llevarla a cabo. A esto tendríamos que añadir, el coste financiero que supone para la sociedad, por una parte, el tener que dar cumplimiento a las obligaciones contraídas con sus acreedores antes de la fecha acordada y, por otra parte, la imposibilidad de utilizar sus activos durante el periodo de liquidación, aspecto este último que también tendrá repercusiones negativas para la empresa a nivel económico y/o comercial. En segundo lugar, desde el punto de vista fiscal, la disolución y liquidación de la sociedad daría lugar, con carácter general, al gravamen de las plusvalías derivadas del incremento de valor de los elementos patrimoniales de la sociedad, así como a la pérdida de los beneficios o incentivos fiscales cuya titularidad ostentaba la sociedad que se liquida en el Estado miembro de origen. De forma adicional, y en sede de los socios, la operación podría dar lugar al pago de impuestos sobre las transmisiones patrimoniales (*transfer taxes*) o impuestos sobre actos jurídicos documentados (*stamp duties*). Sobre esta cuestión, *vid.* EUROPEAN COMMISSION, *Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office*, SEC (2007) 1707, 12 December 2007, pp.40-41.

⁵⁵⁸ *Vid.* SANCHO VILLA, D., “La transferencia internacional de la sede social en el comercio internacional”, *Boletín Económico del ICE*, n°2674, 2000, pp.9-10.

avance del proceso de armonización en materia de Derecho societario llevado a cabo por el legislador europeo contribuía a reducir las dificultades existentes en este ámbito⁵⁵⁹.

A nuestro juicio, la reticencia natural de los Estados miembros a permitir estas operaciones de traslado transfronterizo de la sede social no resulta infundada si tenemos presente que, como resultado de las mismas, podía producirse no sólo una pérdida del “control jurídico” de las sociedades constituidas con arreglo a su Derecho nacional (al quedar éstas sometidas al ordenamiento jurídico del Estado miembro de destino), aun cuando la actividad económica de las mismas permaneciese en su territorio⁵⁶⁰, sino también, en determinados casos, la pérdida de la capacidad de gravar sus beneficios, habida cuenta de que la localización del domicilio social constituye uno de los criterios empleados para determinar la residencia fiscal de la sociedad y, por ende, su sujeción al Impuesto sobre Sociedades del Estado en cuestión.

Ahora bien, en relación con este último aspecto, es importante tener presente que, en la medida en que el concepto de “residencia fiscal” no se encuentra armonizado a nivel europeo, lo cierto es que aun cuando el traslado del domicilio social puede determinar que el Estado miembro de acogida considere a la sociedad como residente fiscal en su territorio, el Estado miembro de origen podría hacer lo propio empleando otros criterios de conexión contemplados en su legislación doméstica como, por ejemplo, la sede de dirección efectiva de la sociedad⁵⁶¹. De este modo, se produciría un supuesto de doble residencia fiscal que debería resolverse acudiendo a la solución prevista en el CDI aplicable al caso concreto. A este respecto nótese como, en línea con lo establecido en la Acción 6 del Proyecto BEPS⁵⁶², el actual artículo 4.3 del Modelo de Convenio de la OCDE (2017) ha sustituido el criterio tradicional para resolver los supuestos de doble residencia fiscal en favor del Estado en el que se encontrase situada la sede de dirección efectiva de la sociedad que figuraba en anteriores versiones del MCOCDE por un enfoque basado en el acuerdo amistoso entre las autoridades tributarias de los Estados implicados acerca de la residencia fiscal de la sociedad, para

⁵⁵⁹ A título de ejemplo, podría traerse a colación la aprobación en su momento de la Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital (DOCE L 26, de 31 de enero de 1977, p.1).

⁵⁶⁰ En este sentido, *vid.* CATHIARD, C., “European Added Value Assessment on a Directive on the cross-border transfer of company seats (14th company law Directive). Legal effects of the requested legislative instrument”, *Research paper by Jeantet Associés Aarpi*, 2012, p.75.

⁵⁶¹ A este respecto, algunos autores han apuntado que la armonización y coordinación de los factores de conexión que determinan la residencia fiscal sigue constituyendo un auténtico reto para el legislador europeo, de forma tal que, mientras sigan siendo las legislaciones nacionales de los Estados miembros las encargadas de su definición, existirá el riesgo de que se produzca una suerte de “vínculo interminable” (*never-ending link*) entre las sociedades y las diferentes jurisdicciones fiscales que limite las posibilidades de que éstas puedan trasladar su sede (social o real) sin tener que afrontar consecuencias fiscales adversas (*vid.* GONZÁLEZ SÁNCHEZ, E., y FRANCH FLUXÀ, J., *op.cit.*, p.221).

⁵⁶² OCDE, *Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios. Impedir la utilización abusiva de los convenios fiscales. Acción 6 – Informe final 2015*, OCDE, París, 2016.

cuya adopción deberá tenerse en cuenta la localización de su sede de dirección efectiva, su lugar de constitución, así como cualquier otro factor pertinente a estos efectos (p.ej. el lugar de realización de las reuniones del Consejo de administración)⁵⁶³.

1.2. El impacto de la jurisprudencia del TJUE sobre la interpretación de la libertad de establecimiento en el ámbito del traslado transfronterizo de la sede social

1.2.1. La libertad de los Estados miembros para definir los criterios de conexión que determinan el origen de la personalidad jurídica de una sociedad conforme a su ordenamiento y los requisitos para el mantenimiento de la misma

Tal y como ya hemos apuntado, la elección por parte de los Estados miembros de distintos criterios de conexión para determinar la *lex societatis* constituía un importante obstáculo para la realización de operaciones de traslado transfronterizo de la sede social (*registered office*) debido a la imperfecta interacción entre el modelo de incorporación y el modelo de la sede real, de forma tal que, en un buen número de supuestos, estas operaciones conllevaban la disolución y liquidación de la sociedad. En este sentido, una de las cuestiones esenciales que se planteaba pivotaba sobre la compatibilidad de estos modelos con el derecho de establecimiento garantizado por el Tratado, habida cuenta de los problemas que introducían en el ámbito de la movilidad transfronteriza de las empresas europeas. Ciertamente, no puede perderse de vista como, si bien las disposiciones del artículo 49 del TFUE se proyectan plenamente sobre el “derecho de establecimiento secundario” (apertura de agencias, sucursales o filiales en el territorio de otro Estado miembro)⁵⁶⁴, sólo lo hacen de forma parcial sobre el “derecho de establecimiento primario” habida cuenta de que el Tratado únicamente da cobertura explícita a la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades (tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 54 del TFUE) en el territorio de otro Estado miembro, pero no a otras manifestaciones del mismo tales como, por ejemplo, el traslado transfronterizo del domicilio social con mantenimiento de la personalidad jurídica. De ahí que, en relación con estas operaciones, y en ausencia de una norma de Derecho societario europeo que abordase la problemática que planteaban, la labor interpretativa del TJUE adquiriese una dimensión particularmente relevante⁵⁶⁵.

⁵⁶³ Vid. párrafo 24.1 de los Comentarios al artículo 4 del MCOEDE.

⁵⁶⁴ Vid. artículo 49 del TFUE, párrafo primero; y, en el mismo sentido, artículo 50.2 del TFUE, apartado f).

⁵⁶⁵ En este sentido, se ha afirmado que “la facultad de trasladar la sede social de una sociedad de un Estado miembro a otro es el corolario lógico de la libertad de establecimiento garantizada por los artículos 49 y 54 del Tratado. Sin embargo, el principio de la libertad de establecimiento previsto por el

A este respecto, no cabe duda de que, en línea de principio, las disposiciones del Tratado que garantizan la libertad de establecimiento se oponen a que el Estado miembro de origen pueda obstaculizar el establecimiento en otro Estado miembro de las sociedades constituidas de acuerdo con su legislación y que cumplan los requisitos del artículo 54 del TFUE⁵⁶⁶. Ahora bien, partiendo de esta base, el TJUE se ha esforzado en dejar meridianamente claro que, a diferencia de las personas físicas, las sociedades son entidades creadas en virtud de un ordenamiento jurídico nacional y, por tanto, sólo existen a través de la legislación doméstica que regula su constitución y funcionamiento⁵⁶⁷, lo cual no viene sino reflejar que el principio de asimilación entre personas físicas y jurídicas establecido en el párrafo primero del artículo 54 del TFUE no debe ser interpretado en un sentido estricto⁵⁶⁸.

De hecho, el Tribunal no sólo reconoció la existencia de una “amplia divergencia” entre los ordenamientos de los Estados miembros a la hora de determinar el vínculo de conexión con el territorio nacional exigido con vistas a la constitución de una sociedad, así como en relación a la posibilidad de que una sociedad constituida de acuerdo con sus respectivas legislaciones modifique posteriormente dicho vínculo, sino también que, de acuerdo con lo dispuesto por el propio Tratado, la citada disparidad de criterios, junto con la posibilidad y, en su caso, el procedimiento para llevar a cabo una operación de traslado transfronterizo de la sede social (o real) constituía un problema no resuelto por las normas sobre Derecho de establecimiento y que debía ser abordado a través de actuaciones legislativas o convencionales⁵⁶⁹. En esta misma línea, la doctrina mayoritaria ha venido señalando que el artículo 54 del TFUE no constituye una norma de conflicto de leyes que indique la legislación nacional aplicable a las sociedades, sino que su finalidad se circunscribe a delimitar los sujetos beneficiarios de la libertad de establecimiento, de forma tal que dicha cuestión queda en manos de las normas de conflicto de los Estados miembros, pudiendo éstas optar por los diferentes modelos de

Tratado no permite en la práctica que una sociedad pueda trasladarse desde su Estado miembro de origen a otro Estado miembro manteniendo su personalidad jurídica” (*vid. CATHIARD, C., op.cit., p.21*). En un sentido similar, *vid. MARTÍNEZ RIVAS, F., “Traslado internacional de sede social en la Unión Europea: del caso Daily Mail al caso Cartesio. Veinte años no son nada”, Cuadernos de Derecho Transnacional, vol.1, nº1, 2009, p.138; y VAN THIEL, S., “La supresión de la discriminación en materia de imposición sobre la renta como barrera a la libre circulación de personas en la Unión Europea”, Quincena Fiscal, nº12, 1996, p.45.*

⁵⁶⁶ De hecho, en palabras del propio TJUE, los derechos garantizados por el artículo 49 y siguientes del TFUE “quedarían vacíos de contenido si el Estado de origen pudiera prohibir que las empresas dejen el país con miras a establecerse en otro Estado miembro” (*vid. STJUE de 27 de septiembre de 1988, asunto C-81/87, The Queen v. Daily Mail and General Trust Plc, ap.16*).

⁵⁶⁷ *Vid. SSTJUE de 27 de septiembre de 1988, asunto C-81/87, The Queen v. Daily Mail and General Trust Plc, ap.19; de 16 de diciembre de 2008, asunto C-210/06, Cartesio Oktató és Szolgáltató bt, ap.104; y de 12 de julio de 2012, asunto C-378/10, VALE Építési, ap.27.*

⁵⁶⁸ En este sentido, *vid. CRAIG, P., DE BÚRCA, G., op.cit., p.779.*

⁵⁶⁹ *Vid. SSTJUE de 27 de septiembre de 1988, asunto C-81/87, The Queen v. Daily Mail and General Trust Plc, aps.20-23; de 5 de noviembre de 2002, asunto C-208/00, Überseering BV v. Nordica Construction Company Baumanagement GmbH, ap.69; y de 16 de diciembre de 2008, asunto C-210/06, Cartesio Oktató és Szolgáltató bt, aps.105-108.*

determinación de la *lex societatis* siempre que se respeten los límites derivados de la jurisprudencia del TJUE⁵⁷⁰.

A este respecto, no puede perderse de vista como el citado artículo 54 del TFUE, al definir las sociedades que pueden disfrutar del derecho de establecimiento, no recoge un criterio de conexión único que determine el Derecho nacional aplicable, sino que se limita a establecer una equivalencia entre la sede social, la administración central y el centro de actividad principal como vínculo de conexión para la determinar la sujeción de la sociedad al ordenamiento jurídico de un Estado miembro. De este modo, y en palabras del Tribunal, “la cuestión de si el artículo 49 TFUE se aplica a una sociedad que invoque la libertad fundamental consagrada por dicho artículo (...) constituye una cuestión previa que, en el estado actual del Derecho comunitario, sólo se puede responder sobre la base del Derecho nacional aplicable”⁵⁷¹. En definitiva, podría afirmarse que, uno de los principios que se extraía de la jurisprudencia del TJUE en los asuntos *Daily Mail*, *Cartesio* o *VALE Építési* pivotaba sobre el reconocimiento a los Estados miembros de la facultad para definir tanto el criterio de conexión exigido a las sociedades para que éstas puedan considerarse constituidas de acuerdo con su Derecho nacional y, por tanto, beneficiarse del derecho de establecimiento previsto por el Tratado, como el criterio requerido para mantener posteriormente tal condición⁵⁷².

1.2.2. El derecho de las sociedades constituidas de acuerdo con la legislación de un Estado miembro a trasladar su sede social al territorio de otro Estado miembro

Por lo que respecta a la operación de traslado transfronterizo de la sede social, y la posibilidad de realizarla sin que se produzca la liquidación de la sociedad en el Estado miembro de origen, debemos partir de la distinción entre dos supuestos bien diferenciados, a saber: 1) el traslado de la sede social de una sociedad constituida según el ordenamiento interno de un Estado miembro a otro Estado miembro sin cambio del Derecho por el que se rige; y 2) el traslado de la sede social de una sociedad creada de

⁵⁷⁰ En este sentido, *vid.*, entre otros, SANCHO VILLA, D., “La teoría de la sede y el derecho comunitario: a propósito de la sentencia Centros”, *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº4, 2001, pp.206-207; LOMBARDO, S., *op.cit.*, p.310; MUIR WATT, H., “Note sur l’arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 30 septembre 2003”, *Revue Critique de Droit International Privé*, nº1, 2004, p.176; o CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Sociedades fantasma y Derecho Internacional Privado”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº27, 2014, p.18.

⁵⁷¹ *Vid.* SSTJUE de 27 de septiembre de 1988, asunto C-81/87, *The Queen v. Daily Mail and General Trust Plc*, ap.20; de 16 de diciembre de 2008, asunto C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, ap.109; de 29 de noviembre de 2011, asunto C-371/10, *National Grid Indus BV v. Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam*, ap.26; y de 12 de julio de 2012, asunto C-378/10, *VALE Építési*, ap.28.

⁵⁷² *Vid.* SSTJUE de 16 de diciembre de 2008, asunto C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, aps.107 y 110; de 29 de noviembre de 2011, asunto C-371/10, *National Grid Indus BV*, ap.27; y de 12 de julio de 2012, asunto C-378/10, *VALE Építési*, ap.29. A este respecto, algún autor como SCHÜTZE, R., *European Union Law*, *op.cit.*, p.613, ha apuntado que la doctrina del TJUE no viene sino a confirmar la “neutralidad” de los Tratados de la UE en relación con el *status* de las sociedades nacionales.

acuerdo con la legislación de un Estado miembro a otro Estado miembro con cambio del Derecho nacional aplicable, a través de la transformación de la sociedad en una forma societaria regulada por la legislación doméstica del Estado miembro de destino.

De este modo, en el primero de los supuestos apuntados, la facultad reconocida en la sentencia del TJUE en el asunto *Cartesio*⁵⁷³ a los Estados miembros de definir los criterios de conexión exigidos para que una sociedad pueda considerarse constituida con arreglo a su Derecho nacional y mantenga posteriormente tal condición, se traduce en que el Estado miembro de origen podría impedir que una sociedad que pretende trasladar su domicilio social conserve su personalidad jurídica originaria en la medida en que dicha operación suponga la ruptura del vínculo de conexión establecido por su ordenamiento interno⁵⁷⁴. Esto obligaría a la sociedad en cuestión a disolverse y liquidarse en el Estado miembro de origen y reconstituirse en el Estado miembro de destino⁵⁷⁵.

⁵⁷³ El objeto del litigio traía causa de una operación societaria en virtud de la cual *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, sociedad comanditaria simple constituida conforme al Derecho húngaro y con domicilio social en ese Hungría, pretendía trasladar su sede de administración central a Italia pero conservando su condición de sociedad de Derecho Húngaro. Sin embargo, el tribunal mercantil húngaro competente para la llevanza del Registro denegó la petición de *Cartesio* relativa a la aprobación de la operación descrita anteriormente y la consiguiente modificación de la mención relativa a su domicilio en el Registro mercantil sobre la base de que el Derecho húngaro vigente no permitía a las sociedades constituidas conforme a su ordenamiento trasladar su sede real al extranjero y, al mismo tiempo, seguir sujetas a la ley húngara, como ley personal que regula su estatuto jurídico sino que, este tipo de operaciones, requerían la previa disolución de la sociedad en Hungría y la posterior constitución de conformidad con el ordenamiento del Estado en cuyo territorio fuese a establecer su nueva sede real (*vid.* STJUE de 16 de diciembre de 2008, asunto C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, aps.17-25).

⁵⁷⁴ *vid.* STJUE de 16 de diciembre de 2008, asunto C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, ap.110.

⁵⁷⁵ Lo mismo podría decirse en relación con aquellos supuestos de traslado transfronterizo de la sede real (“*head office*”, “*central administration*”, “*headquarters*” etc.) sin modificación de la *lex societatis* en los que la operación suponga la ruptura del vínculo de conexión que establece el Derecho nacional del Estado miembro de constitución (en este sentido, *vid.* BALLARINO, T., *op.cit.*, p.723; o REHBERG, M., “*Inspire Art – Freedom of establishment for companies in Europe between “abuse” and national regulatory concerns*”, *The European Legal Forum*, nº1, 2004, p.1). Ahora bien, y de acuerdo con lo establecido por el TJUE en la sentencia dictada en el asunto *Cartesio*, en aquellos supuestos en los que, de acuerdo con el ordenamiento interno del Estado miembro de constitución/origen, el traslado transfronterizo de la sede real no determinase la ruptura del vínculo de conexión de la sociedad con la legislación conforme a la cual fue constituida, dicho Estado miembro no podría oponerse sin más a la realización de la operación sino que, en ausencia de fraude o abuso, debería respetar la libertad de establecimiento garantizada por el artículo 49 del TFUE a las sociedades que cumplieren los requisitos del artículo 54 del TFUE, aun cuando la citada operación no se instrumentase a través de una transformación transfronteriza que determinase un cambio de la ley aplicable (*vid.* STJUE de 16 de diciembre de 2008, asunto C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, aps.112-113). Por su parte, el Estado miembro de destino estaría obligado a reconocer la capacidad jurídica y procesal que la sociedad en cuestión ostenta de conformidad con el Derecho de su Estado miembro de constitución (lo que implica que ésta seguirá sujeta a la legislación de su Estado miembro de origen aun cuando la mayor parte o la totalidad de sus actividades las realice en el Estado miembro de destino), pues lo contrario supondría ya no una mera restricción al derecho de establecimiento de la sociedad susceptible de posible justificación por razones de interés general, sino la “la negación misma de la libertad de establecimiento” prevista en los artículos 49 y 54 del TFUE (*vid.* STJUE de 5 de noviembre de 2002, asunto C-208/00, *Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, aps.92-95). Sobre la instauración de esta suerte de regla del “reconocimiento de situaciones jurídicas” o “principio de mutuo reconocimiento” (*Anerkennungsprinzip*), *vid.* CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho*

Ahora bien, en el supuesto de que el traslado de la sede social se instrumente a través de una operación de transformación transfronteriza con cambio del Derecho nacional aplicable (cumpliendo la sociedad en cuestión los requisitos de constitución impuestos por la legislación societaria doméstica del Estado miembro de destino y, en particular, el criterio adoptado para establecer los puntos de conexión de una sociedad con su ordenamiento jurídico nacional), el TJUE ha dejado claro en su sentencia sobre el asunto *Polbud*⁵⁷⁶ que la facultad para definir los criterios de conexión anteriormente mencionada no puede justificar que el Estado miembro de origen impida o disuada a la sociedad de llevar a cabo la operación de transformación transfronteriza, ya sea imponiendo su disolución y liquidación o simplemente exigiendo unos requisitos más restrictivos que los que operarían si se tratase de una transformación societaria a nivel interno⁵⁷⁷; todo ello, con independencia de que el traslado de la sede social no viniera acompañado del traslado de la sede real de la sociedad en cuestión al mismo Estado miembro.

En relación con esta última cuestión, cabría señalar como, frente a las alegaciones del gobierno austríaco que argumentaba que la libertad de establecimiento contemplada en los artículos 49 y 54 del TFUE no podía invocarse en aquellos supuestos en los que el traslado del domicilio “no viene motivado por el ejercicio de una actividad económica efectiva mediante una instalación permanente en el Estado miembro de acogida”, el TJUE invocó la doctrina derivada de sus sentencias en los asuntos *Centros* e *Inspire Art* para declarar que la operación en virtud de la cual una sociedad constituida con arreglo a la legislación de un Estado miembro se transforma en una sociedad sometida al Derecho nacional de otro Estado miembro, respetando el criterio adoptado por el Estado miembro de destino para establecer los puntos de conexión de una sociedad con su ordenamiento jurídico nacional, está comprendida en la libertad de establecimiento, aun cuando la sociedad en cuestión ejerza sus principales actividades económicas, o incluso todas ellas, en el Estado miembro de origen⁵⁷⁸. No

Internacional Privado, 14ª ed., Comares, Granada, 2013, pp.105-108; o CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Sociedades fantasma y...”, *op.cit.*, p.19.

⁵⁷⁶ La citada sentencia tiene su origen en una operación de traslado del domicilio social desde Polonia a Luxemburgo llevada a cabo por parte de una sociedad de responsabilidad limitada polaca (“*Polbud-Wykonawstwo sp. z o.o.*”) a través de una transformación transfronteriza en una sociedad de responsabilidad limitada propia del Derecho luxemburgués (con mantenimiento de su personalidad jurídica aunque modificando su denominación social por la de “*Consoil Geotechnik S.à.r.l.*”) que fue inscrita en el Registro Mercantil de Luxemburgo. Sin embargo, cuando la sociedad solicitó a las autoridades polacas la cancelación de su inscripción en el Registro Mercantil de dicho Estado (necesaria para completar la operación de traslado) éstas se opusieron alegando que se trataba de un trámite que, de acuerdo con lo establecido en la normativa doméstica, exigía la previa disolución y liquidación de la sociedad (*vid.* STJUE de 25 de octubre de 2017, asunto C-106/16, *Polbud- Wykonawstwo sp. z o.o.*, aps.8-12).

⁵⁷⁷ En este sentido, *vid.* SSTJUE de 25 de octubre de 2017, asunto C-106/16, *Polbud- Wykonawstwo sp. z o.o.*, aps.35, 43 y 51; y de 16 de diciembre de 2008, asunto C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, aps.112-113.

⁵⁷⁸ A este respecto, conviene recordar cómo, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE en los asuntos *Centros* e *Inspire Art*, todas aquellas situaciones en las que una sociedad constituida con arreglo al Derecho nacional de un Estado miembro y que cumple los requisitos del artículo 54 del TFUE, pretende establecer una sucursal en otro Estado miembro quedarían enmarcadas en el ámbito de aplicación de la

obstante, el propio Tribunal matizó que esto no afectaría a la capacidad de los Estados miembros para adoptar medidas destinadas a evitar que, aprovechándose de las posibilidades que ofrece el Tratado, las sociedades constituidas de acuerdo con sus respectivos ordenamientos pudiesen eludir de forma abusiva la aplicación de su legislación nacional, si bien deberían tener en cuenta que el hecho de establecer la sede (social o real) de una sociedad en un determinado Estado miembro con el fin de disfrutar de una legislación más ventajosa no constituye un abuso en sí mismo⁵⁷⁹.

Por tanto, una restricción de tal naturaleza a la libertad de establecimiento de la sociedad en cuestión por parte del Estado miembro de origen sólo resultaría admisible si estuviese justificada por razones imperiosas de interés general y se respetase el principio de proporcionalidad. A este respecto, no puede perderse de vista que, aun cuando la protección de los acreedores, socios minoritarios y trabajadores de la sociedad que lleva a cabo la operación, así como la lucha contra prácticas abusivas constituyen razones imperiosas de interés general susceptibles de ser invocadas en este tipo de supuestos para justificar una restricción a la libertad de establecimiento, el propio TJUE declaró que el hecho de que, en el marco de una operación de traslado transfronterizo de la sede

libertad de establecimiento prevista en el artículo 49 del TFUE y no podrían ser calificadas *a priori* como abusivas (salvo que, evidentemente, se demostrase la existencia de fraude o abuso en el caso concreto) con independencia de que: 1) dicha sociedad sólo hubiese sido constituida en el primer Estado miembro con el objeto de establecerse en el segundo, donde ejercería la parte fundamental o incluso la totalidad de sus actividades económicas, 2) la finalidad de esta operación residiese únicamente en evitar determinados requisitos impuestos por la legislación societaria del Estado miembro de destino en lo relativo a la constitución de sociedades (p.ej. en materia de capital mínimo exigido, desembolso de acciones, o responsabilidad de los administradores) y 3) el Derecho de sociedades no hubiese sido armonizado por completo en la Unión Europea (*vid.* SSTJUE de 9 de marzo de 1999, asunto C-212/97, *Centros Ltd v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, aps.17-18 y 28; y de 30 de septiembre de 2003, asunto C-167/01, *Inspire Art Ltd v. Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam*, aps.95-96 y 105). En la práctica, esto se traduciría en que el Estado miembro de destino no podría denegar la inscripción en el Registro Mercantil de la sucursal o “pseudo-sucursal” de una sociedad extranjera válidamente constituida de acuerdo con el ordenamiento más flexible de otro Estado miembro, ni someterla de forma imperativa a los requisitos establecidos en su Derecho interno para la constitución de sociedades, en la medida en que esto supondría una restricción a la libertad de establecimiento que no encontraría justificación en razones imperiosas de interés general tales como la protección de los intereses de los acreedores, la lucha contra el ejercicio abusivo de la libertad de establecimiento, la preservación de la eficacia de los controles fiscales, o la lealtad de las transacciones comerciales, y en todo caso, dichas medidas irían va más allá de lo necesario para alcanzar sus objetivos, pudiendo adoptarse a tal efecto medidas menos limitativas de la libertad de establecimiento (*vid.* SSTJUE de 9 de marzo de 1999, asunto C-212/97, *Centros Ltd v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, aps.34, 37, y 39; y de 30 de septiembre de 2003, asunto C-167/01, *Inspire Art Ltd v. Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam*, aps.109-143). Sobre esta cuestión, *vid.* MUIR WATT, H., *op.cit.*, p.178; WYMEERSCH, E., “Centros: A landmark...”, *op.cit.*, pp.6-7; o GARCIMARTÍN ALFÉREZ, J., “La *Sitztheorie* es...”, *op.cit.*, pp.673-680.

⁵⁷⁹ *Vid.* STJUE de 25 de octubre de 2017, asunto C-106/16, *Polbud- Wykonawstwo sp. z o.o.*, aps.32-41. Ciertamente, este planteamiento contrasta con el adoptado por la Abogado General Kokott en sus conclusiones donde se afirmaba que el traslado del domicilio social de una sociedad constituida con arreglo a la legislación de un Estado miembro a otro Estado miembro con el fin de transformarse en una sociedad de este último estaría comprendida en el ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento “siempre que exista o se pretenda llevar a cabo una implantación real de dicha sociedad en el otro Estado miembro con el fin de ejercer en él una actividad económica efectiva (...)” (*vid.* Conclusiones de la Abogado General Kokott, presentadas el 4 de mayo de 2017, asunto C-106/16, *Polbud- Wykonawstwo sp. z o.o.*, ap.43). En favor del criterio adoptado por el TJUE en este punto, *vid.* GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., “De nuevo sobre el traslado de sede social al extranjero: comentario al caso Polbud”, *La Ley Mercantil*, n°41, 2017, pp.4-5.

social articulada a través de una transformación en una sociedad regida por el Derecho del Estado miembro de destino, la legislación doméstica del Estado miembro de origen exija, con carácter general y sin tener en cuenta el riesgo real de perjudicar los intereses de los citados colectivos, la liquidación de la sociedad en cuestión como requisito previo para proceder a la cancelación de su inscripción registral, constituye una restricción a su libertad de establecimiento que, por una parte, va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de protección de los intereses de los colectivos anteriormente mencionados (pudiendo adoptarse medidas menos restrictivas a tal efecto⁵⁸⁰) y, por otra parte, supone la introducción de una suerte de presunción general de existencia de abuso en este tipo de operaciones contraria a la doctrina del TJUE; todo lo cual determina la incompatibilidad de la legislación del Estado miembro en cuestión con la libertad de establecimiento prevista en los artículos 49 y 54 del TFUE⁵⁸¹.

Por otra parte, es importante tener presente que la obligación de respetar la libertad de establecimiento de las sociedades que cumplan los requisitos del artículo 54 del TFUE y que pretenden trasladar su sede social a otro Estado miembro a través de una transformación transfronteriza no queda circunscrita al Estado miembro de origen, sino que se extiende al Estado miembro de destino, tal y como quedó de manifiesto en la sentencia del TJUE en el asunto *VALE Építési*⁵⁸². De este modo, y partiendo de la base de que las operaciones de transformación de sociedades (*cross-border conversion*) constituyen una modalidad particular de ejercicio de la libertad de establecimiento prevista en el Tratado⁵⁸³, una de las principales conclusiones que se extraía de la citada

⁵⁸⁰ En este sentido, y a título de ejemplo, se apunta que los intereses de los acreedores podrían salvaguardarse de forma adecuada a través de la constitución de garantías bancarias o de otras garantías equivalentes (*vid.* STJUE de 25 de octubre de 2017, asunto C-106/16, *Polbud- Wykonawstwo sp. z o.o.*, ap.58).

⁵⁸¹ *Vid.* STJUE de 25 de octubre de 2017, asunto C-106/16, *Polbud- Wykonawstwo sp. z o.o.*, aps.52-65.

⁵⁸² El origen del caso debemos situarlo en una operación de transformación transfronteriza en virtud de la cual, una sociedad italiana de responsabilidad limitada (“*VALE Costruzioni Srl*”) pretendía trasladar su domicilio social a Hungría. Presentada la preceptiva solicitud ante las autoridades encargadas del Registro Mercantil de Roma, donde *VALE* se encontraba inscrita, éstas procedieron a cancelar su inscripción registral. Asimismo, y dado que la intención de la sociedad era operar conforme al Derecho húngaro, se procedió a la aprobación en Roma de los estatutos de “*VALE Építési Kft*” bajo la forma de sociedad húngara de responsabilidad limitada y al desembolso del capital mínimo exigido por el ordenamiento húngaro para que la sociedad pudiese ser inscrita en el Registro Mercantil de dicho Estado. No obstante, los órganos jurisdiccionales competentes del Estado de destino (Hungría) denegaron la solicitud de inscripción alegando que, con arreglo a la legislación húngara aplicable en materia de Derecho de sociedades, una sociedad constituida y registrada en Italia no podía trasladar su domicilio social a Hungría, aun cuando la legislación húngara sí contemplaba la posibilidad de llevar a cabo operaciones de transformación de naturaleza puramente interna (*vid.* STJUE de 12 de julio de 2012, asunto C-378/10, *VALE Építési*, aps.9-12).

⁵⁸³ *Vid.* STJUE de 13 de diciembre de 2005, asunto C-411/03, *SEVIC Systems AG*, ap.19. A este respecto, se ha señalado que la sentencia del TJUE en el asunto *Cartesio* (apartados 111-113) empleaba el término “conversión” de una forma un poco ambigua, y no dejaba claro si dicho concepto debía entenderse de una forma restrictiva, esto es, como el cambio de un tipo societario propio de un ordenamiento en su “equivalente funcional” en el ordenamiento de otro Estado miembro (sociedad anónima española en una GmbH alemana), o de una forma amplia que permitiera cualquier tipo de cambio en la forma jurídica de la sociedad (sociedad anónima española en un *partnership* inglés), tal y como permitían Estados miembros como Alemania (sobre esta cuestión, *vid.* GERNER-BEUERLE, C., SCHILLIG, M., *op.cit.*, pp.319-320; o WISNIEWSKI, A., OPALSKI, A., *op.cit.*, pp.615-617).

sentencia residía en que el Estado miembro de destino no podría otorgar un tratamiento discriminatorio a las transformaciones internas y a las transformaciones transfronterizas, en el sentido de que si su Derecho nacional preveía para las sociedades nacionales la facultad de transformarse, no podría denegar, con carácter general, la posibilidad de que una sociedad constituida de acuerdo con la legislación de otro Estado miembro se transformase en una forma societaria propia de su ordenamiento⁵⁸⁴.

A juicio del Tribunal, tal diferencia de trato en función de la naturaleza interna o transfronteriza de la operación de transformación por parte del Estado miembro de destino podría disuadir a las sociedades constituidas de acuerdo con la legislación de otro Estado miembro de ejercer su derecho de establecimiento garantizado por el Tratado, introduciendo una restricción a dicha Libertad Fundamental que no encontraría justificación ni en la inexistencia de normas de Derecho derivado de la UE, ni en razones imperiosas de interés general tales como la protección de los intereses de ciertos colectivos (acreedores, socios minoritarios y trabajadores), la preservación de la eficacia de los controles fiscales, o la lealtad de las transacciones comerciales, por cuanto una normativa nacional que impone la denegación general y sistemática de las operaciones de transformación transfronteriza, aun cuando determinados intereses no se encuentren amenazados, iría más allá de lo necesario para alcanzar sus objetivos⁵⁸⁵.

No obstante, el TJUE reconoció que lo dicho anteriormente en modo alguno afectaba, por una parte, a la facultad del Estado miembro de acogida de definir el criterio de conexión exigido a una sociedad para que ésta pudiera considerarse constituida de conformidad con su Derecho nacional, así como el requerido para mantener posteriormente tal condición⁵⁸⁶ y, por otra parte, a su competencia para aplicar las normas establecidas en su Derecho nacional sobre transformaciones internas que regulaban la constitución y el funcionamiento de una sociedad (si bien deberían respetarse los límites derivados de la aplicación de los principios de equivalencia y efectividad)⁵⁸⁷.

A este respecto, conviene recordar como el principio de equivalencia exige que las medidas contempladas en las diferentes legislaciones nacionales al objeto de garantizar derechos conferidos por el Derecho de la UE no resulten menos favorables que las aplicables a las situaciones semejantes de carácter interno. Por tanto, la aplicación de este principio al ámbito de las transformaciones transfronterizas se traducía en que los Estados miembros podían exigir en relación con estas operaciones el cumplimiento de los mismos requisitos que operaban en el ámbito de las transformaciones internas, pero no otorgarles un tratamiento menos favorable por la mera presencia del elemento transfronterizo. De este modo, si la legislación de un Estado miembro exigía, en el marco de una transformación interna, la existencia de una continuidad jurídico-económica entre la sociedad predecesora que solicitó la

⁵⁸⁴ Vid. STJUE de 12 de julio de 2012, asunto C-378/10, *VALE Építési*, ap.41.

⁵⁸⁵ Vid. STJUE de 12 de julio de 2012, asunto C-378/10, *VALE Építési*, aps.34-40.

⁵⁸⁶ Vid. STJUE de 12 de julio de 2012, asunto C-378/10, *VALE Építési*, aps.30-32.

⁵⁸⁷ Vid. STJUE de 12 de julio de 2012, asunto C-378/10, *VALE Építési*, aps.48-52.

transformación y la sociedad sucesora, tal exigencia también podría imponerse en el marco de una transformación transfronteriza. Por otra parte, si con motivo de la realización de una operación de transformación interna, las autoridades competentes de un Estado miembro debían inscribir en el Registro Mercantil una mención relativa a la sociedad predecesora de la sociedad transformada, la negativa a realizar esta anotación cuando la sociedad predecesora había sido constituida de acuerdo con la legislación de otro Estado miembro resultaría incompatible con el principio de equivalencia⁵⁸⁸.

Por lo que respecta al principio de efectividad, cabría señalar que está orientado a evitar que las medidas establecidas por el Derecho nacional de los diferentes Estados miembros pueda imposibilitar o dificultar en exceso el ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho de la UE. A este respecto, el TJUE precisó que, desde la óptica del derecho de establecimiento previsto en el Tratado, y a falta de reglas específicas proporcionadas por normas de naturaleza europea, no existía inconveniente alguno en que fuera la legislación doméstica del Estado miembro de destino la encargada de regular el procedimiento de registro de la nueva sociedad (sociedad transformada) en su territorio, así como las pruebas que debía aportar la sociedad que solicita su transformación para demostrar el cumplimiento de las condiciones exigidas por el Estado miembro de origen para llevar a cabo la operación y que, en todo caso, también deberían ser compatibles con el Derecho de la UE. Ahora bien, en el marco de dicho procedimiento de registro, las autoridades del Estado miembro de destino estarían obligadas a tener debidamente en cuenta los documentos emitidos por las autoridades competentes del Estado miembro de origen que acreditan que la sociedad extranjera que pretende transformarse cumplió efectivamente las condiciones establecidas en su Derecho nacional para poder llevar a cabo la operación, ya que, de no hacerlo, la prueba del cumplimiento de dichos requisitos podría resultar imposible para la sociedad en cuestión, lo que haría peligrar la culminación con éxito de la operación de transformación transfronteriza⁵⁸⁹. De hecho, podían encontrarse voces entre la doctrina que, aun reconociendo que no podía exigirse a los Estados miembros que dispensasen un trato más favorable a las transformaciones transfronterizas que a las transformaciones internas, entendían que el Estado miembro de destino, a la hora de aplicar su normativa doméstica en materia de transformaciones internas a un supuesto transfronterizo, debía optar por una interpretación “flexible” de determinadas condiciones y requisitos con el fin de permitir la realización efectiva de la operación⁵⁹⁰.

En definitiva, y sobre la base de lo anteriormente expuesto, podría afirmarse que la jurisprudencia del TJUE en los asuntos *Cartesio*, *VALE Építési* y *Polbud* contribuyó de forma decisiva a posibilitar o facilitar el traslado de la sede social de una sociedad constituida en un Estado miembro a otro Estado miembro sin liquidación de la sociedad en su Estado miembro de origen a través de la realización de operaciones de transformación transfronteriza (*cross-border conversions*), delimitando las obligaciones

⁵⁸⁸ Vid. STJUE de 12 de julio de 2012, asunto C-378/10, *VALE Építési*, aps.54-57.

⁵⁸⁹ Vid. STJUE de 12 de julio de 2012, asunto C-378/10, *VALE Építési*, aps.58-61.

⁵⁹⁰ En este sentido, vid. MENJUCQ, M., *op.cit.*, p.1840.

de los Estados miembros de origen y de destino sobre la base de la interpretación del derecho de establecimiento previsto en los artículos 49 y 54 del TFUE⁵⁹¹.

De hecho, la sentencia del Tribunal Superior Regional de Núremberg (*Oberlandesgericht Nürnberg*), de 19 de junio de 2013, 12 W 520/13, admitió, sobre la base de la jurisprudencia del TJUE en el asunto *VALE Építési*, la validez bajo el ordenamiento jurídico alemán del traslado transfronterizo del domicilio social de una sociedad de responsabilidad limitada constituida con arreglo a la legislación luxemburguesa (*société à responsabilité limitée*) y con sede social en dicho Estado miembro, desde Luxemburgo a Alemania, a través de la transformación en una sociedad de responsabilidad limitada constituida bajo la legislación alemana (*gesellschaft mit beschränkter Haftung*). De este modo, y aun cuando la sociedad luxemburguesa (que, como resultado de la operación, pasó a quedar sujeta al ordenamiento alemán) tuvo que modificar su nombre corporativo así como determinados artículos de sus estatutos, el traslado transfronterizo del domicilio social no dio lugar a la liquidación de la sociedad en Luxemburgo, sino que simplemente fue dada de baja en el Registro una vez completada la operación⁵⁹². Por su parte, la sentencia del Tribunal Superior Regional de Berlín (*Kammergericht Berlin*), de 21 de marzo de 2016, 22 W 64/15, siguiendo la línea de la resolución judicial anteriormente citada, admitió el traslado del domicilio social, desde París a Berlín, por parte de una sociedad de responsabilidad limitada francesa (*société à responsabilité limitée*) a través de una operación de transformación transfronteriza en una sociedad de responsabilidad limitada alemana (*gesellschaft mit beschränkter Haftung*)⁵⁹³.

Asimismo, es importante tener presente que la importancia de la doctrina del TJUE en materia de libertad de establecimiento no se limita en la práctica a los Estados miembros de la Unión Europea sino que, dada la similitud entre la redacción de los artículos 49 y 54 del TFUE y los artículos 31 y 34 del Acuerdo sobre el Espacio

⁵⁹¹ En relación con esta cuestión, resulta relevante la configuración por parte de las citadas sentencias (puestas en relación con la sentencia del TJUE en el asunto *SEVIC Systems*) de las operaciones de transformación transfronteriza como una modalidad de ejercicio del derecho de establecimiento primario previsto en el Tratado, debiendo la sociedad que se transforma cumplir los requisitos establecidos por la legislación del Estado miembro de destino y, en particular, el criterio adoptado por éste para establecer los puntos de conexión de una sociedad con su ordenamiento interno (en esta misma línea, *vid.* O'SHEA, T., "ECJ says Hungarian conversion rules unacceptable", *Tax Notes International*, vol.67, n°13, 2012, p.1218).

⁵⁹² Un análisis más en profundidad de este caso puede encontrarse en PROP, F. y FELLEISEN, F. "Cross-border transfer of the registered office – yet another attempt or a breakthrough?", *Deloitte Tax News*, 22.09.2014, disponible en <http://www.deloitte-tax-news.de/german-tax-legal-news/cross-border-transfer-of-the-registered-office-yet-another-attempt-or-a-breakthrough.html> (consultado por última vez el 8.2.2017).

⁵⁹³ En este sentido, *vid.* ERNST&YOUNG, "Cross-border transformation of a French SARL into a German GmbH", *German Tax & Legal Quarterly*, n°3, 2016, p.15, disponible en [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/2016_EY_GTLQ_Q3/\\$FILE/EY_GTLQ_Issue-3_2016.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/2016_EY_GTLQ_Q3/$FILE/EY_GTLQ_Issue-3_2016.pdf) (consultado por última vez el 8.2.2017).

Económico Europeo, la doctrina mayoritaria entiende que también despliega sus efectos sobre los Estados miembros del Espacio Económico Europeo⁵⁹⁴.

1.3. Las limitaciones de la jurisprudencia del TJUE en relación con el traslado transfronterizo de la sede social, así como del uso de “vías indirectas» para llevar a cabo estas operaciones

En cualquier caso, y aun cuando debe reconocerse la importancia de la jurisprudencia del TJUE en materia de libertad de establecimiento al objeto de facilitar el traslado transfronterizo de la sede social sin liquidación de la sociedad en su Estado miembro de origen, lo cierto es que no se configuraba como una solución definitiva para resolver la problemática que afectaba a estas operaciones. En este sentido, cabría señalar como la jurisprudencia del TJUE no proporcionaba un marco de protección adecuado de los derechos de los accionistas minoritarios, trabajadores, y acreedores de la sociedad que trasladaba su domicilio social⁵⁹⁵, ni profundizaba en algunos aspectos relevantes de las operaciones de transformación transfronteriza, tales como el momento preciso en el que se produce la ruptura del vínculo de conexión de la sociedad con el Estado miembro de origen y surge el vínculo de conexión con el Estado miembro de destino, o el momento a partir del cual la sociedad deja de estar sujeta a la legislación del Estado miembro de origen y queda sujeta a la legislación del Estado miembro de destino⁵⁹⁶.

Asimismo, conviene recordar, por una parte, que el ámbito de actuación del TJUE pivota sobre supuestos fácticos concretos⁵⁹⁷ (estando sujeta la interpretación de sus decisiones por parte de los Estados miembros a un cierto margen de discrecionalidad) y, por otra parte, que en ausencia de una norma europea que abordase la problemática que presentaban las transformaciones transfronterizas, serían los Derechos nacionales de los Estados miembros de origen y de destino los encargados de

⁵⁹⁴ En este sentido, *vid.*, entre otros, BRASSEUR, M., VERMEYLEN, J., *op.cit.*, p.42; o KIENINGER, E.M^a, “Internationales Gesellschaftsrecht nach “Centros”, “Überseering” und “Inspire Art”: Antworten, Zweifel und offene Fragen”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2004, pp.702 y ss., citado por PORTALE, G.B, “La riforma delle società di capitali tra diritto comunitario e diritto internazionale privato”, *Europa e Diritto Privato*, n°1, 2005, pp.135-136.

⁵⁹⁵ *Vid.* EUROPEAN COMMISSION (DIRECTORATE GENERAL INTERNAL MARKET AND SERVICES), *Feedback statement. Summary of responses to the public consultation on cross-border transfers of registered offices of companies*, Brussels, September 2013, pp.11-12.

⁵⁹⁶ Sobre esta cuestión, *vid.* WEGRZYNOWSKA, B., “Cartesio: analysis of the case”, *European Journal of Legal Studies*, vol.2, n°2, 2009, pp.74-75.

⁵⁹⁷ En este sentido, resultan ilustrativas las palabras de WISNIEWSKI, A., OPALSKI, A., *op.cit.*, pp.620-621, cuando afirman que “una sentencia en un caso concreto confirmando la existencia de una determinada libertad no puede reemplazar a normas transparentes de carácter sustantivo y procedimental relativas a la operación transfronteriza en cuestión o eliminar los obstáculos resultantes de diferentes enfoques acerca de los problemas de conflicto de leyes”. Nótese, también que el TJUE sólo podrá llevar a cabo su labor si el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro en cuestión plantea la correspondiente cuestión prejudicial.

establecer las normas que permitiesen su realización, sin perjuicio de que éstas quedasen sometidas al control de los artículos 49 y 54 del TFUE⁵⁹⁸.

Por otra parte, y más allá de las limitaciones propias de la jurisprudencia del TJUE para abordar la problemática que planteaban las operaciones de traslado transfronterizo de la sede social, cabría señalar que, antes de que viera la luz la Directiva 2019/2121/UE, la aprobación de otras normas europeas en el ámbito societario había abierto la puerta a diferentes posibilidades para la realización de dichas operaciones. Así, desde la entrada en vigor del Reglamento (CE) n° 2157/2001, las sociedades anónimas de los distintos Estados miembros tenían la opción de transformarse en una Sociedad Europea⁵⁹⁹ como paso previo al traslado de su domicilio social a otro Estado miembro, quedando garantizada de este modo, la continuidad de la personalidad jurídica, los derechos de trabajadores, accionistas y acreedores⁶⁰⁰, así como el carácter fiscalmente neutro de la operación (siempre que se diera cumplimiento a lo establecido en los artículos 12 a 14 de la Directiva 2009/133/CE). Con carácter adicional, y en caso de que la forma societaria europea no se adaptase a las necesidades de la empresa en cuestión, siempre existiría la posibilidad de que la Sociedad Europea se “reconvirtiese” en una sociedad anónima sujeta al ordenamiento jurídico del Estado miembro de destino⁶⁰¹.

Sin embargo, lo cierto es que, como hemos visto, la *Societas Europaea* nunca llegó a tener el impacto deseado entre las empresas europeas, de forma tal que su utilidad como instrumento a través del cual articular un traslado transfronterizo del domicilio social ha tenido más relevancia desde el plano teórico que desde el punto de vista práctico⁶⁰². En este sentido, y de forma sucinta, cabría señalar como, más allá del elevado coste de constitución de la Sociedad Europea, así como de su restrictivo régimen jurídico, existen una serie de cuestiones que vendrían a limitar el atractivo de una operación ya de por sí encorsetada en el estricto régimen del artículo 8 del Reglamento (CE) n° 2157/2001, a saber⁶⁰³: la posibilidad de que el Estado miembro de

⁵⁹⁸ Vid. STJUE de 12 de julio de 2012, asunto C-378/10, *VALE Építési*, aps.43-45.

⁵⁹⁹ Vid. artículo 37 del Reglamento (CE) n° 2157/2001.

⁶⁰⁰ Vid. artículo 8 del Reglamento (CE) n° 2157/2001. De hecho, en una consulta pública lanzada por la Comisión en el año 2012 acerca del futuro del Derecho societario europeo, la mayoría de participantes destacó que la posibilidad de realizar determinadas operaciones transfronterizas, como el traslado del domicilio social, o la disminución de los costes tradicionalmente asociados a las mismas constituían dos de los principales factores de valor añadido que aportaban las formas societarias de naturaleza europea (vid. EUROPEAN COMMISSION (DIRECTORATE GENERAL INTERNAL MARKET AND SERVICES), *Feedback statement. Summary of responses to the public consultation on the future of European company law*, Brussels, July 2012, p.6).

⁶⁰¹ Vid. artículo 66 del Reglamento (CE) n° 2157/2001.

⁶⁰² En este sentido, conviene recordar que entre los años 2004 y 2014 tan sólo el 4% de las Sociedades Europeas registradas en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo llevó a cabo una operación de traslado transfronterizo del domicilio social (vid. CARLSON, A., KELEMEN, M., y STOLLT, M., *op.cit.*, p.10).

⁶⁰³ Una lista más detallada de estos aspectos problemáticos puede encontrarse en EUROPEAN COMMISSION, *Synthesis on the comments on the consultation document of the Internal Market and Services Directorate-General on the results of the study on the operation and the impacts of the Statute for a European Company (SE)*, Julio 2010, pp. 7-8 y 12-16; o en EUROPEAN COMMISSION, *Accompanying document to the Report from the Commission to the European Parliament and the Council*

origen pueda oponerse a la operación alegando “razones de interés público”⁶⁰⁴, lo cual podría introducir un factor de riesgo para las Sociedades Europeas interesadas en realizar estas operaciones debido al coste potencial que la paralización del traslado de domicilio social podría suponer, o la exigencia de que la sede de administración central de la Sociedad Europea deba trasladarse con el domicilio social⁶⁰⁵.

Del mismo modo, podría decirse que la aprobación en su momento de la Directiva 2005/56/CE aportó una nueva vía para articular estas operaciones a través de la creación *ex novo* de una filial de la sociedad en el pretendido Estado miembro de destino que posteriormente absorbería a su matriz situada en el Estado de origen, lo que evitaría que la sociedad en cuestión tuviese que liquidarse en su Estado miembro de origen y reconstituirse en el Estado miembro de destino con todas las implicaciones que esto conllevaba (desaparición de todos los gastos administrativos, fiscales y financieros derivados de esta operación). Ahora bien, el uso de esta fórmula para llevar a cabo un traslado transfronterizo de la sede social llevaba aparejados los costes derivados de la creación de una filial en el Estado miembro de destino, así como los relativos al propio proceso de fusión⁶⁰⁶. Asimismo, resultaría esencial que la citada operación de fusión quedase cubierta por el régimen de neutralidad fiscal previsto en la Directiva 2009/133/CE.

Ahora bien, aun cuando el uso de estas vías “indirectas” amparadas por el Reglamento (CE) n° 2157/2001 y por la Directiva 2005/56/CE para llevar a cabo el traslado transfronterizo del domicilio social contribuía a eliminar los problemas que presentaba la operación en relación con la protección de accionistas, acreedores, o trabajadores, y podía suponer una reducción de costes en comparación con la realización de la misma de forma “directa” (esto es, a través de la aplicación de las legislaciones societarias de los Estados miembros involucrados en la operación cuando éstas no permiten que la operación se lleve a cabo con mantenimiento de la personalidad jurídica), resultaba evidente que la regulación del traslado transfronterizo del domicilio social a través de normas de naturaleza europea y, muy especialmente, el diseño de un procedimiento específico para su ejecución, permitiría garantizar la protección de los derechos de los colectivos afectados por la operación, así como unos mayores niveles de seguridad jurídica a un coste incluso menor⁶⁰⁷.

on the application of Council Regulation 2157/2001 of 8 October 2010 on the Statute for a European Company (SE), SEC (2010) 1391 final, 17 November 2010, pp.7-13.

⁶⁰⁴ Vid. artículo 8.14 del Reglamento (CE) n° 2157/2001.

⁶⁰⁵ Vid. artículo 7 del Reglamento (CE) n° 2157/2001.

⁶⁰⁶ Sobre esta cuestión, vid. EUROPEAN COMMISSION, *Study on the Law Applicable to Companies. Final report*, 2016, p.333 (el documento resulta accesible a través del siguiente enlace <http://www.lse.ac.uk/business-and-consultancy/consulting/assets/documents/study-on-the-law-applicable-to-companies.pdf>).

⁶⁰⁷ Sobre esta cuestión, vid. EUROPEAN COMMISSION, *Report of the reflection group on the future of EU company law*, 5 April 2011, p.20; y EUROPEAN COMMISSION (DIRECTORATE GENERAL INTERNAL MARKET AND SERVICES), *Feedback statement. Summary of responses to the public consultation on cross-border transfers of registered offices of companies*, Brussels, September 2013, pp.9 y 13; o MULLER, P, DEVNANI, S., LADHER, R., RAMADA, P., *op.cit.*, pp.54-49.

1.4. La necesidad de dar una respuesta al problema del traslado transfronterizo del domicilio social desde el plano del Derecho positivo europeo

Tal y como ya hemos apuntado, la jurisprudencia del TJUE en el ámbito de la libertad de establecimiento contribuyó de forma decisiva a facilitar el traslado del domicilio social entre Estados miembros a través de operaciones de transformación transfronteriza. Sin embargo, en algunos Estados miembros (p.ej. Croacia, Irlanda o Lituania) seguía sin existir una normativa clara que permitiese la realización de estas operaciones⁶⁰⁸. Asimismo, no conviene perder de vista que, en ausencia de una norma europea específica en la materia, serían los derechos nacionales de los Estados miembros de origen y de destino los encargados de establecer las normas aplicables a la operación, sin perjuicio de que éstas quedasen sometidas al control de los artículos 49 y 54 del TFUE. De este modo, y desde la óptica del principio de seguridad jurídica, parece que, aun cuando los Estados miembros hubiesen adoptado normas orientadas a facilitar el traslado transfronterizo de la sede social (p.ej. España, Francia o Italia), el carácter heterogéneo de las mismas seguiría constituyendo un importante hándicap para la realización de dichas operaciones, sin mencionar la problemática asociada a la adecuada protección de los intereses de los socios que se oponen a la operación, los acreedores y los trabajadores⁶⁰⁹.

Así, y a título de ejemplo, no puede perderse de vista como en nuestro país, mucho antes de la aprobación de la Directiva 2019/2121/UE, los artículos 92 a 103 de la LME ya habían configurado un régimen jurídico específico aplicable a las operaciones traslado transfronterizo del domicilio social que no sólo buscaba garantizar la conservación de la personalidad jurídica de la sociedad en el marco de las mismas, sino que facilitaba y aportaba seguridad jurídica a su realización⁶¹⁰. Asimismo, y por lo que respecta al ámbito registral, estas disposiciones debían ser puestas en relación con los artículos 20, 160 y 161 del RRM para aquellos supuestos de traslado de la sede social al extranjero de una sociedad constituida con arreglo al ordenamiento jurídico español, y con el artículo 309 del RRM cuando se trate del traslado a España de la sede social de una sociedad extranjera.

⁶⁰⁸ Vid. EUROPEAN COMMISSION, *Study on the Law Applicable to Companies. Final report*, 2016, p.334 (el documento resulta accesible a través del siguiente enlace <http://www.lse.ac.uk/business-and-consultancy/consulting/assets/documents/study-on-the-law-applicable-to-companies.pdf>).

⁶⁰⁹ Sobre esta cuestión, vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., “De nuevo sobre...”, *op.cit.*, p.6.

⁶¹⁰ A este respecto, podría apuntarse como entre los años 2010 y 2012, un total de 29 empresas iniciaron (o incluso llegaron a completar) los trámites para trasladar su domicilio social desde España a otros países de conformidad con el procedimiento establecido en los citados preceptos de la LME, eligiendo como destino la Unión Europea un 62% de las mismas (vid. CATHIARD, C., *op.cit.*, pp.37 y 43).

Ciertamente, y aun sin ánimo de profundizar en el régimen español previo a la aprobación de la citada Directiva⁶¹¹, pues excedería con mucho el objeto de este trabajo, cabría destacar que una de las principales ideas sobre las que se construía pivotaba sobre el mantenimiento de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles⁶¹² que trasladaban su domicilio de forma tal que, por una parte, no se imponía la necesidad de que las sociedades extranjeras que trasladaban su domicilio a España tuviesen que disolverse en su Estado miembro de origen, si bien deberían adaptarse al ordenamiento español y sujetarse al mismo, en concreto a los requisitos establecidos para la constitución de la sociedad cuyo tipo ostenten (salvo que Tratados o Convenios Internacionales vigentes en España dispusiesen otra cosa), y, por otra parte, se posibilitaba el traslado al extranjero de la sede social de una sociedad española sin que esto afectase a la continuidad de su personalidad jurídica, siempre que el Estado miembro de destino así lo permitiese⁶¹³.

Asimismo, no puede dejar de señalarse la falta de diferenciación existente entre el régimen jurídico-procedimental establecido para el traslado de la sede social de una sociedad española hacia un Estado miembro de la Unión Europea y el aplicable a esta misma operación cuando el Estado de destino no forma parte de la UE⁶¹⁴. Sin embargo, tratándose de la situación inversa (traslado a España del domicilio social de una sociedad extranjera), la LME sí que introducía diferencias en función de si el Estado de origen forma parte o no del Espacio Económico Europeo; así, en el primer supuesto, la ley dejaba claro que “el traslado al territorio español del domicilio de una sociedad constituida conforme a la ley de otro Estado parte del Espacio Económico Europeo no afectará a la personalidad jurídica de la sociedad”⁶¹⁵, mientras que en el segundo supuesto se exigía que la legislación del Estado de origen permita la operación de traslado con mantenimiento de la personalidad jurídica⁶¹⁶, lo cual suscitó algunas

⁶¹¹ Un completo análisis del contenido de las disposiciones de la LME relativas al traslado transfronterizo del domicilio social puede encontrarse en ESTEBAN DE LA ROSA, F., *op.cit.*, pp.84-106; o ÁVILA NAVARRO, P., *Modificaciones estructurales de sociedades mercantiles. Ley 3/2009*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 2009, pp.603-629.

⁶¹² Nótese como el régimen previsto en los artículos 92 a 103 de la LME no resulta de aplicación a las sociedades cooperativas en virtud de lo establecido en el artículo 2 de la propia LME. Sobre esta cuestión, *vid.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Notas sobre el traslado internacional del domicilio social de las cooperativas tras la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, *diario La Ley*, nº 7294, de 30 de noviembre de 2009.

⁶¹³ En este sentido, *vid.* GARDENES SANTIAGO, M., SANCHO VILLA, D., y UPEGUI VILLEGAS, C., “La ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles y el Derecho Internacional Privado de sociedades”, *Anuario de Derecho Internacional Privado*, t.IX, 2009, p.606, que matizan que si el principal establecimiento o explotación de la sociedad permanece en España, la sociedad seguirá siendo española de acuerdo con lo establecido en el actual artículo 9.2 de la LSC y la decisión de traslado será considerada nula. A este respecto, nótese que la cuestión acerca de si el Estado de destino permite el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad podrá ser probado por las partes, sin perjuicio de que la remisión efectuada por el artículo 5.3 del RRM al artículo 36 del Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario (BOE nº 106, de 16 de abril de 1947), faculta al registrador mercantil español para realizar las indagaciones oportunas para averiguar tal extremo.

⁶¹⁴ *Vid.* artículo 93.1 de la LME.

⁶¹⁵ *Vid.* artículo 94.1 de la LME.

⁶¹⁶ *Vid.* artículo 94.2 de la LME.

críticas por parte de la doctrina⁶¹⁷. En relación con esta cuestión, también se ha apuntado la necesidad de que la LME aclarase si las sociedades en liquidación o en concurso de acreedores podían trasladar su domicilio social a España⁶¹⁸, posibilidad que la propia ley vetaba a las sociedades españolas que pretendían trasladar su sede social al extranjero⁶¹⁹.

En cualquier caso, y más allá de las bondades y carencias propias del régimen configurado por la LME, lo cierto es que ya desde comienzos de la década de los ochenta comenzó a ponerse en evidencia que, a falta de un acuerdo entre los Estados miembros para dar cumplimiento a sus obligaciones conforme al antiguo artículo 220 del TCEE, los artículos 49 y 54 del TFUE no resultaban suficientes para dar respuesta a las necesidades de movilidad transfronteriza de las empresas europeas, garantizando el derecho de establecimiento de las personas jurídicas en el marco de operaciones de traslado transfronterizo del domicilio social⁶²⁰. Sin embargo, los primeros intentos de adoptar una norma europea tendente a facilitar el traslado transfronterizo de la sede social o real de las sociedades de los diferentes Estados miembros datan de 1993, con la publicación de los resultados de un estudio encargado por la Comisión y llevado a cabo por el *KPMG European Business Centre*⁶²¹. Las conclusiones de dicho estudio cristalizarían, en 1997, en la elaboración de un borrador de “Propuesta de Decimocuarta Directiva relativa al traslado de la sede de las sociedades de un Estado miembro a otro con cambio de la legislación vigente” (que nunca llegaría a ser presentado oficialmente como tal⁶²²), cuya idea central residía en que el traslado transfronterizo de la sede social

⁶¹⁷ En este sentido, *vid.* ESTEBAN DE LA ROSA, F., *op.cit.*, p.86.

⁶¹⁸ En este sentido, *vid.* ÁVILA NAVARRO, P., *op.cit.*, p.624.

⁶¹⁹ *Vid.* artículo 93.2 de la LME. A este respecto, DOMÍNGUEZ PUNTAS, A., *op.cit.*, p.72, matiza que el traslado del domicilio social al extranjero por parte de una sociedad española en este tipo de supuestos sería posible de haberse “firmado y aprobado judicialmente un convenio con los acreedores en el que se permita dicho traslado”.

⁶²⁰ A este respecto, cabría apuntar como, en el ámbito de las personas físicas, desde la firma del Tratado de Roma y hasta principios de la década de los noventa se aprobaron nueve Directivas destinadas a garantizar la libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión Europea, las cuales finalmente quedarían recogidas en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) nº 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (DOUE nº L 158, de 30 de abril de 2004, p.77).

⁶²¹ *Vid.* EUROPEAN COMMISSION, *Study on the transfer of the head office of a company from one member state to another*, Brussels, 1993. Nótese como, si bien el núcleo de este estudio se centraba en analizar qué medidas serían adecuadas para facilitar el traslado de la sede real de la sociedad de un Estado miembro a otro sin que se produjese su disolución y liquidación, también contenía sendas propuestas en el ámbito del traslado la sede social con mantenimiento de la personalidad jurídica, a saber: por una parte, se hacía referencia a la posibilidad (muy ambiciosa) de llevar a cabo la operación sin que se produjese un cambio de la ley aplicable a través del mero reconocimiento e inscripción registral por parte del Estado miembro de destino de la sociedad en cuestión; y, por otra parte, se hacía referencia a la posibilidad de que la operación conllevara un cambio de la ley aplicable a la sociedad en cuestión, quedando ésta sometida a la legislación del Estado miembro de destino (sobre esta cuestión, *vid.* RODAS PAREDES, P.N., *op.cit.*, p.63).

⁶²² Una primera versión de este borrador elaborado por la Comisión Europea llevaba fecha del 22 de mayo de 1997 (Documento nº XV/D2/6002/97), siendo posteriormente revisado el 11 de junio de 1997 (Documento nº XV/D2/6002/97-EN REV.2). Sobre esta cuestión, *vid.* HJI PANAJI, C., “Corporate

o real de una sociedad no debía dar lugar ni a una disolución ni a la creación de una nueva persona jurídica⁶²³.

Con la llegada del nuevo milenio, se intensificaron las reivindicaciones relativas a la necesidad de un mayor grado de aproximación de las legislaciones domésticas de los Estados miembros en el plano del derecho societario, ligadas a la concepción de un auténtico mercado interior en el que, sobre la base de la libertad de establecimiento contemplada en los arts. 49 y 54 del TFUE, las empresas europeas debían operar a nivel transfronterizo en condiciones de seguridad jurídica similares a las que lo hacían en el ámbito interno. En este contexto, y partiendo de la recomendación del “Grupo de expertos de alto nivel en Derecho de Sociedades”⁶²⁴, la Comisión Europea anunciaba en el año 2003 su intención de presentar en el corto plazo (antes de que finalizase el año 2005) una propuesta de Directiva relativa al traslado transfronterizo del domicilio social⁶²⁵, llegando a elaborar y someter a consulta pública las líneas maestras sobre las que debería pivotar la futura Directiva. No obstante, el cumplimiento del plazo previsto sin resultado alguno obligó a la Comisión a reiterar nuevamente en el año 2005 su compromiso con la que sería la Decimocuarta Directiva en el ámbito del Derecho societario europeo⁶²⁶.

Finalmente, en el año 2007, y tras la realización de numerosas consultas⁶²⁷, estudios e intensos debates, la Comisión Europea pareció descartar finalmente la idea de elaborar una propuesta legislativa destinada a aproximar las legislaciones domésticas de los Estados miembros con el fin de posibilitar y facilitar el traslado transfronterizo del domicilio social de las sociedades constituidas de acuerdo con el ordenamiento de alguno de dichos Estados⁶²⁸, si bien el Parlamento Europeo se reservó el derecho seguir

Mobility in Private International Law and European Community Law: Debunking some Myths”, *Yearbook of European Law 2009*, Clarendon Press, Oxford, 2010, p.140.

⁶²³ Vid. artículo 3 del Borrador de Propuesta de Decimocuarta Directiva de 1997. A este respecto, se ha afirmado que “la Directiva no pretende unificar las reglas conflictuales: deja que cada Estado decida qué criterio de conexión (sede real o constitución) va a determinar la *lex societatis* y, por consiguiente, bajo qué condiciones (traslado de la sede real o del domicilio estatutario) se va a producir un cambio de *lex societatis*. Esto, en definitiva, nos lo sigue diciendo el Derecho internacional privado de cada Estado” (vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. “El traslado del...”, *op.cit.*, pp.112-113).

⁶²⁴ Vid. EUROPEAN COMMISSION, *Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe*, Brussels, 4 November 2002, p.20.

⁶²⁵ Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento. Modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea: Un plan para avanzar*, COM (2003) 284 final, 21 de mayo de 2003, pp.10, 23 y 28.

⁶²⁶ Vid. EUROPEAN COMMISSION, *Annex to the Communication from the Commission to the Council and the European Parliament. Common Actions for Growth and Employment: The Community Lisbon Program*, SEC (2005) 981, 20 July 2005, p.6. Esta iniciativa sería posteriormente respaldada por el Parlamento Europeo que, ya a mediados del año 2006, urgía a la Comisión Europea a presentar dicha Propuesta (vid. PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2006, sobre la evolución reciente y las perspectivas en relación con el Derecho de sociedades*, P6_TA(2006)0295, aps.32 y 33, publicada en el DOUE nº C 303 E, de 13 de diciembre de 2006, p.114).

⁶²⁷ A título de ejemplo, vid. DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL MARKET AND SERVICES, *Consultation and hearing on future priorities for the action plan on modernising company law and enhancing corporate governance in the European Union. Summary report*, Brussels, 2006, p.3.

⁶²⁸ A modo de síntesis, podría decirse que, en el ámbito de las operaciones de traslado transfronterizo del domicilio social, y al objeto de mejorar la eficiencia y la competitividad de las empresas europeas a nivel

estudiando la cuestión al objeto de emprender en el futuro nuevas actuaciones en la materia⁶²⁹. A este respecto, cabría apuntar como la resolución dada por el TJUE al asunto *Cartesio* no vino sino a confirmar el posicionamiento del Parlamento Europeo⁶³⁰, cuyo trabajo de reflexión y análisis se mantuvo, traducándose en diversas peticiones formales a la Comisión para que presentase, a la mayor brevedad posible, una Propuesta de Decimocuarta Directiva en materia de Derecho societario europeo, acompañadas de una serie de recomendaciones acerca de su contenido⁶³¹.

Sin embargo, con el paso de los años y tras la codificación de las Directivas 82/891/CEE (escisiones nacionales), 89/666/CEE (publicidad de sucursales), 2005/56/CE (fusiones transfronterizas), 2009/101/CE (publicidad, validez de los compromisos societarios y nulidad de las sociedades), 2011/35/UE (fusiones nacionales), y 2012/30/UE (constitución de sociedades, mantenimiento y modificaciones de su capital), por parte de la Directiva 2017/1132/UE⁶³², se optó

internacional así como de garantizar los derechos de los colectivos afectados por la operación, la Comisión Europea se planteaba varias líneas de actuación, a saber: 1) no adoptar ninguna medida, dejando la cuestión en manos de los Estados miembros; 2) emplear instrumentos jurídicos europeos flexibles y no vinculantes (p.ej. Recomendación); 3) proponer una Directiva; o 4) proponer un Reglamento. Finalmente, y después de un detallado análisis de los efectos, costes, ventajas e inconvenientes de las diferentes opciones, la Comisión determinó que los objetivos anteriormente descritos podrían alcanzarse a través de la “no acción” o mediante la adopción de una Directiva en la materia, si bien, tras aplicar un test de proporcionalidad, llegó a la conclusión final de que esta última posibilidad no constituía la forma menos onerosa de lograrlos habida cuenta de que, por una parte, todavía no se conocía el efecto que tendría la Directiva 2005/56/CE en la movilidad transfronteriza de las sociedades europeas y, por otra parte, se esperaba que la cuestión del traslado transfronterizo del domicilio social quedase aclarada por el TJUE que, en ese momento, tenía pendiente de resolución el asunto *Cartesio* (sobre esta cuestión, *vid.* EUROPEAN COMMISSION, *Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office*, SEC(2007) 1707, 12 December 2007, pp.29-52).

⁶²⁹ En este sentido, *vid.* PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2007, sobre la Sociedad Privada Europea y la Decimocuarta Directiva sobre el Derecho de sociedades sobre la transferencia de la sede social de una sociedad*, P6_TA(2007)0491, aps.5 y 6, publicada en el DOUE n° C 263 E, de 16 de octubre de 2008, p.671.

⁶³⁰ *Vid.* EUROPEAN COMMISSION, *Report of the reflection group on the future of EU company law*, Brussels, 5 April 2011, p.18.

⁶³¹ *Vid.*, a título de ejemplo, la Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de junio de 2012, sobre el futuro del Derecho europeo de sociedades, P7_TA(2012)0259, aps.7-8 (DOUE C 332 E, de 15 de noviembre de 2013, p.78); la Resolución del Parlamento Europeo de 2 de febrero de 2012, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la Decimocuarta Directiva sobre Derecho de sociedades referente al traslado transfronterizo del domicilio social de las empresas, P7_TA(2012)0019 (DOUE C 239 E, de 20 de agosto de 2013, p.18); o la Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2009, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el traslado transfronterizo de la sede social de una empresa, PA_TA(2009)0086 (DOUE C 87 E, de 1 de abril de 2010, p.5). En relación con esta cuestión, es importante destacar que las peticiones del Parlamento Europeo encontraban el respaldo de un importante sector de la doctrina, especialmente tras la resolución dada por el TJUE al asunto *Cartesio* (*vid.*, entre otros, KRARUP, M., “VALE: determining the need for amended regulation regarding free movement of companies within the EU”, *European Business Law Review*, vol.24, n°5, 2013, p.698; o VOSSESTEIN, G.J., “Cross-border transfer of seat and conversion of companies under the EC Treaty provisions on freedom of establishment. Some considerations on the Court of Justice’s *Cartesio* judgment”, *European Company Law*, vol.6, n°3, 2009, p.123), pero también con anterioridad a la misma (*vid.* WYMEERSCH, E., “Is a Directive...”, *op.cit.*, p.169; y MUCCIARELLI, F., *op.cit.*, pp.302-303).

⁶³² Ciertamente, este proceso de codificación debe ser saludable habida cuenta de que el grado de dispersión normativa que existía hasta la aprobación de la Directiva 2017/1132/UE se configuraba como una fuente potencial de incoherencias, lagunas y solapamientos. Sobre esta cuestión, *vid.* COMISIÓN

finalmente por dar respuesta a la problemática que presentaba el traslado transfronterizo de la sede social por parte de sociedades nacionales de los diferentes Estados miembros mediante la introducción en la citada Directiva 2017/1132/UE de una serie de disposiciones tendentes a configurar una suerte de régimen jurídico-procedimental armonizado (sin perjuicio de que, en relación con determinados procedimientos y trámites, la Directiva se remita a las legislaciones domésticas de los Estados miembros) aplicable a las operaciones de transformación transfronteriza a través de las cuales una sociedad constituida en un Estado miembro podía trasladar su sede social a otro Estado miembro, con mantenimiento de la personalidad jurídica y cambio de la *lex societatis*, mediante la conversión en una forma jurídica propia del Estado miembro de destino⁶³³. Dichas disposiciones, a las que nos referiremos sucintamente a continuación, serían finalmente incorporadas al contenido de la Directiva a través de la modificación operada por la Directiva 2019/2121/UE.

1.5. La regulación de la transformación transfronteriza a través de la reforma operada por la Directiva 2019/2121/UE

Tal y como ya hemos apuntado, los avances derivados de la jurisprudencia del TJUE en materia de libertad de establecimiento (especialmente en sus sentencias en los asuntos *Cartesio*, *VALE Építési* y *Polbud*), a pesar de su importancia, no resultaban suficientes para eliminar los obstáculos jurídicos que afectaban a las operaciones de traslado transfronterizo de la sede social, ni permitían su realización en el conjunto de Estados miembros que integran la UE en adecuadas condiciones de seguridad jurídica y protección de los intereses de los colectivos afectados por dichas operaciones. Por ello, y con el fin de dar respuesta a las cuestiones señaladas, la modificación operada en la

EUROPEA, *Plan de acción: Derecho de sociedades europeo y gobierno corporativo. Un marco jurídico moderno para una mayor participación de los accionistas y la viabilidad de las empresas*, COM (2012) 740 final, de 12 de diciembre de 2012, pp.16-17. De hecho, ya en una consulta pública lanzada en el año 2012 por la Comisión Europea, el 75% de los participantes se mostraron partidarios de acometer un proceso de codificación de las Directivas de Derecho societario europeo, de los cuales más de las dos terceras partes se inclinaban hacia una codificación “parcial” de las Directivas que trataran temas conexos en lugar de acometer una codificación “total” que agrupase todas las normas de Derecho societario europeo en un único instrumento normativo (*vid.* DIRECTORATE GENERAL INTERNAL MARKET AND SERVICES, *Feedback statement. Summary of responses to the public consultation on the future of European company law*, Brussels, July 2012, p.6).

⁶³³ En favor de la adopción de una norma europea que abordase la regulación “integral” de la operación de transformación transfronteriza en lugar de referirse únicamente al traslado transfronterizo de la sede social que simplemente constituía un elemento (esencial, eso sí) de dicha operación, *vid.* EUROPEAN COMMISSION, *Study on the Law Applicable to Companies. Final report*, 2016, p.338 (el documento resulta accesible a través del siguiente enlace <http://www.lse.ac.uk/business-and-consultancy/consulting/assets/documents/study-on-the-law-applicable-to-companies.pdf>). Por otra parte, conviene señalar como, ya a finales del año 2001, se había planteado la idea de crear una suerte de “macro Directiva” que recogiese en un mismo cuerpo normativo el régimen jurídico-procedimental aplicable a fusiones, escisiones, y traslados de domicilio en el ámbito transfronterizo y que sirviese de punto de referencia para las empresas europeas en el ámbito de la movilidad transfronteriza (*vid.* EUROPEAN COMMISSION, *Report of the reflection group on the future of EU company law*, Brussels, 5 April 2011, pp.21-22).

Directiva 2017/1132/UE por parte de la Directiva 2019/2121/UE introduce una serie de disposiciones de Derecho material de naturaleza comunitaria aplicables a las operaciones de transformación transfronteriza como mecanismo a través del cual las sociedades constituidas con arreglo al ordenamiento de un Estado miembro pueden llevar a cabo el traslado de su sede social a otro Estado miembro mediante su conversión en una forma jurídica propia de dicho Estado miembro, sin que esto determine la disolución y liquidación de la sociedad en su Estado miembro de origen⁶³⁴.

A este respecto, y en relación con el ámbito de aplicación de dichas disposiciones, cabría señalar como éste se proyecta sobre las transformaciones de sociedades de capital constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y que tengan su domicilio social (*registered office*), administración central (*central administration*), o centro de actividad principal (*principal place of business*) dentro de la Unión Europea, en sociedades de capital sujetas al Derecho nacional de otro Estado miembro⁶³⁵. De este modo, las citadas operaciones no podrán realizarse al margen de las normas contenidas en las disposiciones nacionales de implementación del contenido de la Directiva 2019/2121/UE en los diferentes Estados miembros.

Ciertamente, el hecho de que el ámbito de aplicación subjetivo de las disposiciones relativas a las transformaciones transfronterizas pivote sobre el concepto de “sociedad de capital” aporta a las mismas un importante grado de flexibilidad, posibilitando el acceso de las PYMEs (constituidas normalmente bajo la forma sociedad limitada) a los beneficios contemplados en la Directiva para estas operaciones de forma similar a lo que sucede en el ámbito de las fusiones y escisiones transfronterizas⁶³⁶. En este sentido, no debemos olvidar que el uso de la Sociedad Europea y del Reglamento (CE) n° 2157/2001 como vía alternativa para llevar a cabo el traslado de domicilio social sólo resultaba efectivo para las sociedades anónimas, dejando fuera a la mayoría de PYMES constituidas con arreglo a las legislaciones de los diferentes Estados miembros.

Ahora bien, en relación con esta cuestión conviene señalar que, al igual que sucedía en materia de fusiones transfronterizas, quedarán directamente excluidas del ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a las transformaciones transfronterizas las sociedades de inversión colectiva que cumplan una serie de condiciones⁶³⁷, las sociedades en liquidación que hayan comenzado el reparto de sus activos entre sus socios, así como las sociedades cubiertas por el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/59/UE y con respecto a las cuales se estén utilizando por parte de

⁶³⁴ Nótese como, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la Directiva 2019/2121/UE, los Estados miembros tendrán hasta el 31 de enero de 2023 para incorporar su contenido a sus respectivos ordenamientos nacionales.

⁶³⁵ Vid. artículo 86 *bis*, apartado 1 de la Directiva 2017/1132/UE.

⁶³⁶ Ahora bien, nótese como, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de las fusiones transfronterizas, a los efectos de la aplicación de las disposiciones relativas a las transformaciones transfronterizas el término “sociedad de capital” queda circunscrito a las formas societarias contempladas en el anexo II de la Directiva 2017/1132/UE (*cf.* artículos 86 *ter* y 119.1 de la Directiva 2017/1132/UE).

⁶³⁷ Vid. artículo 86 *bis*, apartado 2 de la Directiva 2017/1132/UE.

las autoridades competentes los instrumentos, competencias y mecanismos de resolución establecidos en su título IV⁶³⁸, dejándose en manos de los Estados miembros la posibilidad de no aplicar dichas disposiciones a las sociedades que sean objeto de procedimientos de insolvencia o marcos de reestructuración preventiva, a las sociedades que sean objeto de un procedimiento de liquidación sin que hubiera comenzado el reparto de activos entre sus socios, o a las sociedades que sean objeto de las “medidas de prevención de crisis” definidas en el apartado 101 del artículo 2.1 de la Directiva 2014/59/UE⁶³⁹.

Sin embargo, no debemos perder de vista que una interpretación conjunta de las sentencias *SEVIC*, *Cartesio*, *VALE Építési* y *Polbud* nos llevaría a concluir que los Estados miembros no pueden impedir la participación en operaciones de transformación transfronteriza a aquellas entidades jurídicas que cumplan los requisitos del artículo 54 del TFUE y que tengan reconocido el derecho a llevar a cabo operaciones similares de naturaleza interna, puesto que, de lo contrario, nos encontraríamos ante una restricción a su libertad de establecimiento que sólo resultaría admisible en caso de perseguir un objetivo legítimo compatible con el Tratado, estar justificada por razones imperiosas de interés general, resultar adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue, y no ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo⁶⁴⁰. Estas consideraciones resultan igualmente aplicables a las sociedades del Espacio Económico Europeo (aquéllas constituidas de acuerdo con la legislación de un Estado miembro del EEE y con su sede social, administración central, o centro de actividad principal dentro del territorio del EEE) que no queden cubiertas por el ámbito de aplicación subjetivo de las disposiciones relativas a las operaciones de transformación transfronteriza incorporadas a la Directiva 2017/1132/UE (cuya aplicación se extiende al EEE).

Asimismo, cabría señalar que el hecho de que no se exija que la sociedad que lleva a cabo la operación de transformación transfronteriza en cuestión tenga su domicilio social, su administración central, y su centro de actividad principal en el territorio de un Estado miembro podría abrir la puerta a que “sociedades buzón” (“*letter-box companies*”) constituidas de acuerdo con el Derecho nacional de un Estado miembro y con sede social dentro de la UE pero cuya sede real y actividad económica se localice en un Estado no miembro puedan beneficiarse de las disposiciones contenidas en la Directiva. No obstante, es importante tener presente que, tratándose de operaciones abusivas o fraudulentas que tengan por efecto u objeto sustraerse al Derecho de la UE o nacional o eludirlo, o con fines delictivos, las autoridades nacionales competentes para controlar la legalidad de la transformación transfronteriza en lo relativo a las partes del procedimiento sujetas al ordenamiento del Estado

⁶³⁸ Vid. artículo 86 *bis*, apartado 3 de la Directiva 2017/1132/UE.

⁶³⁹ Vid. artículo 86 *bis*, apartado 4 de la Directiva 2017/1132/UE.

⁶⁴⁰ Por ello, algunos autores ya se habían mostrado partidarios en su momento de extender el ámbito de aplicación subjetivo de las disposiciones armonizadas aplicables a las operaciones de transformación transfronteriza a todas las entidades cubiertas por el artículo 54 del TFUE (*vid.* SCHMIDT, J., *op.cit.*, p.33).

miembro de origen podrán no expedir el certificado previo a la transformación al que se refiere el artículo 86 *quaterdecies* de la Directiva 2017/1132/UE⁶⁴¹.

Por otra parte, resulta interesante destacar la incorporación en el articulado de la Directiva de una definición de las operaciones de transformación transfronteriza⁶⁴² que pivota sobre los siguientes elementos: a) la transformación de la sociedad constituida y registrada en el Estado miembro de origen en una sociedad de capital propia del Estado miembro de destino donde deberá registrarse; b) el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad que se transforma⁶⁴³, sin que resulte necesaria su disolución y liquidación en el Estado miembro de origen; c) el cambio de la *lex societatis* por la que se rige la sociedad que se transforma; y d) el traslado de “al menos” la sede social de la sociedad desde el Estado miembro de origen al Estado miembro de destino.

De este modo, y en línea con la tendencia que se aprecia en la jurisprudencia del TJUE, la Directiva no exige que, en el marco de las operaciones de transformación transfronteriza cubiertas por su ámbito de aplicación, el traslado de la sede social venga acompañado necesariamente del traslado de la sede real al Estado miembro de destino, lo que favorece la capacidad de adaptación de las empresas a los cambios del mercado en la medida en que les permite elegir con posterioridad a su creación el entorno legislativo que mejor se adapte a sus necesidades⁶⁴⁴. A este respecto, tampoco debemos perder de vista que uno de los hándicaps tradicionalmente asociados a la Sociedad Europea desde la óptica de su contribución a la movilidad transfronteriza de las empresas de los diferentes Estados miembros, residía precisamente en la exigencia impuesta por el artículo 7 del Reglamento (CE) n° 2157/2001 de que el domicilio social y la administración central de la Sociedad Europea se encontrase situado en el mismo Estado miembro, de forma tal que el traslado del primero llevaba aparejado el traslado del segundo⁶⁴⁵.

⁶⁴¹ Vid. artículo 86 *quaterdecies*, apartado 8 de la Directiva 2017/1132/UE.

⁶⁴² Vid. artículo 86 *ter*, de la Directiva 2017/1132/UE, donde las transformaciones transfronterizas se definen como aquellas operaciones en virtud de las cuales “una sociedad, sin ser disuelta ni liquidada, convierte la forma jurídica en la que está registrada en un Estado miembro de origen en una forma jurídica del Estado miembro de destino que figura enumerada en el anexo II, y traslada al menos su domicilio social al Estado miembro de destino al tiempo que conserva su personalidad jurídica”.

⁶⁴³ A este respecto convendría aclarar que la referencia al “mantenimiento de la personalidad jurídica” debe entenderse en el sentido de que la sociedad en cuestión no debería perder su personalidad jurídica originaria antes de adquirir la personalidad jurídica bajo el ordenamiento del Estado miembro al que desea trasladar su domicilio social, esto es, en el proceso de transformación en una forma societaria propia del Estado miembro de destino (vid. VOSESTEIN, G., “Transfer of the registered office. The European Commission's decision not to submit a proposal for a Directive”, *Utrecht Law Review*, vol.4, n°1, 2008, pp.54-55).

⁶⁴⁴ En favor de esta opción ya se había mostrado en su momento la Cámara de Comercio e Industria de París (vid. DAMON, D., *op.cit.*, p.17 (el documento resulta accesible a través del enlace <http://www.etudes.cci-paris-idf.fr/rapport/323>)).

⁶⁴⁵ De hecho, para algunos autores como FERNÁNDEZ DEL POZO, F., “Domicilio y nacionalidad de la SE: traslado internacional del domicilio de la SE. La publicidad registral de la SE”, en AA.VV., *La sociedad anónima europea: régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p.172; o WYMEERSCH, E., “The transfer of...”, *op.cit.*, p.33, la exigencia del citado requisito podría incluso plantear dudas desde la óptica de la libertad de establecimiento.

La opción adoptada finalmente por el legislador europeo contrasta con el planteamiento sostenido en algunos estudios (realizados con anterioridad a la sentencia del TJUE en el asunto *Polbud*) que entendían que, al objeto de conciliar un grado aceptable de flexibilidad para las empresas con la necesidad de evitar posibles abusos en el marco de estas operaciones, la norma comunitaria que abordase la problemática que planteaban las operaciones de traslado transfronterizo de la sede social debía supeditar la posibilidad de llevar a cabo dicho traslado al cumplimiento alternativo de una de las siguientes condiciones: 1) el ejercicio efectivo de una actividad económica a través de un establecimiento permanente en el Estado miembro de destino durante un periodo indefinido con posterioridad a la operación; 2) la tenencia de un establecimiento en el Estado miembro de destino con anterioridad a la operación; o 3) el traslado simultáneo de la sede real y de la sede social⁶⁴⁶. No obstante, ya hemos apuntado como la facultad prevista en el artículo 86 *quaterdecies* de la Directiva 2017/1132/UE permitirá al Estado miembro de origen reaccionar frente aquellas operaciones que, tras un análisis de todas las circunstancias que concurren en el caso concreto, puedan ser consideradas como abusivas o fraudulentas, lo cual parece más acorde con la jurisprudencia del TJUE.

Por lo que respecta a la configuración actual del marco jurídico aplicable a las operaciones de transformación transfronteriza, y aun sin ánimo de profundizar en esta cuestión (la cual excedería del objeto de estudio de nuestro trabajo), cabría apuntar la exigencia, con carácter general, de los siguientes requisitos: 1) la elaboración de un proyecto de transformación transfronteriza⁶⁴⁷ que deberá ser sometido una serie de requisitos de publicidad en el Estado miembro de origen⁶⁴⁸; 2) la elaboración de un informe por parte del órgano de dirección o administración de la sociedad que se transforma dirigido a sus socios y empleados en el que se expliquen los aspectos jurídicos y económicos de la transformación transfronteriza, así como las implicaciones de la operación para ambos colectivos (estableciéndose determinados aspectos sobre los que necesariamente deberá versar el citado informe en función del colectivo de que se trate)⁶⁴⁹; 3) la elaboración de un informe pericial independiente dirigido exclusivamente a los socios que deberá pronunciarse, en todo caso, acerca de si la compensación en efectivo propuesta (así como el método o métodos empleados para su determinación) resultan adecuada, describiendo las posibles dificultades especiales de valoración que se

⁶⁴⁶ Sobre esta última cuestión, *vid.* CATHIARD, C., *op.cit.*, p.91.

⁶⁴⁷ *Vid.* artículo 86 *quinquies* de la Directiva 2017/1132/UE.

⁶⁴⁸ *Vid.* artículo 86 *octies* de la Directiva 2017/1132/UE.

⁶⁴⁹ *Vid.* artículo 86 *sexies* de la Directiva 2017/1132/UE. Así, y a título de ejemplo, cabría señalar como, por lo que respecta a los socios, el informe deberá referirse necesariamente a aspectos tales como la compensación en efectivo que percibirán los socios que voten en contra de la aprobación del proyecto de transformación transfronteriza y ejerzan los derechos previstos en el artículo 86 *decies*, así como el método empleado para su determinación, mientras que por lo que respecta a los trabajadores, dicho informe tendrá que explicar las consecuencias de la transformación transfronteriza para las relaciones laborales (y, en su caso, las medidas para salvaguardar las mismas), así como cualquier cambio sustancial en las condiciones de empleo o en la ubicación de los lugares donde la sociedad lleva a cabo sus actividades.

hubiesen planteado⁶⁵⁰; o 4) la aprobación del proyecto de transformación transfronteriza por parte de la Junta General de la sociedad que se transforma⁶⁵¹.

Asimismo, la Directiva 2019/2121/UE contempla una serie de disposiciones destinadas a la proteger los derechos de los acreedores⁶⁵² y trabajadores⁶⁵³ de la sociedad que se transforma, así como los derechos de aquellos socios que hubiesen votado en contra de la aprobación del proyecto de transformación transfronteriza⁶⁵⁴.

⁶⁵⁰ Vid. artículo 86 *septies* de la Directiva 2017/1132/UE. Con respecto al examen del proyecto de transformación por parte de un perito independiente y a la elaboración del correspondiente informe pericial, el apartado 3 del citado precepto establece, por una parte, que no se exigirá cuando así lo hubiesen acordado la totalidad de los socios de la sociedad y, por otra parte, que los Estados miembros podrán excluir su exigencia cuando se trate de sociedades unipersonales.

⁶⁵¹ Vid. artículo 86 *nonies* de la Directiva 2017/1132/UE. Por otra parte, y en relación con la mayoría necesaria para la aprobación de la operación por parte de la Junta General, y a diferencia de lo que sucede en el ámbito de las operaciones de fusión transfronteriza, se establece que, con carácter general, dicha mayoría no podrá ser inferior a dos tercios, pero tampoco superior al 90% de los votos asociados a las acciones o participaciones o al capital suscrito representado en la Junta General. Sin embargo, y a pesar de lo dicho anteriormente, se dispone que, en cualquier caso, “el umbral de votación no será superior al previsto en el Derecho nacional para la aprobación de las fusiones transfronterizas”.

⁶⁵² Vid. artículo 86 *undecies* de la Directiva 2017/1132/UE. En este sentido, se establecen una serie de obligaciones para los Estados miembros entre las que cabría destacar: a) la obligación de velar por que los acreedores que no estén satisfechos con las garantías ofrecidas en el proyecto de transformación transfronteriza puedan, en el plazo de tres meses a partir de la publicación del citado proyecto, solicitar a la autoridad administrativa o judicial competente las garantías adecuadas (siempre que puedan demostrar que la satisfacción de sus derechos está en juego debido a la operación de transformación transfronteriza y que no han obtenido garantías adecuadas de la sociedad); o b) la obligación de velar por que los acreedores cuyos créditos hubiesen nacido con anterioridad a la publicación del proyecto de transformación transfronteriza también puedan iniciar un procedimiento contra la sociedad en el Estado miembro de origen en el plazo de dos años a partir de la fecha en que la transformación haya surtido efecto, sin perjuicio de las normas sobre competencia judicial aplicables en virtud del Derecho de la UE, del Derecho nacional, o de un acuerdo contractual.

⁶⁵³ Vid. artículo 86 *duodecies* de la Directiva 2017/1132/UE, por lo que respecta a los derechos de información y consulta; y artículo 86 *terdecies* de la Directiva 2017/1132/UE, por lo que respecta a sus derechos de participación. En relación con esta última cuestión, y de forma sucinta, cabría apuntar como la redacción actual del citado artículo 86 *terdecies* establece que, con carácter general, los derechos de participación de los trabajadores vendrán establecidos por el Derecho nacional del Estado miembro de destino salvo en una serie de supuestos en los que resultarán de aplicación una serie de disposiciones de la Directiva 2001/86/CE, a saber: 1) la sociedad que se transforma emplea, durante el período de seis meses anteriores a que se haga público el proyecto de transformación transfronteriza, un número medio de trabajadores equivalente a las cuatro quintas partes del límite o umbral aplicable (tal y como se establezca en el Derecho nacional del Estado miembro de origen) para que entre en juego un régimen de participación de los trabajadores con el significado del artículo 2, letra k), de la Directiva 2001/86/CE; 2) la legislación nacional del Estado miembro de destino no prevé al menos el mismo nivel de participación de los trabajadores que el aplicado en la sociedad antes de su transformación, medido en función de la proporción de miembros que representan a los trabajadores en el órgano de administración o control, o sus comités, o en el órgano directivo competente dentro de las sociedades para decidir el reparto de los beneficios; 3) la legislación nacional del Estado miembro de destino no prevé que los trabajadores de los establecimientos de la sociedad transformada situados en otros Estados miembros puedan ejercer los mismos derechos de participación de que gocen los trabajadores empleados en el Estado miembro de destino. Ahora bien, debe tenerse presente que el apartado 4, subapartado a) del artículo 86 *terdecies* dispone que en los supuestos anteriormente señalados los Estados miembros “conferirán al órgano especial de negociación el derecho a decidir, por mayoría de dos tercios de sus miembros que representen al menos a dos tercios de los trabajadores, no iniciar negociaciones o poner fin a las negociaciones ya enclavadas, y basarse en las normas de participación vigentes en el Estado miembro de destino”.

⁶⁵⁴ Vid. artículo 86 *decies* de la Directiva 2017/1132/UE, donde, en esencia, se configura un “derecho de separación” para dichos socios a cambio de una compensación en efectivo adecuada y sujeto a una serie

Ciertamente, la protección de los intereses de estos colectivos constituyó desde un primer momento una de las principales preocupaciones de las instituciones europeas a la hora de valorar la elaboración de una norma comunitaria en el ámbito del traslado transfronterizo del domicilio social⁶⁵⁵. A este respecto, se ha apuntado que la realización de esta operación implicaría, entre otros, los siguientes riesgos potenciales: a) en relación con los socios, tendríamos la modificación de sus derechos y obligaciones como resultado de la aplicación de la ley del Estado miembro de destino; b) en relación con los acreedores, estarían los posibles cambios en la legislación concursal, en la legislación procesal, o en el derecho contractual, así como en determinadas normas de protección de los acreedores (p.ej. aquellas relativas a los requisitos de capital o a las operaciones vinculadas); y c) en relación con los trabajadores, tendríamos la modificación de la estructura del Consejo y, por tanto, del sistema de representación de los trabajadores, como resultado de posibles cambios en el Derecho societario aplicable a la sociedad⁶⁵⁶.

Al objeto de verificar el cumplimiento de los trámites y requisitos anteriormente mencionados, se establece la obligación de llevar a cabo un control de legalidad de la transformación transfronteriza que se estructura en dos fases diferenciadas: en primer lugar, el tribunal, notario o autoridad competente designado por el Estado miembro de origen a cuya legislación nacional está sujeta la sociedad que se transforma deberá verificar el correcto cumplimiento de las condiciones y/o requisitos previstos por la norma, así como la correcta realización de los trámites y procedimientos exigibles en dicho Estado, emitiendo un certificado a tal efecto⁶⁵⁷ que se transmitirá a la autoridad competente del Estado miembro de destino y estará disponible a través del sistema de interconexión de registros⁶⁵⁸; en segundo lugar, y una vez recibido el certificado anteriormente mencionado junto con el proyecto de transformación transfronteriza aprobado por la Junta General de la sociedad que lleva a cabo la operación⁶⁵⁹, el tribunal, notario o autoridad competente designado por el Estado miembro de destino,

de requisitos. Nótese como, en nuestro país, esta posibilidad ya se encuentra recogida en el artículo 99 de la LME o en los artículos 2437 y 2473 del *Codice Civile* italiano.

⁶⁵⁵ Vid. EUROPEAN COMMISSION, *Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office*, SEC(2007) 1707, 12 December 2007, pp.26-27.

⁶⁵⁶ Sobre esta cuestión, vid. CATHIARD, C., *op.cit.*, pp.73 y 75. A este respecto, un completo análisis de las consecuencias para los socios, acreedores y trabajadores de la sociedad que lleva a cabo un traslado transfronterizo del domicilio social con mantenimiento de la personalidad jurídica y cambio de la *lex societatis* puede encontrarse en GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. “El traslado del...”, *op.cit.*, pp.115-123.

⁶⁵⁷ Vid. artículo 86 *quaterdecies* de la Directiva 2017/1132/UE. A este respecto, y en relación con la emisión del citado certificado, se establece, con carácter general, un plazo máximo de tres meses desde la fecha de recepción de la documentación e información relativa a la aprobación de la operación por parte de la Junta General de la sociedad que se transforma. No obstante, en aquellos supuestos en los que, con el fin de determinar si la operación presenta un carácter abusivo o fraudulento, las autoridades competentes del Estado miembro de origen tengan que recabar información adicional a la aportada por la sociedad a la hora de solitar el certificado previo a la transformación (o a la solicitada en un primer momento a otras autoridades competentes en los diferentes ámbitos afectados por la transformación transfronteriza) o llevar a cabo actividades de investigación adicionales, el citado plazo podrá ampliarse otros tres meses más, debiendo notificarse a la parte interesada las razones de dicha extensión.

⁶⁵⁸ Vid. artículo 86 *quindecies* de la Directiva 2017/1132/UE.

⁶⁵⁹ Nótese como el proyecto de transformación transfronteriza deberá ser aportado (vía electrónica) por parte de la propia sociedad que se transforma.

deberá controlar la parte del procedimiento que esté sujeta a su legislación y proceder, en su caso, a la aprobación de la operación⁶⁶⁰. En este sentido, cabría señalar como la propia norma comunitaria se remite a lo establecido en las legislaciones domésticas del Estado miembro de origen y de destino por lo que respecta, respectivamente, a los procedimientos y trámites que deban cumplirse con el fin de obtener el certificado previo a la transformación, así como a los procedimientos y trámites que deban cumplirse tras la recepción de dicho certificado por parte de la autoridad competente del Estado miembro de destino⁶⁶¹.

Por otra parte, cabría señalar como, en línea con lo establecido en el ámbito de las fusiones transfronterizas, la Directiva 2019/2121/UE introduce una serie de mecanismos orientados a favorecer la seguridad jurídica en el marco de la realización de operaciones de transformación transfronteriza, a saber: i) la necesidad de publicidad registral de la operación en los Estados miembros de origen y destino⁶⁶², ii) la fijación de sus efectos⁶⁶³, o iii) la ausencia de un auténtico régimen de nulidades⁶⁶⁴. Ahora bien, por lo que respecta a la fecha de efectividad de la operación de transformación transfronteriza, la Directiva establece que ésta vendrá determinada por la legislación doméstica del Estado miembro de destino, si bien necesariamente deberá ser posterior a la fecha de realización del control de legalidad⁶⁶⁵.

En definitiva, y sin perjuicio de las consideraciones que efectuaremos más adelante en este trabajo en relación con la necesidad de garantizar la neutralidad fiscal de las operaciones de transformación transfronteriza, podría afirmarse que el establecimiento del régimen jurídico esencial al que deben sujetarse estas operaciones así como el procedimiento para llevarlas a cabo por parte de la Directiva 2019/2121/UE, constituye un importante paso adelante en el desarrollo de la libertad de establecimiento prevista en los artículos 49 y 54 del TFUE así como en la movilidad transfronteriza de

⁶⁶⁰ Vid. artículo 86 *sexdecies* de la Directiva 2017/1132/UE. En relación con esta cuestión, nótese como la Directiva no establece un plazo máximo para llevar a cabo esta parte del control de legalidad por parte de las autoridades del Estado miembro de destino.

⁶⁶¹ Vid. artículo 86 *quater* de la Directiva 2017/1132/UE.

⁶⁶² Vid. artículo 86 *septdecies* de la Directiva 2017/1132/UE. A este respecto, debe tenerse presente que, por una parte, se establece una serie de “información mínima” que necesariamente debería incorporarse a los Registros del Estado miembro de origen y del Estado miembro de destino y, por otra parte, se impone la obligación de que el Registro del Estado miembro de destino notifique al Registro del Estado miembro de origen, a través del sistema de interconexión de los registros, que la operación ha surtido efecto, de forma tal que este último proceda a cancelar inmediatamente la inscripción de la sociedad.

⁶⁶³ Vid. artículo 86 *novodecies* de la Directiva 2017/1132/UE. De este modo, las operaciones de transformación transfronteriza producirán a partir de la fecha de efectividad de la operación los siguientes efectos: i) la totalidad del patrimonio de la sociedad (incluidos todos los contratos, créditos, derechos y obligaciones), será el de la sociedad transformada; ii) los socios de la sociedad seguirán siendo socios de la sociedad transformada (a excepción de aquéllos que hubiesen ejercitado el derecho de separación previsto en el artículo 86 *decies* de la Directiva); y iii) los derechos y obligaciones de la sociedad derivados de contratos de trabajo o de relaciones laborales existentes en la fecha en la que surta efecto la transformación transfronteriza serán los de la sociedad transformada.

⁶⁶⁴ Vid. artículo 86 *unvicies* de la Directiva 2017/1132/UE que se limita a establecer que, desde la fecha de efectividad de la operación de transformación transfronteriza, ya no podrá declararse su nulidad, sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros para, en su caso, adoptar las medidas y sanciones previstas en su Derecho nacional (p.ej. en el ámbito penal, tributario o social).

⁶⁶⁵ Vid. artículo 86 *octodecies* de la Directiva 2017/1132/UE.

las empresas de los diferentes Estados miembros (permitiendo la elección del contexto legislativo que mejor se adapte a sus necesidades e incrementando su competitividad a nivel internacional), por cuanto configura una vía para articular el traslado intra-europeo del domicilio social de las sociedades nacionales de los diferentes Estados miembro que: a) incrementa el nivel de seguridad jurídica, contribuyendo a superar las limitaciones propias de la jurisprudencia del TJUE y del carácter heterogéneo de los ordenamientos de los diferentes Estados miembros; b) garantiza la adecuada protección de los derechos de los acreedores, trabajadores, y socios que se oponen a la operación; c) permite reducir los costes asociados al uso de fórmulas indirectas para llevar a cabo el traslado transfronterizo del domicilio social. Ahora bien, habrá que esperar a la implementación a nivel doméstico por parte de los Estados miembros del contenido de la Directiva 2019/2121/UE para poder evaluar con mayor precisión en qué medida se da cumplimiento a la finalidad y objetivos perseguidos por la citada norma europea.

1.6. La intensificación de la competencia normativa entre Estados miembros, así como de la competencia entre formas societarias nacionales y europeas: un posible “efecto secundario” de la jurisprudencia del TJUE en materia de libertad de establecimiento y de la introducción de normas comunitarias en materia de transformaciones transfronterizas

La “interpretación extensiva” de la libertad de establecimiento realizada por el TJUE en el ámbito del traslado transfronterizo de la sede (social o real) ha contribuido de forma decisiva, por una parte, a consagrar la autonomía de la voluntad de los socios fundadores por lo que respecta a la elección del Derecho societario aplicable a las sociedades cubiertas por el ámbito de aplicación del artículo 54 del TFUE, con independencia de dónde se localice su sede real o dónde desarrollen sus actividades económicas (sentencias *Centros*, *Überseering* e *Inspire Art*), y, por otra parte, a potenciar dicha autonomía en relación con el cambio del Derecho nacional aplicable a las mismas con posterioridad a su constitución (sentencias *SEVIC*, *Cartesio*, *VALE Építési*, y *Polbud*), aspecto este último que se ha visto reforzado con la regulación comunitaria de las operaciones de transformación transfronteriza. Sin embargo, algunos autores han venido llamando la atención acerca de cómo la adopción de un posicionamiento tolerante con el fenómeno del “*forum shopping*” por parte del TJUE podía intensificar la competencia normativa horizontal entre los Estados miembros en el plano del Derecho societario (también denominada “efecto *Delaware*”⁶⁶⁶), a la vez que creaba una suerte de competencia vertical entre las sociedades de Derecho nacional y las formas societarias de naturaleza europea (p.ej. la Sociedad Europea o la Sociedad Cooperativa Europea)⁶⁶⁷.

⁶⁶⁶ Sobre los orígenes de este fenómeno *vid.* BLANCO-MORALES LIMONES, P., *op.cit.*, pp.53-54.

⁶⁶⁷ En este sentido, *vid.* RYAN, P.S., “Will there ever be a Delaware of Europe?”, *Columbia Journal of European Law*, vol.11, nº1, 2004, pp.199-200; y PORTALE, G.B., *op.cit.*, pp.128-129.

Si nos centramos en la competencia normativa entre Estados miembros (*regulatory competition*)⁶⁶⁸, cabría apuntar como, desde un punto de vista teórico, la existencia de este fenómeno en el ámbito societario parece quedar supeditada a la concurrencia de dos requisitos: desde el lado de la oferta, deben existir incentivos para que los legisladores nacionales lleven a cabo reformas normativas que se adapten a las necesidades de las sociedades que pretenden atraer; y, desde el lado de la demanda, debe existir una posibilidad real de elegir el Derecho nacional aplicable a la sociedad, no sólo en el momento de su incorporación, sino también con posterioridad a la misma, lo que, en última instancia, dependerá de un análisis de los costes del traslado transfronterizo del domicilio social en relación con sus potenciales beneficios⁶⁶⁹.

A este respecto, no resulta difícil intuir cómo, antes de que vieran la luz las sentencias del TJUE a las que acabamos de hacer referencia, el control de la competencia normativa entre Estados miembros se producía esencialmente desde el lado de la demanda ya que, desde la óptica de la oferta, lo cierto es que, a pesar de los avances del proceso armonizador (elemento corrector de la competencia normativa por el lado de la oferta), los Estados miembros siempre disponen de importantes incentivos para atraer sociedades a su territorio, especialmente en términos de recaudación y empleo⁶⁷⁰. No obstante, la evolución de la jurisprudencia del TJUE en materia de libertad de establecimiento y la reciente aprobación de la Directiva 2019/2121/UE se configura como un factor potenciador de la demanda al posibilitar o facilitar, según el caso, el traslado de la sede social o real de las sociedades entre Estados miembros con mantenimiento de la personalidad jurídica. Ahora bien, también pueden encontrarse entre la doctrina algunas voces más escépticas con el fenómeno de la competencia normativa entre Estados miembros y que se muestran reacias a aceptar que un determinado Estado miembro pueda ejercer una posición dominante sobre el resto por lo que respecta a la atracción de sociedades, habida cuenta de que la decisión acerca del Derecho nacional al que sujetar la sociedad no sólo depende de la legislación societaria del Estado miembro en cuestión, sino de otros factores como la calidad y efectividad de la Administración o del sistema judicial⁶⁷¹.

⁶⁶⁸ Una definición de este concepto puede encontrarse en DEAKIN, S., “Legal diversity and regulatory competition: which model for Europe?”, *European Law Journal*, vol.12, nº4, 2006, p.441, donde se afirma que “la competencia normativa puede ser definida como un proceso mediante el cual las normas jurídicas son elegidas o no elegidas a través de la competencia entre entidades descentralizadas con capacidad reguladora [*rulemaking entities*], que pueden ser Estados nacionales u otras unidades políticas como regiones o localidades”.

⁶⁶⁹ En este sentido, *vid.* KIENINGER, E., M., “The legal framework of regulatory competition based on company mobility: EU and US compared”, *German Law Journal*, vol.6, nº4, 2004, p.741.

⁶⁷⁰ A este respecto, tal y como apunta VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA, G., *op.cit.*, p.17, el Derecho societario y el Derecho tributario juegan un papel fundamental como mecanismos tradicionales de atracción de sociedades hacia el territorio de un determinado Estado. En particular, y por lo que respecta al ámbito del Derecho societario, algunas de las principales materias sobre las que actúan los legisladores nacionales serían los requisitos de capital social, condiciones de registro y constitución, el contenido de los estatutos sociales, las estructuras de gobierno de las sociedades, o las normas específicas aplicables a grupos de sociedades.

⁶⁷¹ En este sentido, *vid.* TRÖGER, T.H., *op.cit.*, pp.63-64.

En cualquier caso, si echamos la vista atrás, podrían traerse a colación varias reformas normativas que muestran una clara tendencia hacia la flexibilización y simplificación del Derecho societario en el ámbito de los Estados miembros, a saber: en Francia, la Ley nº 2003/721, de 1 de agosto de 2003, introdujo a través de su artículo 1 una modificación del artículo 223.2 del Código de Comercio francés (*Code de Commerce*) en virtud de la cual se eliminaba la exigencia de un capital mínimo de 7500 euros para las sociedades de responsabilidad limitada de forma tal que, a partir de ese momento, éste quedaría fijado libremente por sus estatutos; en España, la hoy derogada, Ley 7/2003, de 1 de abril, modificaba la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, al objeto de introducir la “Sociedad Nueva Empresa”, configurada como un subtipo más “flexible” de sociedad de responsabilidad limitada en relación con los requisitos y condiciones exigidos para su constitución y funcionamiento; y en Alemania, la “Ley de modernización del derecho de la GmbH y sobre la lucha contra el abuso”, de 23 de octubre de 2008 (BGBl I 2008, 2026), introdujo una nueva modalidad simplificada de sociedad de responsabilidad limitada (*GmbH*) bajo la denominación “*Unternehmergeellschaft*”, siendo una de sus características esenciales la no exigencia de capital mínimo⁶⁷². Asimismo, también puede observarse un movimiento progresivo de los Estados miembros que tradicionalmente apostaban por la teoría de la sede real hacia modelos mixtos más o menos próximos, según el caso, a la teoría de la sede social. De este modo, y a título de ejemplo, podría señalarse como, en Alemania, a través de una reforma normativa operada en el año 2008, se abrió la puerta a la separación de la sede social y la sede real de las sociedades anónimas (*Aktiengesellschaft*) y de las sociedades de responsabilidad limitada (*GmbH*) sin que esto supusiese la pérdida de su personalidad jurídica. En una línea similar, otros Estados miembros como Eslovaquia (2004) o Hungría (2007) han llevado a cabo reformas en sus sistemas legislativos que apuestan de forma decisiva por el modelo de la sede social⁶⁷³.

Ciertamente, estas reformas normativas deben enmarcarse en un contexto de competencia normativa “a la baja” (*race to the bottom*) entre Estados miembros orientado a la atracción de sociedades y actividad económica a sus respectivos territorios y en el que, si se nos permite la expresión, el enemigo a batir en su momento era el Reino Unido⁶⁷⁴. En este sentido, cabría señalar que, como resultado de las sentencias *Centros*, *Überseering* e *Inspire Art*, se observó un incremento notable de las sociedades registradas en Reino Unido que mantenían su sede real o llevaban a cabo la

⁶⁷² Un buen análisis de las adaptaciones normativas llevadas a cabo por Alemania y Países Bajos para reforzar el atractivo de su Derecho societario y dar respuesta a los retos que planteaba el incremento del nivel de movilidad transfronteriza de las sociedades puede encontrarse en BRATTON, W., McCAHERY, J., VERMEULEN, E., “How does corporate mobility affect lawmaking? A comparative analysis”, *American Journal of Comparative Law*, vol.57, nº2, 2009, pp.380-384.

⁶⁷³ Sobre esta cuestión, *vid.* VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA, G., *op.cit.*, pp.20-24.

⁶⁷⁴ De hecho, algunos autores como WYMEERSCH, E., “Is a Directive...”, *op.cit.*, p.164, llegaban a afirmar que el Reino Unido podía ser considerado como el “Delaware europeo” en la medida en que ofrecía a las sociedades un régimen jurídico caracterizado por su elevado nivel de desarrollo y alta flexibilidad, así como los menores costes de incorporación que podían encontrar en el ámbito de la Unión Europea.

mayor parte de su actividad en otros Estados miembros; en concreto, en el año 2005, había 12.019 sociedades registradas en Reino Unido que operaban en Alemania y 2.127 sociedades registradas en Reino Unido que desarrollaban sus actividades en Países Bajos, frente a las 516 y 91 sociedades que, respectivamente y con estas características, se contabilizaban en el año 2001⁶⁷⁵. De hecho, algunos autores llegaron a afirmar en su momento que, “la solución consagrada por la trilogía *Centros-Überseering-Inspire Art* auspicia la victoria con el tiempo del criterio de incorporación a la vez que promueve una competición a la baja entre regímenes jurídicos o, según el juicio de valor que se relacione con dicha convergencia, hacia el régimen más permisivo”⁶⁷⁶.

Asimismo, no conviene perder de vista que la aprobación de la Directiva 2019/1132/UE, siguiendo el camino iniciado por las sentencias *Cartesio*, *VALE Építési* y *Polbud*, ha abierto definitivamente la puerta al traslado transfronterizo de la sede social por parte de sociedades de los diferentes Estados miembros a través de la realización de operaciones de transformación transfronteriza lo que facilita el acceso de las sociedades de capital, con independencia de su origen, a legislaciones societarias más ventajosas situándolas en un cierto plano de igualdad con aquellas sociedades originariamente constituidas en Estados miembros con ordenamientos más flexibles en esta materia⁶⁷⁷.

Sin embargo, es importante tener presente que un escenario en el que las sociedades puedan optar por el régimen jurídico que les resulte más ventajoso, ya de sea de forma originaria o con posterioridad a su constitución, no tiene que resultar necesariamente negativo desde el punto de vista del proceso de integración de la Unión Europea dado que la competencia normativa entre jurisdicciones podría traducirse en un incremento de la competitividad de las empresas europeas⁶⁷⁸, o bien, incentivar a los Estados miembros a profundizar en el proceso de armonización⁶⁷⁹, elevando de forma consensuada los estándares normativos en relación con determinados aspectos de sus respectivos Derechos societarios nacionales. En este sentido, y a título de ejemplo, ya hemos visto como, en el ámbito de las fusiones transfronterizas, la propia Directiva

⁶⁷⁵ Vid. PELLÉ, P., *op.cit.*, p.10. Un estudio empírico en profundidad que demuestra este fenómeno y el papel del Reino Unido como Estado miembro “receptor” de sociedades que no llevan a cabo actividades dentro de su territorio puede encontrarse en BECHT, M., MAYER, C., WAGNER, H., “Where do firms incorporate? Deregulation and the cost of entry”, *Journal of Corporate Finance*, vol.14, nº3, 2008, pp.241-256.

⁶⁷⁶ En este sentido, *vid.* MUIR WATT, H., *op.cit.*, p.177.

⁶⁷⁷ Sobre esta cuestión, *vid.* MULLER, P., DEVNANI, S., LADHER, R., RAMADA, P., *op.cit.*, pp.43-44; y FRADA DE SOUSA, A., *op.cit.*, p.63.

⁶⁷⁸ Sobre esta cuestión, y partiendo de la experiencia americana, WYMEERSCH, E., “Centros: a landmark...”, *op.cit.*, p.18, ha apuntado que “la calidad de la jurisprudencia de Delaware, de su sistema judicial y de su colegio de abogados son factores que han reforzado la confianza de los mercados en las acciones emitidas por las sociedades incorporadas en Delaware. Más que una carrera a la baja [*race to the bottom*] se puede apreciar una competencia por la excelencia [*competition for excellence*]”.

⁶⁷⁹ A este respecto, incluso pueden encontrarse autores que entienden que la novedosa interpretación del concepto de abuso adoptada en su momento por el TJUE en el asunto *Centros* podría constituir una decisión estratégica premeditada a la vez que plenamente razonable (*Vid.* DE LA FERIA, R., “Prohibition of abuse of (Community) Law: the creation of a new general principle of EC Law through tax”, *Common Market Law Review*, vol.45, nº2, 2008, pp.407-408).

2019/2121/UE ha profundizado en el nivel de armonización relativo a la protección de los derechos de los acreedores, trabajadores y socios que hubiesen votado en contra de la operación. Asimismo, y con el fin de dotar de una mejor protección a los inversores en el marco de una oferta pública o admisión a cotización de valores en un mercado regulado la Directiva 2003/71/CE⁶⁸⁰ fue sustituida por el Reglamento 2017/1129/UE⁶⁸¹.

Ciertamente, y en la medida en que la elaboración de normas europeas obligaría a los Estados miembros que hubiesen adoptado unos estándares más bajos en materia societaria a elevarlos, reduciendo de este modo el atractivo de su Derecho nacional, podría afirmarse que la armonización del Derecho societario europeo se configura como una suerte de mecanismo de protección para aquellos Estados miembros interesados en defender sus respectivos sistemas legislativos nacionales frente a otros Estados miembros con regímenes normativos más atractivos⁶⁸². En esta misma línea, algunas voces dentro de la doctrina defienden que, un contexto de competencia normativa, favorece la importación por parte de los Estados miembros de aquellos modelos jurídicos que han sido “validados” por el propio entorno económico lo que, a su vez, contribuye al desarrollo de una suerte de proceso de convergencia espontáneo entre los Derechos nacionales de los Estados miembros⁶⁸³.

En nuestra opinión, y sobre la base de lo anteriormente expuesto, podría afirmarse que un cierto nivel de competencia normativa entre los Estados miembros no resulta necesariamente negativo para la integración y buen funcionamiento del mercado interior⁶⁸⁴, si bien en todo caso deberían articularse los mecanismos oportunos para evitar comportamientos abusivos por parte de las sociedades. A este respecto, no puede perderse de vista como en virtud de la reforma operada por la Directiva 2019/2121/UE en la Directiva 2017/1132/UE se introduce la posibilidad de que, en el marco del control de legalidad que necesariamente deberá llevarse a cabo en las operaciones de fusión, escisión, y transformación transfronteriza, la autoridad competente del Estado miembro de que se trate no expida el certificado previo a la operación cuando se determine, en

⁶⁸⁰ Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE (DOUE n° L 345, de 31 de diciembre de 2019, p.64).

⁶⁸¹ Reglamento 2017/1129/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores en un mercado regulado y por el que se deroga la Directiva 2003/71/CE (DOUE n° L 168, de 30 de junio de 2017, p.12).

⁶⁸² En este sentido, *vid.* WYMEERSCH, E., “Is a Directive...”, *op.cit.*, p.162; y PELLÉ, P., *op.cit.*, p.7.

⁶⁸³ Sobre esta cuestión, *vid.* VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA, G., *op.cit.*, pp.14-27. Por otra parte, también se ha apuntado que la libre elección del Derecho aplicable no debería suponer un problema para los terceros que contratan con la sociedad ya que, en la medida en que estos estén informados acerca de la legislación por la que se rige la sociedad con la que se relacionan, siempre disponen de la opción de trasladar al precio el riesgo que asumen al contratar con sociedades sujetas a ordenamientos domésticos poco garantistas con sus intereses (*vid.* CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea”, *Estudios de Deusto*, Universidad de Deusto, vol.55, n°1, 2007, p.70).

⁶⁸⁴ De hecho, la propia Comisión Europea ha reconocido que un cierto grado de competencia normativa podría incluso contribuir de forma positiva la eficacia del mercado interior (*Vid.* COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento. Modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea: Un plan para avanzar*, COM (2003) 284 final, 21 de mayo de 2003, p.10).

cumplimiento del Derecho nacional, que ésta se lleva a cabo con fines abusivos o fraudulentos que tengan por efecto u objeto sustraerse al Derecho de la Unión o nacional o eludirlo, o con fines delictivos.

Ahora bien, y como ya hemos tenido ocasión de señalar en anteriores epígrafes de este trabajo, lo que no puede negarse es que las mejoras en el nivel de movilidad transfronteriza de las sociedades nacionales de los diferentes Estados miembros derivadas de la jurisprudencia del TJUE en materia de libertad de establecimiento han supuesto un duro revés para las formas societarias de naturaleza europea que, encorsetadas en un estricto y poco flexible régimen jurídico, han visto disminuir en gran medida el atractivo que presentaban en el momento de su aparición. En esta misma línea, el establecimiento por parte de la Directiva 2019/2121/UE de un marco jurídico armonizado para las operaciones de traslado transfronterizo del domicilio social de las sociedades de los diferentes Estados miembros no viene sino a intensificar la competencia vertical entre las sociedades de derecho nacional y las formas societarias de naturaleza europea.

2. La escisión transfronteriza

2.1. La necesidad de extender el proceso de armonización a las escisiones transfronterizas: problemática jurídica que planteaba su realización y limitaciones de las “vías indirectas” para llevarlas a cabo

La armonización de las operaciones de escisión transfronteriza en el plano del Derecho societario fue durante muchos años una de las grandes olvidadas del legislador europeo. De este modo, mientras que en el ámbito de las operaciones de fusión, la labor iniciada por la Directiva 78/855/CEE tuvo continuidad en la Directiva 2005/56/CE, por lo que respecta a las operaciones de escisión, el proceso de armonización llevado a cabo por la Directiva 82/891/CEE quedó circunscrito a la dimensión interna de las mismas. A este respecto, no puede perderse de vista como las características y consecuencias patrimoniales propias de la escisión determinaban que esta operación fuese contemplada tradicionalmente con un cierto recelo por parte del Derecho nacional de algunos Estados miembros, hasta el punto de no permitir su realización incluso en el ámbito doméstico⁶⁸⁵. De hecho, a diferencia de lo que sucedía con la “Tercera Directiva”, donde se imponía a los Estados miembros la obligación de implementar un marco

⁶⁸⁵ Ciertamente, una de las principales preocupaciones de los Estados miembros en relación con estas operaciones pivotaba sobre el hecho de que la división selectiva de activos y pasivos de la sociedad podría afectar a su fortaleza financiera (sociedad transmitente v. sociedades beneficiarias) y, por consiguiente, a sus trabajadores y a la generación de ingresos en el Estado miembro en cuestión. A título de ejemplo, podría traerse a colación la legislación societaria alemana que, todavía en la década de los noventa, desconocía la operación de la escisión (*Spaltung*). Sobre esta cuestión, *vid.* WIDMANN, S., *op.cit.*, p.412.

legislativo armonizado en el ámbito de las fusiones internas, con independencia de que su ordenamiento doméstico contemplase o no dichas operaciones, la “Sexta Directiva” supeditaba dicha obligación de armonización a que la figura de la escisión estuviese permitida previamente en la legislación del Estado miembro en cuestión, ya fuera en el plano del Derecho societario, como sucedía en Francia, o en el plano del Derecho tributario, como sucedía en Bélgica⁶⁸⁶.

Ciertamente, si en su momento ya no resultó sencillo alcanzar el consenso necesario para que la Directiva 82/891/CEE viese la luz, parece evidente que añadir el elemento transfronterizo no venía sino a complicar la posible adopción de una norma europea de armonización en el ámbito de las operaciones de escisión transfronteriza. En este sentido, conviene recordar el largo camino que tuvo que recorrerse y los obstáculos que hubo que salvar para que finalmente se aprobase la Directiva 2005/56/CE en materia de fusiones transfronterizas y cómo, en el momento de su adopción, un buen número de Estados miembros (p.ej. Alemania, Austria, Dinamarca, Finlandia, Grecia, Irlanda, Países Bajos o Suecia) todavía no permitía estas operaciones en todas sus modalidades o imponía importantes restricciones que dificultaban en gran medida su realización efectiva, a pesar de que todos ellos contaban ya en la década de los ochenta con un régimen armonizado de fusiones internas.

En el ámbito de las escisiones, la cuestión era si cabe más compleja pues el carácter imperativo relativo de la Directiva 82/891/CEE, al que ya nos hemos referido, determinaba que, incluso con posterioridad a su entrada en vigor, algunos Estados miembros siguiesen sin contemplar en sus respectivos ordenamientos nacionales la posibilidad de llevar a cabo una escisión interna y, mucho menos, de carácter transfronterizo. De hecho, a comienzos del nuevo milenio, todavía existían voces autorizadas que dudaban de la necesidad de introducir normas de naturaleza europea en materia de escisiones transfronterizas, en previsión de que la Directiva 2005/56/CE abriría la puerta a la realización de estas operaciones a través de fórmulas indirectas⁶⁸⁷.

Sin embargo, podría afirmarse que la publicación de la sentencia del TJUE en el asunto *SEVIC* abrió la puerta a la realización de estas operaciones en la medida en que, aun cuando el supuesto analizado era un fusión transfronteriza, la doctrina del Tribunal podría extenderse al ámbito de las escisiones transfronterizas como modalidades de ejercicio del derecho de establecimiento de las sociedades garantizado por los artículos 49 y 54 del TFUE⁶⁸⁸. En este sentido, conviene recordar como, en la citada sentencia, el

⁶⁸⁶ Vid. GOLDMAN, B., “Rapport concernant le...”, *op.cit.*, p.478.

⁶⁸⁷ En este sentido, *vid.* EUROPEAN COMMISSION, *Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe*, Brussels, 4 November 2002, p.108.

⁶⁸⁸ A favor de esta posibilidad se han mostrado, entre otros, TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., *European Tax Law*, *op.cit.*, p.666; VOSSESTEIN, G., “Companies freedom of...”, *op.cit.*, pp.178-179; o SIEMS, M., *op.cit.*, pp.314-315. De hecho, este último autor entiende que los hechos que dieron lugar a la sentencia *SEVIC* podrían ser fácilmente modificados para dar lugar a un supuesto de escisión transfronteriza si la sociedad luxemburguesa *Security Vision Concept* en lugar de ser simplemente absorbida por la sociedad alemana *SEVIC Systems*, llevase a cabo una escisión en virtud de la cual su patrimonio se dividiese entre *SEVIC Systems* y otra sociedad luxemburguesa. En dicho caso, las

Tribunal estableció, por una parte, que “el ámbito de aplicación del derecho de establecimiento incluye cualquier medida que permita, o incluso que se limite a facilitar, el acceso a un Estado miembro distinto del de establecimiento y el ejercicio de una actividad económica en dicho Estado (...)”⁶⁸⁹, y, por otra parte, que “las operaciones de fusiones transfronterizas, al igual que otras operaciones de transformación de sociedades, responden a las necesidades de cooperación y de reagrupamiento entre sociedades establecidas en Estados miembros diferentes. Constituyen modalidades particulares del ejercicio de la libertad de establecimiento, importantes para el buen funcionamiento del mercado interior, y entran, por tanto, dentro del ámbito de las actividades económicas para las que los Estados miembros están obligados a respetar la libertad de establecimiento prevista en el artículo 43 CE” (los subrayados son nuestros)⁶⁹⁰. Ciertamente, y dadas las características y naturaleza jurídica de las operaciones de escisión transfronteriza, su encaje en el concepto de “otras operaciones de transformación societaria” resulta evidente, así como su idoneidad como instrumento o mecanismo de acceso a otros Estados miembros distintos del de establecimiento de la sociedad en cuestión.

De este modo, y siempre que los Estados miembros permitan a sus sociedades nacionales la realización de escisiones a nivel doméstico, parece que no podrán oponerse, con carácter general, a la realización de una operación de escisión transfronteriza por parte de una sociedad sujeta a su ordenamiento por el mero hecho de que las sociedades beneficiarias estuviesen sometidas a la legislación de otro Estado miembro, ni tampoco denegar la inscripción registral de las sociedades creadas como resultado de la escisión de una sociedad extranjera. A este respecto, algún autor, partiendo de la idea de que las fusiones transfronterizas pueden ser contempladas como modalidades de expresión del derecho de establecimiento secundario, ha matizado que la posibilidad de realizar una escisión transfronteriza directamente sobre la base de la libertad de establecimiento sólo podría afirmarse con certeza en aquellos supuestos en los que, o bien las sociedades beneficiarias mantienen una sucursal en el Estado miembro de la sociedad que se escinde con posterioridad a la operación⁶⁹¹, o bien la sociedad escindida es propiedad de un accionista mayoritario (persona física) o de una sociedad que se convierten, respectivamente, en socio mayoritario o sociedad matriz de las sociedades beneficiarias extranjeras con capacidad de influencia real en sus

autoridades nacionales alemanas también hubiesen denegado la inscripción en el Registro de la operación por cuanto su ordenamiento doméstico sólo contemplaba las escisiones de naturaleza interna, planteándose la posible vulneración de los artículos 49 y 54 del TFUE. A juicio del autor, la respuesta del TJUE en este hipotético supuesto debería haber sido la misma que en el asunto *SEVIC* en la medida en que no existen diferencias significativas entre las dos situaciones planteadas, más allá de que en la escisión una parte del patrimonio de la sociedad luxemburguesa no terminaría en manos de la sociedad alemana.

⁶⁸⁹ Vid. STJUE de 13 de diciembre de 2005, asunto C-411/03, *SEVIC Systems AG*, ap.18.

⁶⁹⁰ Vid. STJUE de 13 de diciembre de 2005, asunto C-411/03, *SEVIC Systems AG*, ap.19.

⁶⁹¹ Ciertamente, lo habitual en este tipo de operaciones será que las sociedades beneficiarias mantengan un establecimiento permanente en el Estado miembro de la sociedad transmitente al que quedarán vinculados los elementos patrimoniales transmitidos, ya que, de no ser así, se cerraría la puerta a la aplicación del régimen de neutralidad fiscal establecido por la Directiva 2009/133/CE en virtud de su artículo 4.2, apartado b).

decisiones. Por el contrario, si el accionariado de la sociedad que se escinde estuviese fragmentando resultaría más difícil afirmar que como resultado de la operación los socios minoritarios de la sociedad escindida ejercen su derecho de establecimiento en otro Estado miembro, habida cuenta de que éstos no tendrían capacidad de influencia real en las decisiones de las sociedades beneficiarias. No obstante, lo cierto es que no admitir la realización de escisiones transfronterizas directamente sobre la base del Tratado en este último supuesto resultaría problemático no sólo desde la óptica del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad previsto en el artículo 18 del TFUE, sino también desde la perspectiva de la libre circulación de capitales contemplada en los artículos 63 y siguientes del TFUE que también protegería a estos accionistas minoritarios de la sociedad escindida⁶⁹².

En todo caso, si entendemos que las escisiones transfronterizas constituyen una expresión del derecho de establecimiento primario⁶⁹³ no habría problema en admitir con carácter general su realización sobre la base de una aplicación directa del Tratado y de la doctrina del TJUE en el asunto *SEVIC*, aunque las sociedades beneficiarias no mantengan un establecimiento secundario en el Estado miembro de la sociedad transmitente y con independencia de la estructura del accionariado de la sociedad que se escinde⁶⁹⁴. Partiendo de esta premisa, las legislaciones nacionales de los diferentes Estados miembros no podrán imponer restricciones a su realización salvo que éstas persigan un objetivo legítimo compatible con el Tratado, resulten justificadas por razones imperiosas de interés general, sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen, y no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo⁶⁹⁵.

A este respecto, es importante apuntar como un conjunto de Estados miembros de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo, siguiendo la línea marcada por la sentencia *SEVIC*, ya admitía con carácter previo a la aprobación de la Directiva 2019/2121/UE la posibilidad de llevar a cabo escisiones transfronterizas, bien disponiendo de legislación específica en la materia (p.ej. Finlandia, Islandia, Luxemburgo, o República Checa), o bien simplemente permitiendo estas operaciones pero sin disponer de normas específicas al respecto (p.ej. Chipre, Francia, Italia, Polonia, o Rumania). De hecho, algunos Estados miembros incluso han ido un paso más allá como, por ejemplo, la República Checa que contemplaba en su Derecho nacional la posibilidad de realizar escisiones parciales transfronterizas y aportaciones globales de activo y pasivo, o Luxemburgo cuya legislación doméstica contemplaba la aportación

⁶⁹² Sobre esta cuestión, *vid.* HANSEN, L., *op.cit.*, pp.192-195.

⁶⁹³ Nótese como, en relación con las fusiones transfronterizas, el propio Abogado General Tizzano reconoce esta posibilidad en sus Conclusiones de 7 de julio de 2005, asunto C-411/03, *SEVIC Systems AG*, ap.35, si bien lo cierto es que el TJUE no declara explícitamente si las fusiones transfronterizas deben ser consideradas como una modalidad de establecimiento primario, secundario o ambas.

⁶⁹⁴ Sobre esta cuestión, *vid.* BRASSEUR, M., VERMEYLEN, J., *op.cit.*, p.82, expresando sus dudas acerca de la existencia efectiva de un derecho a la realización de operaciones de escisión transfronteriza sobre la base de la libertad de establecimiento desde la óptica del Estado miembro de la sociedad escindida.

⁶⁹⁵ *Vid.* STJUE de 13 de diciembre de 2005, asunto C-411/03, *SEVIC Systems AG*, ap.23.

transfronteriza de rama de actividad, o la aportación de la totalidad del patrimonio empresarial. Por el contrario, en otros Estados miembros como Alemania, Austria, Bulgaria, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Grecia, Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Países Bajos, Portugal, o Suecia las escisiones transfronterizas todavía no resultaban posibles⁶⁹⁶.

Por otra parte, debe tenerse presente que desde la entrada en vigor de la Directiva 2005/56/CE se abrió la puerta a la realización de operaciones de escisión transfronteriza a través de una “fórmula indirecta” que constaba de tres fases diferenciadas, a saber: 1) en una primera fase, la sociedad que pretendía escindirse realizaba una operación de escisión interna (total o parcial); 2) en una segunda fase, se constituían una o varias sociedades en el Estado o Estados miembros de destino (en función de si la operación que se pretendía realizar era una escisión parcial o una escisión total); y 3) en una tercera fase, se llevaba a cabo una fusión transfronteriza, en virtud de la cual alguna/s o todas las sociedades beneficiarias (en función de si la operación que se pretendía realizar era una escisión parcial o una escisión total) eran absorbida/s por la/s sociedad/es previamente constituidas en otros Estados miembros bajo el amparo de la Directiva 2005/56/CE⁶⁹⁷.

Sin embargo, con el paso el tiempo, se fue haciendo cada vez más difícil justificar la ausencia de un marco jurídico-procedimental específico de naturaleza europea en el ámbito de las escisiones transfronterizas. En este sentido, no puede perderse de vista como, si bien es cierto que se trata de una operación de reorganización empresarial poco frecuente en comparación con las escisiones internas⁶⁹⁸, no lo es menos que presenta una importante utilidad como mecanismo a través del cual llevar a cabo una modificación o simplificación de la estructura organizacional de la sociedad, adaptarse a las condiciones cambiantes del mercado europeo y aprovechar las nuevas oportunidades que se generan en el mismo, resolver disputas entre grupos de socios en conflicto, acceder a beneficios fiscales, o buscar un entorno legislativo más favorable⁶⁹⁹. Asimismo, cabría apuntar que, como resultado de la crisis económica y financiera, las escisiones transfronterizas cobraron una mayor relevancia en el ámbito de los grandes grupos empresariales multinacionales por cuanto permiten, entre otras cuestiones, llevar

⁶⁹⁶ Sobre esta cuestión, *vid.* BECH-BRUUN, LEXIDALE, *op.cit.*, pp.102-104.

⁶⁹⁷ Esta opción vendría a sumarse a otras vías indirectas, teóricamente posibles pero no exentas de problemas en la práctica, que se venían empleando para conseguir un resultado similar al de una escisión transfronteriza (total o parcial), tales como, por ejemplo, la creación de una o varias filiales de la sociedad que se pretendía escindir en otro Estado miembro y la subsiguiente transferencia de activos y pasivos; o la realización de una escisión a nivel interno seguida de un traslado de la sede social de una o varias de las sociedades beneficiarias a otro Estado miembro.

⁶⁹⁸ En este sentido, *vid.* EUROPEAN COMMISSION (DIRECTORATE GENERAL JUSTICE AND CONSUMERS), *Feedback statement. Summary of responses to the public consultation on cross border mergers and divisions*, Brussels, October 2015, p.25.

⁶⁹⁹ Nótese como éstas fueron las principales razones identificadas por los participantes en una consulta pública lanzada por la Comisión Europea en 2014 para llevar a cabo una escisión transfronteriza (*vid.* EUROPEAN COMMISSION (DIRECTORATE GENERAL JUSTICE AND CONSUMERS), *Feedback statement. Summary of responses to the public consultation on cross border mergers and divisions*, Brussels, October 2015, p.19).

a cabo una división de las actividades de la sociedad cuando una de éstas ve comprometida su viabilidad, garantizando de este modo la supervivencia de la empresa y enviando una señal a los mercados que puede traducirse en un incremento del valor de sus acciones.

Ciertamente, y partiendo de la base de que las escisiones transfronterizas requerían la aplicación tanto de normas de conflicto como de normas de Derecho material de los Estados miembros involucrados en la operación, podría afirmarse que, con anterioridad a la aprobación de la Directiva 2019/2121/UE, las escisiones transfronterizas se enfrentaban fundamentalmente a los siguientes escenarios: a) la legislación de los Estados miembros impedía su realización (lo cual resultaba difícilmente compatible con la jurisprudencia del TJUE en el asunto *SEVIC* siempre, claro está, que dichos Estados permitiesen las escisiones a nivel interno), implicando obligatoriamente el recurso a mecanismos indirectos (escisión nacional y posterior fusión transfronteriza de acuerdo con la Directiva 2005/56/CE); b) la legislación de los Estados miembros permitía su realización, pero no disponía de normas específicas al respecto; y c) la legislación de los Estados miembros admitía su realización y disponía de normas específicas en la materia.

Por lo que respecta al primero de los escenarios apuntado, cabría apuntar como la seguridad jurídica que se obtenía al recurrir instrumentalmente a la Directiva 2005/56/CE presentaba como contrapartida un importante incremento del coste de la operación y del periodo de tiempo necesario para su realización. Por lo que respecta al segundo de los escenarios, el principal problema que se planteaba radicaba en la falta de seguridad jurídica derivada de la ausencia de normas jurídico-procedimentales aplicables a la operación, lo que se traducía en un incremento de los costes y de la complejidad del proceso, e incluso en la imposibilidad de realización efectiva de la operación como resultado de la interacción de las legislaciones de los Estados miembros involucrados en la misma. El tercero de los escenarios señalados resultaba sin duda el más favorable y eficiente en costes para las escisiones transfronterizas, si bien no conseguía eliminar el problema que suponía desde la óptica de la seguridad jurídica la heterogeneidad de las normas aplicables a la operación en las diferentes jurisdicciones nacionales, habida cuenta de que no todos los Estados miembros de la UE y del EEE habían tomado como referencia la Directiva 2005/56/CE a la hora de diseñar sus normas internas específicas en materia de escisiones transfronterizas⁷⁰⁰. Ahora bien, si tenemos en cuenta que dichas normas deberían estar basadas (en mayor o menor medida) en sus respectivas disposiciones nacionales en materia de escisiones internas al objeto de evitar un tratamiento discriminatorio o la introducción de una restricción a la libertad de establecimiento incompatible con el Tratado, lo cierto es que la labor armonizadora previa llevada a cabo por la Directiva 82/891/CEE parecía garantizar un cierto nivel de seguridad jurídica.

⁷⁰⁰ Sobre esta cuestión, *vid.* BECH-BRUUN, LEXIDALE, *op.cit.*, pp.104.

No obstante, y al objeto de garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior, así como fomentar la actividad y movilidad transfronteriza de las empresas europeas, resultaba conveniente extender el proceso de armonización del Derecho societario europeo a las escisiones transfronterizas, introduciendo una definición propia de estas operaciones y sus modalidades, estableciendo los caracteres esenciales de su régimen jurídico-procedimental, y garantizando la adecuada protección de los derechos e intereses de socios minoritarios, acreedores y trabajadores en el marco de las mismas⁷⁰¹. De este modo, no sólo se conseguiría un mayor nivel de seguridad jurídica a la hora de su realización, sino que también se reducirían los elevados costes tradicionalmente asociados a estas operaciones, tanto en comparación con aquellos supuestos en los que la escisión transfronteriza ya resulta posible en virtud del Derecho nacional de los Estados miembros (debido a la complejidad que se derivaba de la deficiente interacción entre sus respectivas normas aplicables a la operación), como en comparación con aquellos supuestos en los que se acudía a vías indirectas⁷⁰².

A este respecto, cabría apuntar como, con anterioridad a la codificación operada por la Directiva 2017/1132/UE, los trabajos de la Comisión Europea se orientaban en la dirección de abordar la problemática que planteaban las escisiones transfronterizas a través de la modificación de la Directiva 2005/56/CE, por cuanto se trataba de una norma con la que las partes interesadas ya se encontraban plenamente familiarizadas y que había demostrado su eficacia a la hora de proporcionar un marco jurídico adecuado para las fusiones transfronterizas⁷⁰³. De hecho, en sendas consultas públicas lanzadas por la Comisión Europea en los años 2012 y 2014, una mayoría de participantes (incluyendo, entre otros, Federaciones empresariales, Cámaras de comercio, abogados, notarios, autoridades públicas, y universidades) se mostró a favor de que las normas europeas relativas a las escisiones transfronterizas se integrasen en la Directiva 2005/56/CE, habida cuenta de la similitud entre los procedimientos para llevar a cabo

⁷⁰¹ Vid. PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de junio de 2017, sobre fusiones y escisiones transfronterizas*, P8_TA(2017)0248, ap.18. En esta misma línea, *vid.*, entre otros, MASTRULLO, T., “La transposition en droit français de la directive sur les fusions transfrontalières: une avancée et des regrets”, *Europe: actualité du droit communautaire*, vol.19, n°8-9, 2009, pp.5-10; o BECH-BRUUN, LEXIDALE, *op.cit.*, p.105.

⁷⁰² De hecho, en una consulta pública lanzada por la Comisión Europea a finales del año 2014, se puso de manifiesto como los principales obstáculos a la realización de estas operaciones, a juicio de los participantes, residían en la falta de seguridad jurídica debido a la ausencia de normas de Derecho de la Unión Europea en la materia, en la complejidad y duración de los procedimientos que se empleaban para llevar a cabo las escisiones transfronterizas, así como en los costes de acudir a las vías “indirectas” que incluían una escisión doméstica y una fusión transfronteriza. Asimismo, otros obstáculos identificados en relación con las escisiones transfronterizas pivotaban sobre la heterogeneidad de las normas adoptadas por los diferentes Estados miembros en la materia e incluso su inexistencia, la desigual implementación de la Directiva 82/891/CEE, o la necesidad de acudir a las técnicas de resolución de conflicto de leyes para determinar la ley aplicable a la operación (*vid.* EUROPEAN COMMISSION (DIRECTORATE GENERAL JUSTICE AND CONSUMERS), *Feedback statement. Summary of responses to the public consultation on cross border mergers and divisions*, Brussels, October 2015, pp.20-21).

⁷⁰³ Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. “Plan de acción: Derecho de sociedades europeo y gobierno corporativo. Un marco jurídico moderno para una mayor participación de los accionistas y la viabilidad de las empresas”*, COM (2012) 740 final, de 12 de diciembre de 2012, p.14.

ambas operaciones y los intereses a proteger, así como en la medida en que esto permitiría conseguir un marco legal más homogéneo, simple y coherente, que aportase un mayor nivel de seguridad jurídica y cuya implementación resultase más sencilla, evitando posibles divergencias indeseadas entre la regulación de fusiones y escisiones transfronterizas⁷⁰⁴.

Sin embargo, lo cierto es que también podían identificarse algunos factores que aconsejaban la adopción de una Directiva específica que, partiendo de la base de la “Décima Directiva”, estableciese un marco jurídico armonizado aplicable a las operaciones de escisión transfronteriza, a saber: a) el hecho de que las fusiones y las escisiones de naturaleza interna estuviesen reguladas (antes de la aprobación de la Directiva 2017/1132/UE) en dos normas europeas diferentes (la Directiva 2011/35/UE y la Directiva 82/891/CEE); b) la mayor complejidad que supondría la regulación de ambas operaciones en el mismo texto legal, pero con multitud de particularidades, matices y excepciones; o c) la posibilidad de que una falta de acuerdo entre los Estados miembros para modificar las normas relativas a las escisiones transfronterizas bloquease la reforma de las normas relativas a las fusiones transfronterizas (o viceversa) si se negociasen en conjunto⁷⁰⁵. De hecho, en aquel momento, podían encontrarse autores que se mostraban favorables a la adopción de una Directiva propia en el ámbito de las escisiones transfronterizas que complementase a la Directiva 2005/56/CE⁷⁰⁶.

Finalmente, y tras el proceso de codificación llevado a cabo por la Directiva 2017/1132/UE, se optó finalmente por dar respuesta a la problemática que presentaban las operaciones de escisión transfronteriza por parte de sociedades nacionales de los diferentes Estados miembros mediante la introducción en la citada norma comunitaria de una serie de disposiciones tendentes a configurar un régimen jurídico-procedimental armonizado (sin perjuicio de que, en relación con determinados procedimientos y trámites, la Directiva se remita a las legislaciones domésticas de los Estados miembros) aplicable a dichas operaciones. Así, en diciembre de 2019, vería la luz la Directiva 2019/2121/UE por la que se modificaba la Directiva 2017/1132/UE y a cuyas disposiciones en materia de escisiones transfronterizas nos referiremos sucintamente a continuación.

2.2. El establecimiento de un régimen jurídico armonizado para estas operaciones por parte de la Directiva 2019/2121/UE

⁷⁰⁴ Vid. EUROPEAN COMMISSION (DIRECTORATE GENERAL INTERNAL MARKET AND SERVICES), *Feedback statement. Summary of responses to the public consultation on the future of European company law*, Brussels, July 2012, p.11; y EUROPEAN COMMISSION (DIRECTORATE GENERAL JUSTICE AND CONSUMERS), *Feedback statement. Summary of responses to the public consultation on cross border mergers and divisions*, Brussels, October 2015, p.24.

⁷⁰⁵ Vid. EUROPEAN COMMISSION (DIRECTORATE GENERAL JUSTICE AND CONSUMERS), *Feedback statement. Summary of responses to the public consultation on cross border mergers and divisions*, Brussels, October 2015, p.24.

⁷⁰⁶ Vid. SIEMS, M., *op.cit.*, p.314.

Tal y como ya hemos apuntado, la ausencia de un régimen jurídico-procedimental armonizado aplicable a las escisiones transfronterizas se traducía en que, con carácter general, la realización de estas operaciones en el conjunto de Estados miembros debía enfrentarse a alguno de los siguientes escenarios: i) la escisión transfronteriza no resultaba posible sin acudir a fórmulas indirectas (escisión interna y posterior fusión transfronteriza al amparo de la Directiva 2005/56/CE); o ii) la escisión transfronteriza no podía llevarse a cabo en adecuadas condiciones de seguridad jurídica y protección de los derechos de los acreedores, trabajadores, y socios que se hubiesen opuesto a la operación. Por ello, y con el fin de eliminar los obstáculos jurídicos que afectaban a las escisiones transfronterizas, la modificación operada en la Directiva 2017/1132/UE por parte de la Directiva 2019/2121/UE introdujo una serie de disposiciones de Derecho material aplicables a estas operaciones.

A este respecto, y en relación con el ámbito de aplicación de dichas disposiciones, cabría señalar como éste se proyecta sobre las escisiones de sociedades de capital constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y que tengan su domicilio social (*registered office*), administración central (*central administration*), o centro de actividad principal (*principal place of business*) dentro de la Unión Europea, siempre que al menos dos de las sociedades participantes en la operación estén sujetas al Derecho nacional de diferentes Estados miembros⁷⁰⁷. De este modo, las citadas operaciones no podrán realizarse al margen de las normas contenidas en las disposiciones nacionales de implementación del contenido de la Directiva 2019/2121/UE en los diferentes Estados miembros.

Ciertamente, y frente al planteamiento adoptado por el legislador europeo en la Directiva 82/891/CEE sobre escisiones internas (la cual sólo resultaba de aplicación a las sociedades anónimas), el hecho de que el ámbito de aplicación subjetivo de las disposiciones relativas a las escisiones transfronterizas pivote sobre el concepto de “sociedad de capital” contribuye a posibilitar el acceso a las mismas por parte de las PYMEs (constituidas normalmente bajo la forma sociedad limitada). Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de las fusiones transfronterizas (y en línea con establecido en el ámbito de las transformaciones transfronterizas), a los efectos de la aplicación de las disposiciones relativas a las escisiones transfronterizas el término “sociedad de capital” queda circunscrito a las formas societarias contempladas en el anexo II de la Directiva 2017/1132/UE⁷⁰⁸, lo que se traduce en que las Sociedades Europeas no podrán beneficiarse de dichas disposiciones⁷⁰⁹.

⁷⁰⁷ Vid. artículo 160 *bis*, apartado 1 de la Directiva 2017/1132/UE.

⁷⁰⁸ Cfr. artículos 160 *ter* y 119.1 de la Directiva 2017/1132/UE.

⁷⁰⁹ A este respecto, cabría señalar como algunos autores se habían mostrado partidarios en su momento de extender el ámbito de aplicación subjetivo de las disposiciones armonizadas aplicables en materia de escisiones transfronterizas a todas las entidades cubiertas por el artículo 54 del TFUE (*vid. SCHMIDT, J., op.cit.*, p.27).

Asimismo, cabría señalar que el hecho de que no se exija que las sociedades participantes en la escisión transfronteriza tengan su domicilio social, su administración central, y su centro de actividad principal en el territorio de un Estado miembro podría abrir la puerta a que “sociedades buzón” (“*letter-box companies*”) constituidas de acuerdo con el Derecho nacional de un Estado miembro y con sede social dentro de la UE pero cuya sede real y actividad económica se localice en un Estado no miembro puedan beneficiarse de las disposiciones contenidas en la Directiva. No obstante, es importante tener presente que, tratándose de operaciones abusivas o fraudulentas que tengan por efecto u objeto sustraerse al Derecho de la UE o nacional o eludirlo, o con fines delictivos, las autoridades nacionales competentes para controlar la legalidad de la escisión transfronteriza en lo relativo a las partes del procedimiento sujetas al ordenamiento del Estado miembro de la sociedad escindida podrán no expedir el certificado previo a la escisión al que se refiere el artículo 160 *quaterdecies* de la Directiva 2017/1132/UE⁷¹⁰.

Por otra parte, y al igual que sucedía en materia de fusiones transfronterizas, cabría señalar como quedarán directamente excluidas del ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a las escisiones transfronterizas las sociedades de inversión colectiva que cumplan una serie de condiciones⁷¹¹, las sociedades en liquidación que hayan comenzado el reparto de sus activos entre sus socios, así como las sociedades cubiertas por el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/59/UE y con respecto a las cuales se estén utilizando por parte de las autoridades competentes los instrumentos, competencias y mecanismos de resolución establecidos en su título IV⁷¹², dejándose en manos de los Estados miembros la posibilidad de no aplicar dichas disposiciones a las sociedades que sean objeto de procedimientos de insolvencia o marcos de reestructuración preventiva, a las sociedades que sean objeto de un procedimiento de liquidación sin que hubiera comenzado el reparto de activos entre sus socios, o a las sociedades que sean objeto de las “medidas de prevención de crisis” definidas en el apartado 101 del artículo 2.1 de la Directiva 2014/59/UE⁷¹³.

Sin embargo, la extensión de la jurisprudencia del TJUE en el asunto *SEVIC* al ámbito de las escisiones transfronterizas nos llevaría a concluir que los Estados miembros no podrán impedir la participación en estas operaciones a aquellas entidades jurídicas que cumplan los requisitos del artículo 54 del TFUE cuando éstas tengan reconocido el derecho a llevar a cabo escisiones de naturaleza interna⁷¹⁴ ya que, de lo contrario, nos encontraríamos ante una restricción a su libertad de establecimiento que

⁷¹⁰ Vid. artículo 160 *quaterdecies*, apartado 8 de la Directiva 2017/1132/UE. En este sentido, nótese como el Parlamento Europeo ya había apuntado en su momento que “una posible nueva Directiva no debería utilizarse como instrumento formal para las escisiones en una empresa con el objetivo de buscar el foro de conveniencia y eludir las obligaciones jurídicas dimanantes del Derecho nacional” (vid. PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de junio de 2017, sobre fusiones y escisiones transfronterizas*, P8_TA(2017)0248, ap.13).

⁷¹¹ Vid. artículo 160 *bis*, apartado 3 de la Directiva 2017/1132/UE.

⁷¹² Vid. artículo 160 *bis*, apartado 4 de la Directiva 2017/1132/UE.

⁷¹³ Vid. artículo 160 *bis*, apartado 5 de la Directiva 2017/1132/UE.

⁷¹⁴ Vid. STJUE de 13 de diciembre de 2005, asunto C-411/03, *SEVIC Systems AG*, ap.19.

sólo resultaría admisible en caso de perseguir un objetivo legítimo compatible con el Tratado, estar justificada por razones imperiosas de interés general, resultar adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue, y no ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. Ahora bien, en el supuesto de que en una escisión transfronteriza participen formas societarias que encajan en el ámbito de aplicación de la Directiva 2017/1132/UE y otras que no, la operación no podrá acogerse a las disposiciones contempladas en la citada norma comunitaria sino que deberá realizarse directamente sobre la base de la libertad de establecimiento prevista en el Tratado y, en su caso, de las normas específicas en la materia que hayan adoptado los Estados miembros implicados⁷¹⁵. Estas consideraciones resultan igualmente aplicables a las sociedades del Espacio Económico Europeo (aquéllas constituidas de acuerdo con la legislación de un Estado miembro del EEE y con su sede social, administración central, o centro de actividad principal dentro del territorio del EEE) que no queden cubiertas por el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 2017/1132/UE (cuya aplicación se extiende al EEE).

Por lo que respecta al ámbito de aplicación objetivo de las disposiciones en materia de escisiones transfronterizas incorporadas en la Directiva 2017/1132/UE a través de la reforma operada por la Directiva 2019/2121/UE, cabría apuntar como éste se proyecta sobre tres modalidades de las operaciones de escisión, a saber: escisión total⁷¹⁶, escisión parcial⁷¹⁷, y segregación⁷¹⁸. De este modo, puede observarse una clara diferencia con el ámbito de aplicación objetivo de la antigua Directiva 82/891/CEE en la medida en que dicha norma comunitaria únicamente daba cobertura explícita a las operaciones de escisión total (incorporando una definición de las mismas)⁷¹⁹, sin perjuicio de que, de forma más indirecta y bajo la calificación de “otras operaciones asimiladas a la escisión”, también pudiesen entenderse cubiertas por la misma las

⁷¹⁵ En esta misma línea, aunque en relación con las operaciones de fusión transfronteriza, *vid.* BRASSEUR, M., VERMEYLEN, J., *op.cit.*, pp.72-73.

⁷¹⁶ *Vid.* artículo 160 *ter*, apartado 4, subapartado a) de la Directiva 2017/1132/UE donde esta modalidad de escisión se define como la operación en virtud de la cual “una sociedad escindida, al ser disuelta sin entrar en liquidación, transmite la totalidad de su patrimonio activo y pasivo a dos o más sociedades beneficiarias mediante la atribución a los socios de la sociedad escindida de títulos o participaciones en las sociedades beneficiarias y, en su caso, de un pago en efectivo no superior al 10% del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un pago en efectivo no superior al 10% del valor contable de tales títulos o participaciones”.

⁷¹⁷ *Vid.* artículo 160 *ter*, apartado 4, subapartado b) de la Directiva 2017/1132/UE donde esta modalidad de escisión se define como la operación en virtud de la cual “una sociedad escindida transmite una parte de su patrimonio activo y pasivo a una o varias sociedades beneficiarias mediante la atribución a los socios de la sociedad escindida de títulos o participaciones en las sociedades beneficiarias, en la sociedad escindida, o en las sociedades beneficiarias y la sociedad escindida, y, en su caso, de un pago en efectivo no superior al 10 % del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un pago en efectivo no superior al 10 % del valor contable de tales títulos o participaciones”.

⁷¹⁸ *Vid.* artículo 160 *ter*, apartado 4, subapartado c) de la Directiva 2017/1132/UE donde esta modalidad de escisión se define como la operación en virtud de la cual “una sociedad escindida transmite parte de su patrimonio activo y pasivo a una o varias sociedades beneficiarias mediante la atribución a la sociedad escindida de títulos o participaciones en las sociedades beneficiarias”.

⁷¹⁹ *Vid.* artículos 2 y 21 de la Directiva 82/891/CEE (actuales artículos 136 y 155 de la Directiva 2017/1132/UE).

operaciones de escisión parcial⁷²⁰. Sin embargo, resulta interesante destacar que, a diferencia de la Directiva 82/891/CEE, las disposiciones en materia de escisiones transfronterizas contenidas en la Directiva 2019/2121/UE quedan circunscritas a aquellos supuestos en los que la sociedad o sociedades beneficiarias son de nueva creación, dejando fuera de su ámbito de aplicación objetivo las operaciones de escisión transfronteriza en las que la sociedad o sociedades beneficiarias ya existen con anterioridad a su realización, lo cual a nuestro juicio resulta criticable⁷²¹.

Este planteamiento contrasta con el seguido en materia fiscal por la Directiva 2009/133/CE, la cual *a priori* permite dar cobertura a operaciones transfronterizas de escisión total, parcial, y segregación (bajo el concepto de “aportación de activos” propio de la Directiva Fiscal de Fusiones) con independencia de que la sociedad o sociedades beneficiarias pre-existan a la operación en cuestión o se creen *ad hoc* con motivo de la misma⁷²², sin perjuicio, claro está, de que aquellos supuestos abusivos o fraudulentos puedan ser combatidos a través de la cláusula prevista en el artículo 15.1, apartado a) de la citada Directiva. Asimismo, y tal y como tendremos ocasión de analizar con más detenimiento en posteriores epígrafes de este trabajo, cabría señalar que, a pesar de su similitud, existen una serie de diferencias entre las definiciones de escisión parcial y segregación (o aportación parcial de activos) incorporadas a la Directiva 2017/1132/UE y las previstas actualmente en la Directiva 2009/133/UE que impedirían el acceso de determinadas operaciones transfronterizas de escisión parcial o segregación al régimen de neutralidad fiscal configurado por la Directiva Fiscal de Fusiones (p.ej. el hecho de que en el marco de una escisión parcial se atribuyan a los socios de la sociedad escindida títulos de la propia sociedad escindida y no exclusivamente títulos representativos del capital social de la sociedad o sociedades beneficiarias; o el hecho de que en el marco de una segregación el conjunto patrimonial transmitido no configure una rama de actividad).

En sentido inverso, conviene apuntar como, a la luz de la definición de las diferentes modalidades de escisión transfronteriza que maneja la Directiva 2019/2121/UE, quedarían fuera de su ámbito de aplicación objetivo las operaciones de aportación de activos en las que se transmite la totalidad del patrimonio activo y pasivo

⁷²⁰ Vid. artículo 25 (actual artículo 159 de la Directiva 2017/1132/UE).

⁷²¹ En esta misma línea, y en favor de que el proceso de armonización en materia de escisiones transfronterizas se proyectase sobre las escisiones totales, parciales y por segregación con independencia de que la sociedad o sociedades beneficiarias fuesen de nueva creación o existiesen con anterioridad a la operación ya se mostró en su momento SCHMIDT, J., *op.cit.*, p.29. A este respecto, nótese como el Considerando nº 8 de la Directiva 2019/2121/UE trata de justificar la no extensión del proceso de armonización a este tipo de supuestos sobre la base de su elevada complejidad y la existencia de un mayor riesgo de elusión de las normas nacionales y del Derecho de la UE. Sin embargo, tal y como ha apuntado ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., *op.cit.*, p.2, las reglas establecidas por la Directiva en relación con el control de canje y la protección de los acreedores resultarían suficientes para mitigar el mayor riesgo que presentan las escisiones por absorción derivado de la confusión de masas patrimoniales. De hecho, a juicio del citado autor, la principal problemática que presentan las operaciones de escisión frente a las fusiones pivota sobre “la posible separación estratégica de masas patrimoniales en perjuicio de acreedores”, aspecto que concurre con independencia de que la sociedad o sociedades beneficiarias sean de nueva creación o ya existan con anterioridad a la realización de la operación en cuestión.

⁷²² Vid. artículo 2, apartados b), c) y d) de la Directiva 2009/133/CE.

de una sociedad, recibiendo ésta en contrapartida títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria. Ciertamente, y aun cuando se trata de operaciones que tendrían encaje en el artículo 2, apartado d) de la Directiva 2009/133/CE, no resultan subsumibles ni en el concepto de “escisión por segregación” (cuya definición pivota sobre la transmisión únicamente de una parte del patrimonio de la sociedad escindida), ni en el concepto de “escisión total” (caracterizado por la atribución a los socios de la sociedad escindida de los títulos de las sociedades beneficiarias recibidos en contrapartida), ni tampoco en ninguna de las modalidades de operaciones de fusión a las que hace referencia la Directiva 2017/1132/UE.

De este modo, y aun cuando la extensión del razonamiento del TJUE en el asunto *SEVIC* podría abrir la puerta a la realización de estas operaciones de aportación global de activos (entendidas como una modalidad de ejercicio del derecho de establecimiento secundario) en el ámbito transfronterizo sobre la base de una aplicación directa del Tratado⁷²³ (y siempre que los Estados miembros permitan esta operación a nivel interno)⁷²⁴, la ausencia de un marco jurídico-procedimental armonizado aplicable a las mismas se traduciría en unos menores niveles de seguridad jurídica, en un incremento de los costes asociados a su realización, así como en problemas desde la óptica de la adecuada protección de los acreedores, trabajadores y socios minoritarios de la sociedad transmitente⁷²⁵.

Al conjunto de operaciones anteriormente señalado (escisión total, escisión parcial y escisión por segregación), habría que añadir aquellas escisiones totales o parciales (por constitución) de naturaleza transfronteriza en las que la legislación de al menos uno de los Estados miembros afectados permita que la compensación en efectivo supere el 10% del valor nominal o, en su caso, contable de los títulos o participaciones

⁷²³ Ahora bien, a este respecto, algunos autores como BRASSEUR, M., VERMEYLEN, J., *op.cit.*, p.86, han apuntado, que las operaciones de aportación global (o parcial) de activos y pasivos tan sólo podrían ser contempladas como una modalidad de ejercicio del derecho de establecimiento secundario en aquellos supuestos en los que el lote de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria recibidos en contrapartida de la aportación por parte de la sociedad transmitente (que recordemos no se extingue como resultado de la operación) le otorgasen a sociedad transmitente una participación mayoritaria en el capital de la sociedad beneficiaria extranjera. Por el contrario, aquellos supuestos en los que la sociedad transmitente reciba en contrapartida de la aportación total o parcial de activos un lote de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria que determine una participación minoritaria en el capital de la misma como resultado de la operación (p.ej. debido a la escasa importancia relativa del valor del conjunto patrimonial aportado en relación con el tamaño de la sociedad beneficiaria, o porque una parte importante de la contraprestación fue satisfecha en efectivo), no constituirían una modalidad de ejercicio del derecho de establecimiento secundario por parte de la sociedad transmitente, sin perjuicio de que la operación pudiese realizarse sobre la base de la libre circulación de capitales.

⁷²⁴ A título de ejemplo, podrían traerse a colación los casos de República Checa, cuyo Derecho nacional contempla la posibilidad de realizar aportaciones globales de activo y pasivo en el ámbito transfronterizo, o Luxemburgo, cuya legislación doméstica contiene disposiciones relativas a la aportación transfronteriza de rama de actividad, o la aportación transfronteriza de la totalidad del patrimonio empresarial (*vid. BECH-BRUUN, LEXIDALE, op.cit.*, p.104).

⁷²⁵ De hecho, ya en su momento, la Comisión Europea se mostró partidaria de extender el proceso de armonización no sólo a las operaciones de aportación parcial de activos (segregación), sino también a las aportaciones “totales” de activos, con el fin de eliminar los obstáculos jurídicos existentes a su realización y reducir los costes asociados a las mismas (*vid. EUROPEAN COMMISSION, Report of the reflection group on the future of EU company law, Brussels, 5 April 2011, p.28*).

en que se divida el capital de las sociedades beneficiarias⁷²⁶. Ciertamente, nos encontramos ante una operación que, en el ámbito interno, ya se encontraba recogida en el antiguo artículo 24 de la Directiva 82/891/CEE⁷²⁷, y cuya inclusión en el ámbito de la Directiva 2017/1132/UE aporta flexibilidad a su ámbito de aplicación objetivo⁷²⁸, si bien, en la práctica, la realización efectiva de estas operaciones dependerá en buena medida de que los Estados miembros hayan extendido de forma unilateral el régimen previsto por la Directiva 2009/133/CE con el fin de dar cobertura a las mismas.

Por lo que respecta a la configuración actual del marco jurídico aplicable a las operaciones de escisión transfronteriza, y aun sin ánimo de profundizar en esta cuestión (la cual excedería del objeto de estudio de nuestro trabajo), cabría apuntar la exigencia, con carácter general, de los siguientes requisitos: 1) la elaboración de un proyecto de escisión transfronteriza⁷²⁹ que deberá ser sometido una serie de requisitos de publicidad⁷³⁰; 2) la elaboración de un informe por parte de los órganos de dirección o administración de la sociedad escindida dirigido a sus socios y empleados en el que se expliquen los aspectos legales y económicos de la escisión transfronteriza, así como las implicaciones de la operación para ambos colectivos (estableciéndose determinados aspectos sobre los que necesariamente deberá versar el citado informe en función del colectivo de que se trate)⁷³¹; 3) la elaboración de un informe pericial independiente dirigido exclusivamente a los socios que deberá pronunciarse acerca de si la

⁷²⁶ Vid. artículo 160 *bis*, apartado 2 de la Directiva 2017/1132/UE.

⁷²⁷ Actual artículo 158 de la Directiva 2017/1132/UE.

⁷²⁸ No obstante, a nuestro juicio, y tal y como ya apuntamos en el ámbito de las operaciones de fusión transfronteriza, debe tenerse presente que el artículo 160 *ter*, apartado 4, subapartados a) y b), de la Directiva 2017/1132/UE (puesto en relación con lo dispuesto en el artículo 160 *novodecies*, apartados 1 y 2 de la citada norma) a la hora de definir las modalidades de escisión total y parcial establece de forma clara la necesidad de que, tratándose de operaciones de escisión total, deberá existir una atribución a los socios de la sociedad transmitente de títulos o participaciones representativos del capital social de las sociedades beneficiarias, mientras que si se tratase de una escisión parcial, deberán atribuirse a los socios de la sociedad escindida títulos de la sociedad o sociedades beneficiarias o bien títulos de dichas sociedades junto con títulos de la propia sociedad escindida. Por tanto, entendemos que el porcentaje que podrá representar la compensación en efectivo en la operación nunca debería alcanzar la cifra del 100%.

⁷²⁹ Vid. artículo 160 *quinquies* de la Directiva 2017/1132/UE. Nótese como su contenido mínimo resulta más exigente que el establecido por la “Sexta Directiva” para el supuesto de escisiones internas lo que resulta en todo punto lógico habida cuenta de los mayores riesgos para trabajadores, accionistas y terceros que implica una operación de este tipo cuando se introduce el componente transfronterizo. Así, y tratándose de escisiones transfronterizas, el citado proyecto de escisión deberá referirse, entre otros, a aspectos tales como: i) las posibles consecuencias de la escisión transfronteriza para el empleo, ii) los detalles de la oferta de compensación en efectivo a los socios que ejerciten su derecho de separación de acuerdo con lo establecido en el artículo 160 *decies* (esta mención no resultará necesaria en el caso de operaciones de segregación), iii) las garantías ofrecidas a los acreedores, o iv) en su caso, los procedimientos por los que se determinen los regímenes de participación de los trabajadores en la definición de sus derechos a la participación en las sociedades beneficiarias de conformidad con el artículo 160 *terdecies*.

⁷³⁰ Vid. artículo 160 *octies* de la Directiva 2017/1132/UE.

⁷³¹ Vid. artículo 160 *sexies* de la Directiva 2017/1132/UE. Así, y a título de ejemplo, cabría señalar como, por lo que respecta a los socios, el informe deberá referirse necesariamente a aspectos tales como la compensación en efectivo o la relación de canje de los títulos, así como el método empleado para su determinación, mientras que por lo que respecta a los trabajadores, dicho informe tendrá que explicar las consecuencias de la escisión transfronteriza para las relaciones laborales (y, en su caso, las medidas para salvaguardar las mismas), así como cualquier cambio sustancial en las condiciones de empleo o en la ubicación de los lugares donde la sociedad lleva a cabo sus actividades.

compensación en efectivo y la relación de canje propuesta en el proyecto de escisión (así como el método o métodos empleados para su determinación) resultan adecuados, describiendo las posibles dificultades especiales de valoración que se hubiesen planteado⁷³²; o 4) la aprobación del proyecto de escisión transfronteriza por parte de la Junta General de la sociedad escindida⁷³³.

No obstante, es importante tener presente que, en relación con la modalidad de escisión por segregación (caracterizada por la “supervivencia” de la sociedad transmitente y por el hecho de que los títulos representativos del capital de la sociedad o sociedades beneficiarias entregados en contrapartida se atribuyen directamente a la propia sociedad transmitente en lugar de a los socios de ésta), la Directiva establece un régimen simplificado que no sólo reduce el contenido mínimo del proyecto de escisión, sino que exime de la necesidad de elaborar los informes anteriormente mencionados⁷³⁴.

Asimismo, y al igual que sucedía en el ámbito de las operaciones de fusión y escisión transfronteriza, la Directiva 2019/2121/UE contempla una serie de disposiciones destinadas a la proteger los derechos de los acreedores⁷³⁵ y trabajadores⁷³⁶

⁷³² Vid. artículo 160 *septies* de la Directiva 2017/1132/UE. Con respecto al examen del proyecto de escisión por parte de peritos independientes y a la elaboración del correspondiente informe pericial, el apartado 3 del citado precepto establece, por una parte, que no se exigirá cuando así lo hubiesen acordado la totalidad de los socios de la sociedad escindida y, por otra parte, que los Estados miembros podrán excluir su exigencia cuando se trate de sociedades unipersonales.

⁷³³ Vid. artículo 160 *nonies* de la Directiva 2017/1132/UE. A este respecto, cabría señalar como, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de las fusiones transfronterizas, donde la Directiva guarda silencio en relación con la mayoría necesaria para la aprobación de la operación por parte de la Junta General (resultando de aplicación las legislaciones de los Estados miembros en virtud de lo establecido en su artículo 121), tratándose de escisiones transfronterizas se establece que, con carácter general, dicha mayoría no podrá ser inferior a dos tercios, pero tampoco superior al 90% de los votos asociados a las acciones o participaciones o al capital suscrito representado en la Junta General. Sin embargo, y a pesar de lo dicho anteriormente, se dispone que, en cualquier caso, “el umbral de votación no será superior al previsto en el Derecho nacional para la aprobación de las fusiones transfronterizas”. Asimismo, cabría señalar como, al igual que sucedía en el ámbito de las transformaciones transfronterizas, la Directiva deja en manos de los Estados miembros la posibilidad de exigir que aquellas cláusulas del proyecto de escisión transfronteriza o modificaciones de la escritura de constitución de la sociedad escindida que supongan un aumento de las obligaciones económicas de un socio para con la sociedad o terceros deban ser aprobadas por el socio afectado, siempre y cuando éste no pueda ejercer los derechos establecidos en el artículo 160 *decies* de la Directiva.

⁷³⁴ Vid. artículo 160 *vicies* de la Directiva 2017/1132/UE.

⁷³⁵ Vid. artículo 160 *undecies* de la Directiva 2017/1132/UE. Así, se establece la obligación para los Estados miembros de configurar un sistema de protección adecuado de los intereses de aquellos acreedores cuyos créditos hubiesen nacido con anterioridad a la publicación del proyecto de escisión transfronteriza y aún no estuviesen vencidos en el momento de dicha publicación. En este sentido, los Estados miembros deberán posibilitar que los acreedores que no estén satisfechos con las garantías ofrecidas en el proyecto de escisión transfronteriza puedan, en el plazo de tres meses a partir de la publicación del citado proyecto, solicitar a la autoridad administrativa o judicial competente las garantías adecuadas (siempre que puedan demostrar que la satisfacción de sus derechos está en juego debido a la operación de escisión transfronteriza y que no han obtenido garantías adecuadas de la sociedad). Por otra parte, la Directiva dispone que en aquellos supuestos en los que un acreedor de la sociedad escindida no obtenga satisfacción de la sociedad beneficiaria a la que se atribuya el elemento del patrimonio pasivo, responderán solidariamente de dicha obligación las demás sociedades beneficiarias o, tratándose de una escisión parcial o de una escisión por segregación, la sociedad escindida junto a la sociedad a la que se atribuya el elemento del patrimonio pasivo, si bien el importe máximo de dicha responsabilidad quedará limitado al valor, en la fecha en que la escisión surta efecto, de los activos netos atribuidos a esa sociedad.

de la sociedad escindida, así como los derechos de aquellos socios que hubiesen votado en contra de la aprobación del proyecto de escisión transfronteriza⁷³⁷.

Al objeto de verificar el cumplimiento de los trámites y requisitos anteriormente mencionados, se establece la obligación de llevar a cabo un control de legalidad de la escisión transfronteriza que se estructura en dos fases diferenciadas: en primer lugar, el tribunal, notario o autoridad competente designado por el Estado miembro a cuya legislación nacional está sujeta la sociedad que se escinde deberá verificar el correcto cumplimiento de las condiciones y/o requisitos previstos por la norma, así como la correcta realización de los trámites y procedimientos exigibles en dicho Estado, emitiendo un certificado a tal efecto⁷³⁸ que se transmitirá a la autoridad competente de los

⁷³⁶ Vid. artículo 160 *duodecies* de la Directiva 2017/1132/UE, por lo que respecta a los derechos de información y consulta; y artículo 160 *terdecies* de la Directiva 2017/1132/UE, por lo que respecta a sus derechos de participación. En relación con esta última cuestión, y de forma sucinta, cabría apuntar como la redacción actual del citado artículo 160 *terdecies* establece que, con carácter general, los derechos de participación de los trabajadores vendrán establecidos por el Derecho nacional del Estado miembro en el que se encuentre el domicilio social de la sociedad o sociedades beneficiarias resultante/s de la operación de escisión salvo en una serie de supuestos en los que resultarán de aplicación una serie de disposiciones de la Directiva 2001/86/CE, a saber: 1) la sociedad escindida emplea, durante el período de seis meses anteriores a que se haga público el proyecto de escisión transfronteriza, un número medio de trabajadores equivalente a las cuatro quintas partes del límite o umbral aplicable (tal y como se establezca en el Derecho nacional del Estado miembro de la sociedad escindida) para que entre en juego un régimen de participación de los trabajadores con el significado del artículo 2, letra k), de la Directiva 2001/86/CE; 2) la legislación nacional del Estado miembro de destino no prevé al menos el mismo nivel de participación de los trabajadores que el aplicado en la sociedad antes de su escisión, medido en función de la proporción de miembros que representan a los trabajadores en el órgano de administración o control, o sus comités, o en el órgano directivo competente dentro de las sociedades para decidir el reparto de los beneficios; 3) la legislación nacional del Estado miembro de donde tiene/n su sede social la/s sociedad/es beneficiaria/s no prevé que los trabajadores de los establecimientos de la/s sociedad/es beneficiaria/s situados en otros Estados miembros puedan ejercer los mismos derechos de participación de que gozan los trabajadores empleados en el Estado miembro de donde tiene/n su sede social la/s sociedad/es beneficiaria/s. Ahora bien, debe tenerse presente que el apartado 4, subapartado a) del artículo 160 *terdecies* dispone que en los supuestos anteriormente señalados los Estados miembros “conferirán al órgano especial de negociación el derecho a decidir, por mayoría de dos tercios de sus miembros que representen al menos a dos tercios de los trabajadores, no iniciar negociaciones o poner fin a las negociaciones ya entabladas, y basarse en las normas de participación vigentes en los Estados miembros de cada una de las sociedades beneficiarias”.

⁷³⁷ Vid. artículo 160 *decies* de la Directiva 2017/1132/UE, donde, en esencia, se configura un “derecho de separación” para dichos socios a cambio de una compensación en efectivo adecuada y sujeta a una serie de requisitos. Asimismo, y de forma similar a lo que sucede en el ámbito de las fusiones transfronterizas, se establece la obligación para los Estados miembros de permitir que aquellos socios de la sociedad escindida que no tenían o no ejercieron su derecho de separación, pero consideren que la relación de canje de las acciones o participaciones fijada en el proyecto de escisión transfronteriza resulta inadecuada, puedan impugnar ante la autoridad nacional competente del Estado miembro de la sociedad escindida tal relación y reclamar un pago en efectivo. Dicho procedimiento no será obstáculo para el registro de la escisión transfronteriza y la decisión adoptada en el marco del mismo será vinculante para las sociedades beneficiarias y, en el caso de una escisión parcial, también para la sociedad escindida.

⁷³⁸ Vid. artículo 160 *quaterdecies* de la Directiva 2017/1132/UE. A este respecto, y en relación con la emisión del citado certificado, se establece, con carácter general, un plazo máximo de tres meses desde la fecha de recepción de la documentación e información relativa a la aprobación de la operación por parte de la Junta General de la sociedad que se escinde. No obstante, en aquellos supuestos en los que, con el fin de determinar si la operación presenta un carácter abusivo o fraudulento, las autoridades competentes del Estado miembro de la sociedad escindida tengan que recabar información adicional a la aportada por la sociedad a la hora de solitar el certificado previo a la escisión (o a la solicitada en un primer momento a otras autoridades competentes en los diferentes ámbitos afectados por la escisión transfronteriza) o llevar

Estados miembros de las sociedades beneficiarias y estará disponible a través del sistema de interconexión de registros⁷³⁹; en segundo lugar, y una vez recibido el certificado anteriormente mencionado junto con el proyecto de escisión transfronteriza aprobado por la Junta General de la sociedad que lleva a cabo la operación⁷⁴⁰, el tribunal, notario o autoridad competente designado por el Estado miembro de la sociedad beneficiaria en cuestión, deberá controlar la parte del procedimiento relativa a la conclusión de la escisión que esté sujeta a su legislación y proceder, en su caso, a la aprobación de la operación⁷⁴¹.

A este respecto, cabría señalar como la propia norma comunitaria se remite a lo establecido en las legislaciones domésticas del Estado miembro de la sociedad escindida y de los Estados miembros de las sociedades beneficiarias por lo que respecta, respectivamente, a los procedimientos y trámites que deban cumplirse con el fin de obtener el certificado previo a la escisión, así como a los procedimientos y trámites que deban cumplirse tras la recepción de dicho certificado por parte de la autoridad competente de los Estados miembros de las sociedades beneficiarias⁷⁴². Asimismo, y al igual que sucedía en el ámbito de las fusiones transfronterizas, cabría plantearse la conveniencia de crear una base de datos donde se recogiese información relativa al organismo o autoridad competente en cada uno de los Estados miembros para llevar a cabo el control de legalidad de la escisión transfronteriza con el fin de reducir la incertidumbre acerca de cuál será la autoridad competente para llevar a cabo esta labor en los diferentes Estados miembros⁷⁴³.

Por otra parte, cabría señalar como la Directiva 2019/2121/UE introduce una serie de mecanismos orientados a favorecer la seguridad jurídica en el marco de la realización de operaciones de escisión transfronteriza, a saber: i) la necesidad de publicidad registral de la operación en los Estados miembros de la sociedad escindida y de las sociedades beneficiarias⁷⁴⁴, ii) la fijación de sus efectos⁷⁴⁵, o iii) la ausencia de un

a cabo actividades de investigación adicionales, el citado plazo podrá ampliarse otros tres meses más, debiendo notificarse a la parte interesada las razones de dicha extensión.

⁷³⁹ Vid. artículo 160 *quindecies* de la Directiva 2017/1132/UE.

⁷⁴⁰ Nótese como el proyecto de transformación transfronteriza deberá ser aportado (vía electrónica) por parte de la propia sociedad que se transforma.

⁷⁴¹ Vid. artículo 160 *sexdecies* de la Directiva 2017/1132/UE, en cuyo apartado 1 se establece que la autoridad nacional competente velará “por que las sociedades beneficiarias cumplan las disposiciones del Derecho nacional en materia de constitución de sociedades y de registro y, en su caso, por que las disposiciones relativas a la participación de los trabajadores se hayan establecido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 160 *terdecies*”. En relación con esta cuestión, y al igual que sucedía en el ámbito de las fusiones y transformaciones transfronterizas, nótese como la Directiva no establece un plazo máximo para llevar a cabo esta parte del control de legalidad.

⁷⁴² Vid. artículo 160 *quater* de la Directiva 2017/1132/UE.

⁷⁴³ En este sentido, aunque en relación con las fusiones transfronterizas, *vid.* BECH-BRUUN, LEXIDALE, *op.cit.*, pp.82-84.

⁷⁴⁴ Vid. artículo 160 *septdecies* de la Directiva 2017/1132/UE. A este respecto, debe tenerse presente que, por una parte, se establece una serie de “información mínima” que necesariamente debería incorporarse a los Registros de dichos Estados miembros y, por otra parte, se impone la obligación de que los Registros de los Estados miembros de las sociedades beneficiarias notifiquen al Registro del Estado miembro de la sociedad escindida, a través del sistema de interconexión de los Registros, que se han registrado las

auténtico régimen de nulidades⁷⁴⁶. Ahora bien, por lo que respecta a la fecha de efectividad de la operación de escisión transfronteriza, la Directiva establece que ésta vendrá determinada por la legislación doméstica del Estado miembro de la sociedad escindida, si bien necesariamente deberá ser posterior a la fecha de realización del control de legalidad y a la recepción por parte de los Registros de todas las notificaciones a las que hace referencia el apartado 3 del artículo 160 *septies* de la Directiva 2017/1132/UE⁷⁴⁷.

En definitiva, y aun cuando todavía existen determinados aspectos relevantes vinculados a las operaciones de escisión transfronteriza que han quedado al margen del proceso de armonización llevado a cabo por el legislador europeo en este ámbito (p.ej. el plazo para efectuar el control de legalidad por parte de las autoridades nacionales de los Estados miembros de las sociedades beneficiarias, o la fecha o fechas a partir de las cuales las operaciones de la sociedad escindida se considerarán, a efectos contables, operaciones de las sociedades beneficiarias), podría afirmarse que el establecimiento

sociedades beneficiarias de forma tal que, tratándose de una operación de escisión total, este último proceda a cancelar inmediatamente la inscripción de la sociedad.

⁷⁴⁵ *Vid.* artículo 160 *novodecies* de la Directiva 2017/1132/UE. De este modo, las operaciones de escisión total producirán a partir de la fecha de su efectividad los siguientes efectos: a) la totalidad del patrimonio de la sociedad escindida (incluidos todos los contratos, créditos, derechos y obligaciones) se transmitirá a las sociedades beneficiarias conforme al reparto especificado en el proyecto de escisión; b) los socios de la sociedad escindida se convertirán en socios de las sociedades beneficiarias (a excepción de aquéllos que hubiesen ejercitado el derecho de separación previsto en el artículo 160 *decies* de la Directiva); y b) los derechos y obligaciones de la sociedad escindida derivados de contratos de trabajo o de relaciones laborales existentes en la fecha en la que surta efecto la transformación transfronteriza se transmitirán a las sociedades beneficiarias. Por su parte, las operaciones de escisión parcial desplegarán los siguientes efectos: a) una parte del patrimonio activo y pasivo de la sociedad escindida se transmitirá a la sociedad o sociedades beneficiarias, mientras que la parte restante seguirá siendo titularidad de la sociedad escindida conforme al reparto especificado en el proyecto de escisión transfronteriza; b) al menos algunos de los socios de la sociedad escindida se convertirán en socios de la sociedad o sociedades beneficiarias (lo que vendría excluir que los socios de la sociedad escindida pudiesen recibir en contrapartida únicamente títulos de la propia sociedad escindida), y al menos algunos de ellos permanecerán en la sociedad escindida o se convertirán en socios de ambas conforme al reparto de acciones o participaciones especificado en el proyecto de escisión transfronteriza (a excepción de aquéllos que hubiesen ejercitado el derecho de separación previsto en el artículo 160 *decies* de la Directiva); y c) los derechos y obligaciones de la sociedad escindida derivados de contratos de trabajo o de relaciones laborales y existentes en la fecha en que surta efecto la escisión transfronteriza, se transmitirán a las sociedades beneficiarias respectivas de conformidad con lo establecido proyecto de escisión transfronteriza. Por último, y en relación con las operaciones de segregación, cabría señalar como éstas darán lugar a los siguientes efectos: a) una parte del patrimonio activo y pasivo de la sociedad escindida se transmitirá a la sociedad o sociedades beneficiarias, mientras que la parte restante seguirá siendo titularidad de la sociedad escindida conforme al reparto especificado en el proyecto de escisión transfronteriza; b) se atribuirán a la sociedad escindida las acciones o participaciones de la sociedad o sociedades beneficiarias; y c) los derechos y obligaciones de la sociedad escindida derivados de contratos de trabajo o de relaciones laborales y existentes en la fecha en que surta efecto la escisión transfronteriza, se transmitirán a las sociedades beneficiarias respectivas de conformidad con lo establecido proyecto de escisión transfronteriza.

⁷⁴⁶ *Vid.* artículo 160 *duovicies* de la Directiva 2017/1132/UE que se limita a establecer que, desde la fecha de efectividad de la operación de escisión transfronteriza, ya no podrá declararse su nulidad, sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros para, en su caso, adoptar las medidas y sanciones previstas en su Derecho nacional (p.ej. en el ámbito penal, tributario o social).

⁷⁴⁷ *Vid.* artículo 160 *octodecies* de la Directiva 2017/1132/UE. Este planteamiento resulta coherente con el seguido en el ámbito de las fusiones y transformaciones transfronterizas, así como con el adoptado en su momento en materia de escisiones internas por parte de la Directiva 82/891/CEE (*vid.* artículo 15 de la Directiva 82/891/CEE; actual artículo 151 de la Directiva 2017/1132/UE).

por parte de la Directiva 2019/2121/UE de un régimen jurídico aplicable a las escisiones transfronterizas así como el procedimiento para llevarlas a cabo, constituye un importante paso adelante en el desarrollo de la libertad de establecimiento prevista en los artículos 49 y 54 del TFUE así como en la movilidad transfronteriza de las empresas de los diferentes Estados miembros (permitiendo la adaptación de su estructura a los cambios del mercado), por cuanto configura una vía para articular estas operaciones que: a) elimina los principales obstáculos jurídicos a su realización; b) incrementa el nivel de seguridad jurídica, contribuyendo a superar las limitaciones propias de jurisprudencia del TJUE y del carácter heterogéneo de los ordenamientos de los diferentes Estados miembros; c) garantiza la adecuada protección de los derechos de los acreedores, trabajadores, y socios que se oponen a la operación; y d) permite reducir los costes (en términos económicos y de duración) asociados al uso de fórmulas indirectas que hasta el momento se venían empleando para llevar a cabo las escisiones transfronterizas.

Ahora bien, y al igual que sucedía en el ámbito de las transformaciones transfronterizas, habrá que esperar a la implementación a nivel doméstico por parte de los Estados miembros del contenido de la Directiva 2019/2121/UE para poder evaluar con mayor precisión en qué medida se da cumplimiento a la finalidad y objetivos perseguidos por la citada norma europea.

CAPÍTULO IV. EL PROCESO DE APROXIMACIÓN EUROPEO DE LAS LEGISLACIONES DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN EL ÁMBITO DE LA FISCALIDAD DIRECTA

1. La necesidad de acometer un proceso de armonización en materia de fiscalidad al objeto de garantizar las Libertades Fundamentales y el establecimiento del mercado interior

Como ya hemos tenido ocasión de apuntar, la consecución de los objetivos contemplados originariamente en el Tratado de Roma y, muy especialmente, el establecimiento del mercado común⁷⁴⁸ y la garantía de las Libertades Fundamentales, requería la adopción de medidas de aproximación o armonización de las legislaciones nacionales de los Estados miembros en diferentes ámbitos entre los que se encontraba la fiscalidad⁷⁴⁹, más aun cuando las normas que la regulaban estaban concebidas desde una óptica puramente interna⁷⁵⁰. Ciertamente, la creación de un verdadero mercado interior en el seno de la Comunidad requería, entre otros factores: 1) la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales⁷⁵¹; 2) la eliminación de los obstáculos a las

⁷⁴⁸ Nótese como, en realidad, y de acuerdo con la redacción del antiguo artículo 2 del TCEE, el establecimiento del mercado común junto con la progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros se configuraba como un medio al servicio de fines de carácter más general, tales como promover un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, una elevación del nivel de vida, así como la construcción de relaciones más estrechas entre los Estados miembros.

⁷⁴⁹ En este sentido, *vid.* LIMPENS, A., *op.cit.*, p.622; o SCHWARTZ, I.E., *op.cit.*, p.247.

⁷⁵⁰ A este respecto, y poco después de la firma del Tratado, algunos autores ya apuntaban que la consolidación del mercado común se alcanzaría como resultado de un proceso gradual de integración de las diferentes economías y armonización del marco jurídico de la actividad económica, una vez superada la resistencia natural que oponían las tradicionales estructuras políticas, económicas y sociales de los diferentes Estados miembros. La alteración de dichas estructuras, y particularmente las fiscales, sería un proceso lento, pues a pesar de su naturaleza eminentemente nacional debían situarse en un marco transfronterizo, para lo cual resultaría imprescindible la puesta en marcha de un proceso de armonización legislativa (sobre esta cuestión, *vid.* BARRÈRE, A., “The influence of economic growth of the member states on problems of tax harmonization”, en THURSTON, H., *The EEC reports on Tax Harmonization*, IBFD, Amsterdam, 1963, pp.185-188).

⁷⁵¹ De hecho, el propio artículo 3, apartado c) del TCEE se refiere a la “supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de personas, servicios y capitales” como uno de los objetivos hacia los que debía orientarse la acción de la Comunidad en relación con los fines contemplados en el artículo 2 del citado Tratado (*vid.* CAYÓN GALIARDO, A., FALCÓN Y TELLA, R., DE LA HUCHA CELADOR, F., *La armonización fiscal en la Comunidad Económica Europea y el sistema tributario español: incidencia y convergencia*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1990, pp.13 y ss.). Por tanto, los Estados miembros debían abstenerse de adoptar medidas que pudieran resultar contrarias a su contenido, ya fuese en el ámbito de sus competencias compartidas con las instituciones europeas o en relación con aquellos otros ámbitos de competencia exclusiva, dentro de los cuales se encuadraría la fiscalidad directa (en este sentido *vid.* MERINO JARA, I., “Libre circulación de capitales y fiscalidad”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº12-13, Universidad de Extremadura, 1995, p.123). Como bien apunta RUIZ ALMENDRAL, V., “¿Tiene futuro el test de los “motivos económicos válidos” en las normas anti-abuso? (sobre la planificación fiscal y las normas anti-abuso en el Derecho de la Unión Europea)”, *Revista de contabilidad y tributación*, nº329-330, 2010, p.14, las libertades fundamentales “no

operaciones transfronterizas; 3) la garantía del principio de libre competencia⁷⁵²; 4) la mejora de la eficiencia económica; y 5) la eliminación de aquellas disposiciones discriminatorias de las legislaciones de los Estados miembros⁷⁵³. Sin embargo, un análisis de las legislaciones fiscales de los Estados miembros a comienzos de los años sesenta ponía de manifiesto que, tanto por su contenido como por las divergencias que presentaban entre ellas, no se cumplían los requisitos anteriormente mencionados. Asimismo, los Convenios de Doble Imposición firmados entre los diferentes Estados miembros comenzaban a mostrar algunos síntomas indicativos de que podrían no resultar el instrumento jurídico adecuado para la dar solución a los problemas de naturaleza fiscal que se planteaban en el nuevo escenario comunitario, considerando, en particular, su carácter bilateral⁷⁵⁴.

Ahora bien, en relación con esta necesidad de acometer un proceso de armonización de las legislaciones de los Estados miembros en materia de fiscalidad, prevista con carácter general en el propio Tratado, convendría hacer una doble precisión. En primer lugar, no debemos olvidar que el ámbito tributario se encuentra estrechamente vinculado a la situación histórica, social, económica y política de cada Estado⁷⁵⁵, constituyendo uno de los más claros exponentes de su soberanía al configurarse los tributos como la principal fuente de ingresos de la que disponen los Estados para llevar a cabo sus políticas económicas⁷⁵⁶. Sobre esta base, no resulta difícil entender la reticencia originaria a la cesión de cualquier tipo de competencia normativa en este campo a una organización supranacional⁷⁵⁷, y de la que la regla de la unanimidad (sobre la que después volveremos) constituye un claro reflejo⁷⁵⁸. En segundo lugar, si partimos de la base de que el TCEE sólo contemplaba de manera explícita la necesidad de acometer un proceso de armonización en el ámbito de la imposición indirecta⁷⁵⁹, no resulta difícil comprender como, desde un principio, la fiscalidad directa quedó relegada a un segundo plano en relación con la fiscalidad indirecta, al entenderse que la armonización de esta última resultaba prioritaria para la adecuada articulación del mercado interior habida cuenta de su influencia en la libre circulación de bienes y servicios en el territorio comunitario. De hecho, en el pionero

son sino *derechos* de acceso al mercado interior, y es indudable que las medidas tributarias pueden constituir obstáculos a dicho acceso”.

⁷⁵² Sobre esta cuestión, *vid.* SCHWARTZ, I.E., *op.cit.*, pp.242-243.

⁷⁵³ *Vid.* MAVRAGANIS, G., “Corporate Income Tax harmonization in the nineties”, *Bulletin for International Fiscal Documentation*, vol.47, n°4, 1993, p.220.

⁷⁵⁴ Sobre esta cuestión, *vid.* ROELANS, J., *op.cit.*, pp.94-95.

⁷⁵⁵ En este sentido, *vid.* VAN THIEL, S., *EU case law...*, *op.cit.*, p.26.

⁷⁵⁶ A este respecto, se ha afirmado con razón que “si la fiscalidad es, en sí misma, una política, es también – y fundamentalmente – la forma y los medios para decidir todas las demás políticas: los impuestos financian prácticamente la totalidad del gasto de los Estados miembros” (*vid.* GIBERT, B., “A French reaction to the Communication from the Commission “Towards and Internal Market without tax obstacles”, *European Taxation*, vol.42, n°8, 2002, pp.310-311).

⁷⁵⁷ En este sentido, *vid.* LIMPENS, A., *op.cit.*, p.630.

⁷⁵⁸ En este sentido, *vid.* GONZÁLEZ PÁRAMO, J.M., “Armonización y competencia fiscal en Europa: situación actual, perspectivas e implicaciones para España”, en GARCÍA-MILÁ, T. (ed.), *Nuevas fronteras de la política económica*, Centre de Recerca en Economia Internacional (CREI), Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2000, p.96.

⁷⁵⁹ *Vid.* artículo 99 del TCEE (actual artículo 113 del TFUE).

“Informe Neumark” ya se dejaba claro que, en el marco del proceso de armonización fiscal, una de las primeras cuestiones que debía abordarse pivotaba sobre la supresión de los impuestos acumulativos en cascada sobre el volumen de negocios y su sustitución, en la medida de lo posible, por un impuesto sobre el valor añadido⁷⁶⁰.

Sin embargo, lo cierto es que la garantía de la libre circulación de personas y capitales⁷⁶¹, así como el derecho de establecimiento⁷⁶², también requería de la adopción de medidas de aproximación legislativa en el ámbito de la fiscalidad directa en la medida en que podrían contribuir a la consecución de una serie objetivos económicos y sociales identificados por la Comisión Europea a finales de la década de los sesenta, entre los que cabría señalar⁷⁶³: 1) al objeto de garantizar una competencia equitativa entre Estados miembros, los costes de producción y la rentabilidad de los capitales invertidos no deberían variar sustancialmente en función del Estado miembro debido a cuestiones de naturaleza fiscal; 2) los movimientos de capital y la localización de personas (físicas o jurídicas) e inversiones tampoco deberían estar determinados por consideraciones puramente fiscales, sino por motivos económicos o sociales, asegurando la utilización óptima de los recursos financieros y de los factores de producción de la Comunidad⁷⁶⁴; y 3) el desarrollo de las empresas, su organización y, con carácter general, las reformas necesarias en la estructura de la producción y de la distribución no deberían ser obstaculizadas por los sistemas fiscales de los Estados miembros. A este respecto, tampoco puede perderse de vista que, aun dentro del ámbito de la imposición directa, considerada como el instrumento por excelencia de política fiscal en manos de los Estados para la consecución de objetivos coyunturales de estabilización, crecimiento o distribución, existía una percepción diferente en las instituciones comunitarias acerca de la necesidad de armonizar la imposición sobre la

⁷⁶⁰ En este sentido, *vid.*, entre otros, THURSTON, H., *The EEC reports on Tax Harmonization*, IBFD, Amsterdam, 1963, p.154; ARENILLAS VELA, J., “La armonización en la imposición directa”, en IGLESIAS SUÁREZ, A. (dir.), *La armonización fiscal en los años 90*, Universidad de Castilla La Mancha, 1991, p.35; o VILLAR EZCURRA, M., “Exigencias del Derecho comunitario a la metodología del Derecho financiero y tributario”, *Crónica Tributaria*, nº100, 2001, pp.30-31.

⁷⁶¹ *Vid.*, respectivamente, artículos 48 a 51 (libre circulación de personas) y 67 a 73 (libre circulación de capitales) del TCEE (actuales artículos 45 a 48 y 63 a 66 del TFUE). Por lo que respecta a la importancia del proceso armonizador en el ámbito de la fiscalidad directa para garantizar la libre circulación de capitales *vid.* APARICIO PÉREZ, A., “La libre circulación de capitales en la Unión Europea. Especial referencia a la fiscalidad”, en AA.VV., *XVIII Jornadas de estudio. La Constitución española en el ordenamiento comunitario europeo (III)*, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1999, pp.64-68; o MERINO JARA, I., “Libre circulación de...”, *op.cit.*, pp.124-125.

⁷⁶² *Vid.* artículos 52 a 58 del TCEE (actuales artículos 49 a 55 del TFUE).

⁷⁶³ *Vid.* COMMISSION EUROPÉENNE, “Programme d’harmonisation fiscale. Programme d’harmonisation des impôts directs”, *Bulletin de la Communauté économique européenne*, Supplément 8/1967, p.7.

⁷⁶⁴ En este sentido, *vid.* ÁLVAREZ GARCÍA, S., ARIZAGA JUNQUERA, M.C., “Libertad de movimientos de capitales y unión monetaria: implicaciones para la armonización de la fiscalidad directa de los países comunitarios”, en AA.VV., *La Constitución española en el ordenamiento comunitario europeo (III). XVIII Jornadas de estudio*, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1999, p.36; y MERINO JARA, I., “La incidencia de...”, *op.cit.*, p.185.

renta personal y la imposición sobre la renta societaria en favor de esta última, habida cuenta de su impacto en relación con la libre circulación de capitales⁷⁶⁵.

Por último, cabría realizar un breve apunte en relación con el uso de los términos “armonización” y “aproximación” en el ámbito de la fiscalidad directa habida cuenta de la problemática general que se plantea en cuanto a su significado y a la que ya hemos hecho referencia al referirnos al proceso de armonización del Derecho societario europeo. A este respecto, lo cierto es que, desde una perspectiva muy apegada al tenor literal del Tratado, podría afirmarse que el término “armonización” es más propio del ámbito de la fiscalidad indirecta, mientras que el término “aproximación” es el adecuado para referirse al ámbito de la fiscalidad directa. En este sentido, no puede perderse de vista que el conjunto de Directivas en materia de fiscalidad directa aprobadas hasta la fecha se ha adoptado sobre la base del actual artículo 115 del TFUE (que opta por el término “aproximación”)⁷⁶⁶, a diferencia de las Directivas aprobadas en materia de fiscalidad indirecta, cuyo fundamento jurídico reside en el actual artículo 113 del TFUE (que hace referencia al término “armonización”)⁷⁶⁷.

Sin embargo, en nuestra opinión, la línea divisoria que separa ambos conceptos resulta difusa debido a una serie de factores entre los que cabría señalar: 1) la problemática que plantea la interpretación de la expresión “aproximación de las legislaciones” o “aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros” contemplada en el artículo 115 del TFUE, por cuanto ni los usos jurídicos, ni los trabajos preparatorios, ni siquiera un análisis etimológico del término “aproximación” ayudan de forma decisiva a la comprensión de su significado⁷⁶⁸; 2) el propio contenido e intensidad de las Directivas que se han ido

⁷⁶⁵ Sobre esta cuestión, *vid.* ARENILLAS VELA, J., *op.cit.*, pp.35-36.

⁷⁶⁶ Por ejemplo, la Directiva 2016/1164/UE del Consejo de 12 de julio de 2016 por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior (DOUE n° 193, de 19 de julio de 2016, p.1), la Directiva 2011/96/UE, de 30 de noviembre de 2011 relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (DOUE n° L 345, de 29 de diciembre de 2011, p.8), la Directiva 2009/133/CE, de 19 de octubre de 2009 relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro (DOUE n° L 310, de 25 de noviembre de 2009, p.34), o la Directiva 2003/49/CE, de 3 de junio de 2003 relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros (DOUE n° L 157, de 26 de junio de 2003, p.49).

⁷⁶⁷ Por ejemplo, la Directiva 2006/112/CE, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido (DOUE n° L 347, de 11 de diciembre de 2006, p.1). En el ámbito de los impuestos especiales también podríamos traer a colación la Directiva 2008/118/CE, de 16 de diciembre de 2008, relativa al régimen general de los impuestos especiales (DOUE n° L 9, de 14 de enero de 2009, p.12), la Directiva 92/84/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aproximación de los tipos del impuesto especial sobre el alcohol y las bebidas alcohólicas (DOCE n° L 316, de 31 de octubre de 1992, p.29), o la Directiva 2011/64/UE, de 21 de junio de 2011, relativa a la estructura y los tipos del impuesto especial que grava las labores del tabaco (DOUE n° L 176, de 5 de julio de 2011, p.24).

⁷⁶⁸ Sobre esta cuestión, *vid.* BEUVE-MERY, J., *op.cit.*, pp.845-849. A este respecto algunos autores han intentado arrojar algo de luz afirmando que, en el marco del artículo 115 del TFUE, “la aproximación de las legislaciones no está destinada a la completa sustitución de los diversos derechos nacionales por un derecho común, ni tampoco está destinada a realizar una unificación de estos derechos; su objetivo es solamente conseguir su convergencia para incrementar su coherencia en la medida necesaria para el

adoptando sobre la base de los artículos 113 y 115 del TFUE con el fin de alinear las legislaciones nacionales de los Estados miembros, no sólo en el ámbito del Derecho tributario, sino también en el plano del Derecho societario; y 3) el hecho de que alguna Directiva en materia de fiscalidad indirecta (p.ej. la Directiva 2008/7/CE⁷⁶⁹) haya sido elaborada sobre la base jurídica de los artículos 113 y 115 del TFUE, cuya redacción incluye diferentes términos (“armonización” v. “aproximación”).

Ciertamente, parece que con el paso de los años el término “armonización” se ha ido consolidado como una suerte de concepto general de referencia para reflejar el proceso de alineamiento de las legislaciones de los diferentes Estados miembros en el ámbito del Derecho societario y del Derecho tributario (con independencia de su intensidad) que las instituciones europeas han llevado a cabo con el objetivo de garantizar las Libertades Fundamentales y eliminar los obstáculos que afectan al correcto funcionamiento del mercado interior. De hecho, en el plano doctrinal, podemos encontrar ejemplos del uso indistinto de los términos “aproximación” y “armonización” en relación con el antiguo artículo 100 del TCEE⁷⁷⁰, o incluso autores que directamente optan por emplear de forma genérica el concepto de “aproximación” en el ámbito de los artículos 99 y 100 del TCEE⁷⁷¹, lo que viene a reforzar la idea de que, al menos en un primer momento, estos conceptos presentaban contornos difusos⁷⁷².

En nuestra opinión, ambos conceptos pueden conciliarse fácilmente si entendemos la armonización como un proceso de intensidad variable orientado a la aproximación de los ordenamientos domésticos de los diferentes Estados miembros. Ahora bien, a este respecto es importante matizar que la intensidad de dicho proceso en el ámbito de la fiscalidad directa no puede compararse, en cuanto a su profundidad y efectos, con la desplegada tradicionalmente en el ámbito de la fiscalidad indirecta. Ciertamente, y como tendremos ocasión de comprobar en posteriores epígrafes de este trabajo, hasta mediados de los años ochenta pueden encontrarse algunos ejemplos de Propuestas de Directiva en materia de fiscalidad directa muy ambiciosas, si bien las Directivas finalmente aprobadas mostraban un perfil armonizador bajo, habida cuenta de que la prioridad de las instituciones europeas desde principios de la década de los noventa pivotaba esencialmente sobre la eliminación de los obstáculos fiscales al funcionamiento del mercado interior así como el fenómeno de la doble imposición, y no tanto sobre la aproximación de los tipos impositivos o las normas de determinación de

establecimiento y el funcionamiento del Mercado Común” (vid. CONSTANTINESCO, V., JACQUÉ, J.P., KOVAR, R., SIMON, D. (dirs.), *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1992, p.555).

⁷⁶⁹ Directiva 2008/7/CE del Consejo, de 12 de febrero de 2008, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales (DOUE n° L 46, de 21 de febrero de 2008, p.11).

⁷⁷⁰ En este sentido, vid. LIMPENS, A., *op.cit.*, pp.621-653.

⁷⁷¹ En este sentido, vid. SCHWARTZ, I.E., *op.cit.*, pp.239-245.

⁷⁷² A este respecto, cabría señalar cómo la propia Comisión Europea contribuía en los primeros años de vigencia del Tratado a difuminar la línea divisoria entre ambos conceptos a través del uso indistinto del término “armonización” para referirse tanto al ámbito de la fiscalidad directa como al ámbito de la fiscalidad indirecta, tal y como puede observarse en COMMISSION EUROPÉENNE, “Programme d'harmonisation fiscal. Programme d'harmonisation des impôts directs”, *Bulletin de la Communauté économique européenne*, Supplément 8/1967.

la base imponible, aspectos, estos últimos, que demandaban instrumentos normativos de una elevada intensidad armonizadora, y que, por ende, se encontraban con mayores obstáculos para su aprobación.

En definitiva, y aun cuando desde la óptica del Tratado resultaría más adecuado el uso del término “armonización” para referirse a la fiscalidad indirecta y “aproximación” para referirse a la fiscalidad directa, creemos que, en la actualidad, y de un modo similar a lo que sucedía en el ámbito del Derecho societario, dicha distinción resultaría excesivamente formalista, no existiendo problema alguno en emplear el término “armonización” para referirnos de forma genérica al proceso de alineamiento de las legislaciones de los Estados miembros en materia de fiscalidad directa y que puede presentar distintos grados o niveles de intensidad⁷⁷³. De hecho, el propio “Glosario de la OCDE sobre Términos Fiscales” se refiere a la armonización como el “proceso de eliminación de los obstáculos fiscales y discrepancias entre los sistemas fiscales de los diferentes países que componen la Unión Europea. Con este objetivo la UE ha aprobado Directivas en el ámbito de la fiscalidad directa e indirecta”⁷⁷⁴. Por tanto, la adecuación del uso de los términos “armonización” y “aproximación” (o incluso “coordinación”) no pivotará tanto sobre la materia que aborde la norma europea en cuestión (fiscalidad directa v. fiscalidad indirecta), sino más bien sobre su contenido.

De este modo, y aun cuando el conjunto de normas europeas aprobadas tradicionalmente en el ámbito de la fiscalidad directa parecen responder más a los conceptos de “aproximación” o “coordinación”⁷⁷⁵, no puede perderse de vista que, a raíz

⁷⁷³ *Vid.*, a título de ejemplo, las Conclusiones del Abogado General Philippe Léger, presentadas el 22 de noviembre de 1994, en el asunto C-279/93, *Schumacker v. Finanzamt Köln-Altstadt*, ap.19, donde se emplea el término “armonización” en el ámbito de la fiscalidad directa y en relación con el actual artículo 115 del TFUE; FRANCH FLUXÀ, J., *Reforma y armonización de la fiscalidad de los grupos societarios europeos*, Bosch, Barcelona, 2009, p.373, que hace referencia al incremento de “las normas y actuaciones relativas a la armonización de la fiscalidad directa con el objetivo de garantizar la neutralidad fiscal de determinadas operaciones empresariales, regular las relaciones entre matrices y filiales o, entre otros retos, suprimir los supuestos de doble imposición de los beneficios obtenidos por empresas asociadas”; o POZA CID, R., SANTAELLA VALLEJO, M., “La coordinación de la fiscalidad directa en la Unión Europea”, *Crónica Tributaria*, nº137, 2010, p.200, quienes apuntan como “en el ámbito de la fiscalidad directa las posibilidades de armonización son más limitadas que en la fiscalidad indirecta por la aplicación de otros principios adicionales (...)”. En una línea similar, autores como MAVRAGANIS, G., *op.cit.*, p.223, a pesar de realizar una distinción entre los conceptos de “unificación fiscal”, “armonización fiscal”, y “coordinación fiscal” como instrumentos o modalidades de integración fiscal, entienden que en el ámbito del actual artículo 115 del TFUE los términos “aproximación” (que es el que figura en su tenor literal) y “armonización” presentan un significado equivalente. No obstante, otros autores prefieren reservar el término “armonización” para el ámbito de la fiscalidad indirecta, optando por el término “coordinación” cuando se refieren al ámbito de la fiscalidad directa (en este sentido, *vid.* RUÍZ-HUERTA CARBONELL, J., AGÜNDEZ GARCÍA, A., GARCIMARTÍN ALFÉREZ, C., LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., *Tendencias de reforma fiscal: hacia una fiscalidad europea*, Documento de Trabajo 62/2011, Fundación Alternativas, Madrid, 2011, pp.74-79).

⁷⁷⁴ Este Glosario puede consultarse a través del enlace <http://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm>.

⁷⁷⁵ A este respecto, cabría señalar como, en alguna ocasión, la Comisión Europea ha distinguido, en función del grado de intensidad regulatoria, entre: 1) normas europeas de “coordinación” que no modifican los regímenes nacionales como tales, sino que tan sólo definen las relaciones entre los mismos en aspectos transfronterizos (p.ej. la Directiva 2009/133/CE, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de

de la creciente preocupación surgida en el seno de la Unión Europea (y en otras organizaciones e instituciones supranacionales) acerca de la denominada “planificación fiscal agresiva”⁷⁷⁶ y en un contexto marcado por las implicaciones derivadas del Proyecto BEPS de la OCDE, se han adoptado normas y elaborado propuestas normativas en el ámbito de la fiscalidad directa que podrían encajar sin mayores dificultades en el concepto de “armonización”, tales como la Directiva 2016/1164/UE o las Propuestas de Directiva relativas a una base imponible común del Impuesto sobre Sociedades (BICIS)⁷⁷⁷ y a una base imponible consolidada común del Impuesto sobre Sociedades (BICCIS)⁷⁷⁸.

2. La ausencia de una base jurídica sólida en el Tratado para llevar a cabo el proceso de armonización en el ámbito de la fiscalidad directa

Si tomamos como punto de partida el Tratado de Roma, no resulta difícil intuir la problemática que, en un primer momento, suscitó la posibilidad de fundamentar la puesta en marcha de un proceso de aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de fiscalidad directa sobre la base de su articulado. Ciertamente, las escasas referencias contenidas en el Tratado acerca de cuestiones fiscales se centraban en el ámbito de la imposición indirecta (incluyendo la necesidad de su armonización)⁷⁷⁹, mientras que ninguna mención explícita se reservaba para aquellas cuestiones vinculadas a la imposición directa, más allá de posibles referencias indirectas o generales como las contenidas en el artículo 3, apartado c) del TCEE, relativo a la necesidad de suprimir entre los Estados miembros los obstáculos a la libre circulación de personas, servicios y capitales; en el artículo 220 del TCEE, inciso segundo, relativo a la necesidad de que los Estados miembros entablaran en caso necesario, negociaciones

una SE o una SCE de un Estado miembro a otro, o la Directiva 2011/96/UE, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes); 2) normas europeas que introducen “disposiciones comunes mínimas” en las diferentes legislaciones nacionales (p.ej. la Directiva 92/77/CEE, de 19 de octubre de 1992, por la que se completa el sistema común del IVA y se modifica la Directiva 77/388/CEE, en la medida en que establece los tipos mínimos del impuesto pero no impone un tipo concreto); y 3) normas de “armonización completa” que alteran de forma significativa los regímenes nacionales de los Estados miembros (p.ej. la Directiva 2006/112/CE, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del IVA). Sobre esta cuestión, *vid. COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión. Contribución suplementaria de la Comisión a la Conferencia Intergubernamental sobre las Reformas Institucionales. Votación por mayoría cualificada en los aspectos relacionados con el mercado único de los ámbitos de la fiscalidad y la seguridad social*, COM (2000) 114 final, de 14 de marzo de 2000, p.5.

⁷⁷⁶ Una buena aproximación al origen y evolución de este concepto, así como su impacto sobre la redefinición de los límites de la frontera entre el abuso y la planificación fiscal legítima puede encontrarse en CALDERÓN CARRERO, J.M., QUINTAS SEARA, A., “Una aproximación al concepto de “planificación fiscal agresiva” utilizado en los trabajos de la OCDE”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº394, 2016, pp.50-72.

⁷⁷⁷ Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible común del impuesto sobre sociedades, de 25 de octubre de 2016, COM(2016) 685 final.

⁷⁷⁸ Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (BICCIS), de 25 de octubre de 2016, COM(2016) 683 final.

⁷⁷⁹ *Vid.* artículos 95 a 99 del TCEE.

entre sí a fin de asegurar a sus nacionales la supresión de la doble imposición dentro de la Comunidad⁷⁸⁰; o en el artículo 100 del TCEE, relativo a la adopción de Directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidieran directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común⁷⁸¹.

De este modo, y por lo que respecta a la existencia de una base jurídica en el Tratado para la elaboración de normas de Derecho europeo en materia de fiscalidad, cabría señalar como las instituciones comunitarias se encontraban ante un escenario dual: en el ámbito de la fiscalidad indirecta, el artículo 99 del TCEE proporcionaba un fundamento jurídico sólido para llevar a cabo la labor armonizadora al establecer que “la Comisión examinará la forma en que resulte posible armonizar, en interés del mercado común, las legislaciones de los distintos Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios, los impuestos sobre consumos específicos y otros impuestos indirectos, incluidas las medidas compensatorias aplicables a los intercambios entre los Estados miembros. La Comisión formulará propuestas al Consejo, que decidirá por unanimidad, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 100 y 101”; mientras que, en el ámbito de la fiscalidad directa, no existía una legitimación explícita para acometer el proceso armonizador más allá de lo dispuesto en el artículo 100 del TCEE, cuyo tenor literal establecía que “el Consejo adoptará, por unanimidad y a propuesta de la Comisión, directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común”.

Por tanto, y al objeto de determinar si las disposiciones nacionales en materia de fiscalidad directa pueden incluirse en el ámbito de aplicación de este precepto, una de las claves fundamentales residiría en precisar el significado y alcance de los conceptos de “establecimiento o funcionamiento del mercado común” e “incidencia directa” a los que hace referencia el artículo 100 del TCEE. En este sentido, se ha apuntado que el mercado común está establecido y es capaz de funcionar en el ámbito industrial y comercial cuando se garantiza la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, así como la ausencia de restricciones y alteraciones a la competencia. De este

⁷⁸⁰ A este respecto, cabría apuntar como el ámbito de aplicación del artículo 220 del TCEE (actualmente eliminado del TFUE) daba cobertura a los supuestos de doble (o múltiple) imposición derivados del gravamen por parte de dos (o más) legislaciones fiscales de los distintos Estados miembros, sobre una base legal idéntica o similar, en relación con el mismo objeto, operación, o situación legal o fáctica y sobre el mismo obligado tributario (doble imposición “directa”); o simplemente en relación con el mismo objeto, operación o situación legal o fáctica (doble imposición “indirecta”). En este sentido, *vid.* THURSTON, H., *The EEC reports on Tax Harmonization*, IBFD, Amsterdam, 1963, p.141. En la práctica, el uso de este precepto del Tratado en materia de fiscalidad directa ha sido muy limitado, sirviendo tan sólo de base para la adopción del Convenio 90/436/CEE relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas (DOCE nº L 225, de 20 de agosto de 1990, p.10), que tiene naturaleza de tratado internacional. Sobre esta cuestión, *vid.* GOERGEN, R., “Harmonization of Enterprise Taxation in the European Community”, *Bulletin for International Taxation*, vol.45, nº7-8, 1991, p.313.

⁷⁸¹ Nótese como, a su vez, este artículo recogía el principio general plasmado en artículo 3, apartado h) del TCEE donde se establecía que la acción de la Comunidad debía proyectarse sobre “la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común”.

modo, en la medida en que las disposiciones nacionales de los diferentes Estados miembros (con independencia de su objeto o de la extensión de su ámbito de aplicación) o las disparidades existentes entre las mismas afecten al ejercicio de cualquiera de las cuatro Libertades Fundamentales previstas en el Tratado, o bien alteren o falseen la competencia entre Estados miembros, se entenderá que presentan una incidencia directa sobre el establecimiento y funcionamiento del mercado común en el sentido del artículo 100 del TCEE⁷⁸².

Ciertamente, la aproximación de las legislaciones domésticas de los Estados miembros no puede fundamentarse en la mera racionalización del Derecho ni constituye un fin en sí misma, sino que debe concurrir el requisito de la incidencia directa sobre el establecimiento o funcionamiento del mercado común. De hecho, y a diferencia de lo que sucede en el ámbito del artículo 99 del TCEE, cuya redacción parece dar por supuesto que la falta de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios, los impuestos sobre consumos específicos y otros impuestos indirectos presenta una incidencia directa sobre el establecimiento y funcionamiento del mercado común, en el ámbito del artículo 100 del TCEE, será la Comisión la que deba justificar dicho extremo⁷⁸³. A este respecto, la doctrina ha destacado los problemas que presentaba la precisión del significado del término “incidencia directa”⁷⁸⁴ y, especialmente, la distinción entre incidencia directa e indirecta, si bien podrían identificarse algunos de sus elementos definidores, a saber: a) la incidencia de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en el establecimiento o funcionamiento del mercado común no deberá ser necesariamente efectiva, siendo suficiente con que pueda producirse razonablemente⁷⁸⁵; b) dicha incidencia debe tener un carácter “negativo” o “perturbador” sobre el establecimiento o funcionamiento del mercado común; y c) se trata de un concepto variable en el tiempo, pues depende, por una parte, del estado de establecimiento o de funcionamiento del mercado común, y, por otra parte, de la idea que existe en la Comunidad en una fecha determinada acerca de lo que debe ser el mercado común⁷⁸⁶.

⁷⁸² En este sentido, *vid.* SCHWARTZ, I.E., *op.cit.*, pp.248-249.

⁷⁸³ En este sentido, *vid.* CONSTANTINESCO, V., JACQUÉ, J.P., KOVAR, R., SIMON, D. (dirs.), *op.cit.*, p.540. En una línea similar, las Conclusiones del Abogado General Philippe Léger, presentadas el 22 de noviembre de 1994, en el asunto C-279/93, *Schumacker v. Finanzamt Köln-Altstadt*, ap.19, venían a reforzar esta idea al señalar que la armonización “únicamente es obligatoria en materia de fiscalidad indirecta”, mientras que en el ámbito de la fiscalidad directa, las normativas nacionales de los Estados miembros sólo podrán ser objeto de armonización en virtud del artículo 100 del TCEE “si poseen incidencia directa en el establecimiento o el funcionamiento del mercado común”.

⁷⁸⁴ De hecho, MAVRAGANIS, G., *op.cit.*, p.222, afirmaba que los dos principales problemas que presentaba el artículo 100 del TCEE eran el requisito de “incidencia directa” y la exigencia de unanimidad.

⁷⁸⁵ En este sentido, *vid.* CONSTANTINESCO, V., JACQUÉ, J.P., KOVAR, R., SIMON, D. (dirs.), *op.cit.*, p.552.

⁷⁸⁶ Sobre esta cuestión, *vid.* BEUVE-MERY, J., *op.cit.*, pp.849-850.

A la vista de estas consideraciones, parece que el artículo 100 del TCEE, de naturaleza subsidiaria⁷⁸⁷ y que operaba a modo de “cláusula general” de cierre⁷⁸⁸, reconocía implícitamente⁷⁸⁹ o al menos no excluía⁷⁹⁰, la posibilidad de acometer un proceso de armonización o aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de fiscalidad directa habida cuenta de su incidencia directa en el establecimiento o correcto funcionamiento del mercado interior a través de la posible generación de obstáculos o restricciones al ejercicio de las Libertades Fundamentales⁷⁹¹. Ciertamente, ésta fue la postura adoptada desde un principio por las instituciones comunitarias, tal y como muestra el hecho de que todas las Directivas y Propuestas de Directiva elaboradas en el ámbito de la imposición directa se hayan construido sobre la base del artículo 100 del TCEE.

En definitiva, podría afirmarse que, aun cuando el Tratado no se refería de forma explícita a la necesidad de llevar a cabo un proceso de aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de fiscalidad directa, a saber una de las competencias exclusivas de los Estados miembros, lo cierto es que el antiguo artículo 100 del TCEE, a pesar de su carácter genérico (o quizás por ello), se ha configurado a lo largo de todos estos años como el soporte jurídico de referencia para la adopción de Directivas y Propuestas de Directiva en este ámbito de muy distinta “intensidad armonizadora”, contando para ello con el beneplácito de las instituciones europeas. De hecho, su redacción originaria se ha conservado prácticamente intacta hasta el actual artículo 115 del TFUE, a diferencia de lo que sucede con el artículo 99 del TCEE, cuyo tenor literal se ha ido perfeccionando hasta llegar al actual artículo 113 del TFUE.

3. El requisito de unanimidad previsto en el artículo 100 del TCEE como uno de los principales obstáculos a la adopción de Directivas en el ámbito de la fiscalidad directa

En todo proceso de integración política, jurídica y económica que implique, de un modo u otro, una cesión de competencias legislativas por parte de los diferentes Estados involucrados en favor de una institución u organización supranacional, existen

⁷⁸⁷ Vid. LIMPENS, A., *op.cit.*, pp.624-625.

⁷⁸⁸ Así lo han calificado, entre otros, BÄRMANN, J., “Les communautés européennes et le rapprochement des droits”, *Revue internationale de droit comparé*, vol.12, nº1, 1960, p.44; o SCHWARTZ, I.E., *op.cit.*, p.240.

⁷⁸⁹ Vid. GIBERT, B., *op.cit.*, p.309.

⁷⁹⁰ A este respecto, algunos autores han llegado a apuntar que, a la vista del tenor literal del artículo 100 del TCEE, su ámbito de aplicación objetivo podría parecer “casi ilimitado” (vid. LELEUX, P., “Le rapprochement des législations dans la Communauté Economique Européenne”, *Cahiers de droit européen*, vol.4, nº2, 1968, p.138).

⁷⁹¹ En este sentido, vid. MONACO, R., “Comparaison et rapprochement des législations dans le Marché commun européen”, *Revue internationale de droit comparé*, vol.12, nº1, 1960, p.66; CUSSONS, P., “The Parent-Subsidiary and Mergers Directives”, *British Tax Review*, nº 2, 1993, p.105; GONZÁLEZ PÁRAMO, J.M., *op.cit.*, p.101; o RUÍZ-HUERTA CARBONELL, J., AGÚNDEZ GARCÍA, A., GARCIMARTÍN ALFÉREZ, C., LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., *op.cit.*, p.75.

determinados ámbitos en los que, debido a su importancia estratégica, dichos Estados muestran un especial recelo al otorgamiento de cualquier tipo de competencia que pueda traducirse en una pérdida de iniciativa o capacidad de control sobre la configuración de los mismos. Sin lugar a dudas, la fiscalidad es uno de esos ámbitos, tal y como refleja el hecho de que, desde los primeros pasos de la creación de la Comunidad Económica Europea, la adopción de Directivas por parte del Consejo tendentes a aproximar o armonizar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en esta materia al objeto de garantizar el establecimiento y buen funcionamiento del mercado interior, se ha sometido al requisito de la unanimidad, tanto en el ámbito de la fiscalidad indirecta (artículo 99 del TCEE) como en el ámbito de la fiscalidad directa (artículo 100 del TCEE).

A este respecto, algunos autores han apuntado que el mantenimiento del principio de unanimidad en el ámbito fiscal tras la entrada en vigor del Acta Única Europea (en adelante, AUE)⁷⁹² y los problemas de “bloqueo normativo” asociados al mismo constituyeron uno de los factores determinantes del cambio en la posición de la Comisión Europea en esta materia durante la etapa de Christiane Scrivener como Comisaria Europea de Fiscalidad (1989-1995), desde la tradicional apuesta por una profunda armonización de los sistemas fiscales de los Estados miembros, hacia una posición más pragmática orientada a una aproximación de los ordenamientos nacionales de carácter más limitado que facilitase el acuerdo entre los Estados miembros⁷⁹³. Dicho cambio de enfoque quedaría plasmado definitivamente en la Comunicación de la Comisión titulada “*Guidelines on Company Taxation*” (1990)⁷⁹⁴, y sería posteriormente reforzado con la consagración de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad por parte del artículo 3 B del Tratado de Maastricht⁷⁹⁵.

De hecho, en el año 2000, la propia Comisión Europea llegó a reconocer que el requisito de la unanimidad había supuesto un importante hándicap para la adopción de medidas en distintas áreas orientadas a garantizar el adecuado funcionamiento del mercado interior, así como el ejercicio sin restricciones de las Libertades Fundamentales previstas en el Tratado, constatando como desde la plena realización del mercado

⁷⁹² DOCE nº L 169, de 29 de junio de 1987, p.1. El AUE fue firmada el 17 de febrero de 1986, y entró en vigor el 1 de julio de 1987. En este sentido, conviene tener presente que el AUE, a pesar de apostar por el principio de la mayoría cualificada, tal y como muestra la introducción de los artículos 100A y 118A en el contenido del TCEE, no modificó el requisito de unanimidad previsto en los artículos 99 y 100 del TCEE.

⁷⁹³ En este sentido, *vid.* CUSSONS, P., *op.cit.*, p.105.

⁷⁹⁴ *Vid.* EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the Council and to the European Parliament. Guidelines on company taxation*, SEC (90) 601 final, 20 April 1990.

⁷⁹⁵ DOCE nº C 191, de 29 de julio de 1992, p.1. El Tratado de Maastricht fue firmado el 7 de febrero de 1992, y entró en vigor el 1 de noviembre de 1993. A este respecto cabría señalar como el principio de subsidiariedad ya se recogía de forma implícita en el artículo 130 R, apartado 4, del Acta Única Europea donde se afirmaba que “la Comunidad actuará, en los asuntos de medio ambiente, en la medida en que los objetivos contemplados en el apartado 1 puedan conseguirse en mejores condiciones en el plano comunitario que en el de los Estados miembros considerados aisladamente (...)”. Sobre el principio de subsidiariedad, *vid.*, entre otros, CARRO MARTÍNEZ, A., “La Unión Europea y el principio de subsidiariedad”, *Revista de Administración Pública*, nº126, 1991, pp.217-252; CHICHARRO LÁZARO, A., *El principio de subsidiariedad en la Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor, 2001; o PALACIO GONZÁLEZ, J., “The principle of subsidiarity”, *European Law Review*, vol.20, nº4, 1995, pp.355-370.

interior (fijada por el AUE para la 31 de diciembre de 1992) y la creación de la Unión Económica y Monetaria por parte del Tratado de Maastricht no había sido posible dar ningún nuevo paso para la supresión de los obstáculos fiscales a la actividad transfronteriza. Por ello, y en aras de unos mayores niveles de eficacia, la Comisión Europea se mostraba partidaria de limitar los ámbitos del Tratado en los que resultaba de aplicación el requisito de la unanimidad. En concreto, y por lo que respecta al ámbito de la fiscalidad directa, tenía especial relevancia la propuesta de que, en un futuro, todas las medidas europeas destinadas a la mera aproximación o coordinación de las legislaciones de los Estados miembros en el plano transfronterizo con el fin de eliminar un obstáculo directo al ejercicio de las cuatro Libertades Fundamentales deberían ser adoptadas por mayoría cualificada. No obstante, aquellas medidas dirigidas a atajar los obstáculos que surgen simplemente de la falta de uniformidad de los sistemas fiscales (p.ej. en relación con los métodos de determinación de la base imponible o los diferentes tipos del impuesto sobre sociedades), así como las que, aun siendo necesarias para el funcionamiento del mercado común, tuviesen un impacto en situaciones puramente internas deberían seguirse adoptando por unanimidad. Por lo que respecta al ámbito de la imposición indirecta, también se recomendaba la introducción de la regla de la mayoría cualificada para la adopción de determinadas decisiones en materia de IVA o impuestos especiales, tales como las destinadas a modernizar y simplificar las normas existentes con el objetivo de eliminar las distorsiones a la competencia, o las dirigidas a asegurar la aplicación uniforme y transparente de las mismas; si bien las decisiones que implicasen cambios fundamentales en la estructura del impuesto correspondiente como, por ejemplo, el lugar de imposición o la fijación de los tipos quedarían fuera de este principio, y, por tanto, seguirían sujetas a la regla de la unanimidad⁷⁹⁶.

Sin embargo, lo cierto es que el requisito de la unanimidad en relación con la adopción de normas europeas en materia de fiscalidad directa e indirecta se ha mantenido hasta nuestros días (artículos 115 y 113 del TFUE respectivamente), constituyendo a lo largo de estos sesenta años un importante obstáculo al avance del proceso de armonización en materia fiscal⁷⁹⁷, especialmente en el plano de la imposición directa⁷⁹⁸, pues la dificultad para poner de acuerdo a todos los Estados miembros acerca de la adopción de normas europeas en un ámbito de su competencia exclusiva se ha traducido en el abandono de varias Propuestas de Directiva o bien en importantes retrasos para que éstas vieran finalmente la luz. Así, dentro del primer grupo, podrían traerse a colación la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la armonización de los sistemas del impuesto de sociedades y de los regímenes de

⁷⁹⁶ Sobre esta cuestión, *vid.* COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión. Contribución suplementaria de la Comisión a la Conferencia Intergubernamental sobre las Reformas Institucionales. Votación por mayoría cualificada en los aspectos relacionados con el mercado único de los ámbitos de la fiscalidad y la seguridad social*, COM (2000) 114 final, de 14 de marzo de 2000, pp.5-8.

⁷⁹⁷ En este sentido, *vid.* VAN THIEL, S., *EU case law...*, *op.cit.*, p.24.

⁷⁹⁸ A este respecto, MAVRAGANIS, G., *op.cit.*, p.222, apunta al requisito de unanimidad como uno de los “problemas fundamentales” que presentaba la redacción del artículo 100 del TCEE y que, por ende, sigue presentando la redacción del artículo 115 del TFUE.

retención en la fuente sobre dividendos, de 1 de agosto de 1975⁷⁹⁹, la Propuesta de Directiva del Consejo sobre la armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas al régimen fiscal de la compensación de pérdidas de las empresas, de 11 de septiembre de 1984⁸⁰⁰, la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a un régimen por el que las empresas asumen las pérdidas registradas por sus establecimientos permanentes y filiales situados en otros Estados miembros, de 6 de diciembre de 1990⁸⁰¹, o la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades, de 16 de marzo de 2011⁸⁰², que nunca llegarían a aprobarse; mientras que dentro del segundo grupo cabría destacar la Propuesta de Directiva del Consejo relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones y aportaciones de activos entre sociedades de Estados miembros diferentes, de 16 de enero de 1969⁸⁰³, o la Propuesta de Directiva del Consejo relativa al régimen común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, de 16 de enero de 1969⁸⁰⁴, que tardarían más de veinte años en ser finalmente aprobadas.

Con estos antecedentes, no resulta difícil comprender la importancia de la labor que, desde un primer momento, ha venido realizando el TJUE en aras de suplir, vía interpretación de las Libertades Fundamentales contenidas en el Tratado, el vacío derivado de la lentitud en la adopción de normas europeas en el ámbito fiscal tendentes a garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior, consecuencia, entre otras cuestiones, del principio de unanimidad⁸⁰⁵. A este respecto, algunos autores ya apuntaron en su momento como la respuesta del TJUE ante el fracaso del legislador comunitario para eliminar las disparidades entre las legislaciones domésticas había alterado en cierto modo el balance inicial que reservaba el Derecho primario para la eliminación de los obstáculos discriminatorios al establecimiento y funcionamiento del mercado interior y el Derecho secundario para la eliminación los obstáculos no discriminatorios, de forma tal que el Tribunal convirtió las Libertades Fundamentales en principios constitucionales que podían invocarse frente actuaciones de las propias instituciones comunitarias o de los Estados miembros⁸⁰⁶. De hecho, en el ámbito de la imposición directa, se ha afirmado que las limitaciones más importantes a la actividad legislativa de los Estados miembros se han derivado precisamente de los efectos de las sentencias del TJUE, pues en no pocas ocasiones, se ha obligado a dichos Estados miembros a modificar sus legislaciones fiscales⁸⁰⁷. En este sentido, también debemos resaltar la importancia de los instrumentos de *soft law* utilizados por la Comisión (p.ej. Recomendaciones, Dictámenes, Resoluciones, Declaraciones, Libros Blancos, etc.) en

⁷⁹⁹ DOCE n° C 253, de 5 de noviembre de 1975, p.2.

⁸⁰⁰ DOCE n° C 253, de 20 de septiembre de 1984, p.5.

⁸⁰¹ DOCE n° C 53 de 28 de febrero de 1991, p.30.

⁸⁰² COM(2011) 121 final.

⁸⁰³ DOCE n° C 39, de 22 de marzo de 1969, p.1.

⁸⁰⁴ DOCE n° C 39, de 22 de marzo de 1969, p.7.

⁸⁰⁵ Sobre esta cuestión, *vid.* MERINO JARA, I., “Libre circulación de...”, *op.cit.*, pp.177-178.

⁸⁰⁶ En este sentido, *vid.* VAN THIEL, S., *EU case law...*, *op.cit.*, pp.5-6.

⁸⁰⁷ En este sentido, *vid.* POZA CID, R., SANTAELLA VALLEJO, M., *op.cit.*, p.201.

la medida en que, a pesar de su naturaleza no vinculante, también se configuraron desde un primer momento como un mecanismo complementario para avanzar en el proceso de armonización en el ámbito de la imposición directa⁸⁰⁸.

Por último, no puede perderse de vista que, aun cuando desde comienzos de la década de los noventa se aprecia, en determinados supuestos, una reducción del periodo de tiempo transcurrido entre la presentación de las Propuestas de Directiva en materia de fiscalidad directa y su aprobación⁸⁰⁹, el bloqueo de importantes propuestas normativas tanto en el ámbito de la fiscalidad indirecta como en materia de fiscalidad directa (entre las que podríamos destacar la Propuesta de Directiva relativa a una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades, presentada inicialmente en el año 2011 y relanzada en el año 2016) ha puesto de manifiesto nuevamente los límites de la regla de la unanimidad en el actual contexto marcado por la globalización y la digitalización de la economía, así como por la movilidad transfronteriza de las empresas y ciudadanos de la UE. Es por ello que, en enero de 2019, la Comisión Europea volvió a llamar la atención acerca de los obstáculos a la eficiencia en la toma de decisiones en materia fiscal que introduce la regla de la unanimidad, mostrándose partidaria de una transición progresiva hacia el voto por mayoría cualificada, lo que permitiría avanzar en la adopción de importantes iniciativas fiscales necesarias para reforzar el mercado único e impulsar la competitividad de la Unión Europea sin afectar a las actuales competencias de los Estados miembros en materia fiscal⁸¹⁰.

⁸⁰⁸ Sobre esta cuestión, *vid.* FRANCH FLUXÀ, J., *op.cit.*, pp.393-403.

⁸⁰⁹ Así, este periodo fue de poco más de cinco años en el caso de la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros, de 6 de marzo de 1998 (DOCE nº C 123, de 22 de abril de 1998, p.9), inferior a dos años en el caso de la Propuesta de Directiva del Consejo destinada a garantizar la imposición efectiva de los rendimientos del ahorro en forma de intereses dentro de Comunidad, de 18 de julio de 2001 (DOCE nº C 270 E, de 25 de septiembre de 2001, p.259), e incluso inferior a un año en el caso de la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que afectan directamente al funcionamiento del mercado interior, de 28 de enero de 2016, COM (2016) 26 final.

⁸¹⁰ En este sentido, *vid.* COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo. Hacia una toma de decisiones más eficiente y democrática en materia de política fiscal de la UE*, COM(2019) 8 final, de 15 de enero de 2019, pp.1-15, donde se apuntan una serie de aspectos problemáticos vinculados a la regla de la unanimidad prevista en los artículos 113 y 115 del TFUE, a saber: i) la dificultad para llegar a acuerdos, habida cuenta de que un solo Estado miembro puede impedir su adopción; ii) el carácter “de mínimos” que, en ocasiones, tienen dichos acuerdos lo que limita sus efectos positivos o complica su aplicación; iii) la posibilidad de que algunos Estados miembros condicionen su apoyo a propuestas fiscales importantes a la satisfacción de otras exigencias que puedan tener sobre cuestiones que no guarden relación alguna con la fiscalidad; y iv) la necesidad de que las decisiones tomadas por unanimidad sólo puedan ser revocadas por unanimidad, lo que se traduce en la adopción por parte de los Estados miembros de mayores cautelas a la hora de apoyar una determinada propuesta (p.9). Sobre esta cuestión, *vid.* DOURADO, A.P., “The Commission proposal to replace unanimity with a qualified majority in the case of tax matters”, *Intertax*, vol.47, nº4, 2019, pp.341-344.

4. Los primeros pasos en el proceso de aproximación de las legislaciones nacionales de los Estados miembros en materia de fiscalidad directa (periodo 1960-1990): planteamiento inicial y cambio de enfoque

Desde la firma del Tratado de Roma, las instituciones comunitarias pusieron en marcha toda su maquinaria burocrática con el objetivo de acometer la ingente labor de armonización y coordinación de las legislaciones de los Estados miembros que ante ellas se presentaba en el ámbito de la fiscalidad, pudiendo establecer como punto de partida la elaboración, en 1962, del “Informe del Comité Fiscal y Financiero”, más conocido como “Informe Neumark”⁸¹¹. Sin ánimo de entrar a fondo en su contenido, convendría resaltar su importancia a la hora de identificar aquellas cuestiones, que desde la óptica fiscal, podían resultar controvertidas o problemáticas a la luz del nuevo contexto jurídico-económico comunitario, así como en relación con el establecimiento de posibles líneas de actuación futuras, siempre sobre la base de que el objetivo del mercado común no requería la completa uniformidad de los sistemas fiscales de los Estados miembros sino su armonización o aproximación dependiendo de la figura impositiva en cuestión⁸¹². Por lo que respecta al ámbito de la fiscalidad directa, en materia de imposición sobre la renta societaria o personal, el citado informe sirvió para poner sobre la mesa determinados aspectos problemáticos vinculados a la competencia fiscal entre Estados miembros⁸¹³ o a la doble imposición (especialmente, en relación con el reparto transfronterizo de dividendos)⁸¹⁴, aportando asimismo algunas propuestas

⁸¹¹ Este sobrenombre se debe al profesor Fritz Neumark, que fue el encargado de dirigir los trabajos del grupo de diez expertos de diversas nacionalidades que integraban el “Comité Fiscal y Financiero” (creado por decisión de la Comisión Europea el 5 de abril de 1960). La elaboración de su informe final, en julio de 1962, fue el resultado de un profundo proceso de análisis y reflexión que se articuló en torno a la celebración de siete reuniones (21 y 22 de julio de 1960, 26 y 27 de agosto de 1960, 2 y 3 de diciembre de 1960, 14 y 15 de septiembre de 1961, 14 y 15 de diciembre de 1961, 8 de junio de 1962, y 7 y 8 de julio de 1962) en las que los miembros del Comité contaron con la colaboración *ad hoc* de numerosos expertos procedentes de los diferentes Estados miembros.

⁸¹² Sobre esta cuestión, *vid.* THURSTON, H., *The EEC reports on Tax Harmonization*, IBFD, Amsterdam, 1963, p.99.

⁸¹³ En este sentido, no puede perderse de vista que algunos Estados miembros se mostraban preocupados por la pérdida de ingresos fiscales derivada de la competencia fiscal con aquellos otros Estados miembros que disponían de sistemas fiscales más favorables para los contribuyentes, lo cual suponía un incentivo a la puesta en marcha del proceso armonizador (sobre esta cuestión, *vid.* SCHÖN, W., “Tax competition in Europe: the legal perspective”, *EC tax review*, vol.9, nº2, 2000, pp.90-105; o GRAU RUIZ, A., HERRERA MOLINA, P., “The link between tax coordination and tax harmonization: limits and alternatives”, *EC Tax Review*, vol.12, nº1, 2003, p.30). De hecho, cuando esta competencia fiscal venía acompañada de otros elementos, tales como falta de cooperación fiscal o secreto bancario, recibía el calificativo de “perniciosa” (sobre esta cuestión, *vid.* ROSEMBUJ, T., “Harmful tax competition”, *Intertax*, vol.27, nº10, 1999, pp.316-334; o CERIONI, L., “Harmful tax competition revisited: why not a purely legal perspective under EC law?”, *European Taxation*, vol.45, nº7, 2005, pp. 267-281).

⁸¹⁴ A este respecto, conviene recordar como la distribución de dividendos entre sociedades matrices y filiales situadas en diferentes Estados miembros constituía, en aquel momento, uno de los ámbitos más afectados por problemas de doble imposición internacional, ya que o bien no se habían ratificado Convenios de Doble Imposición entre algunos de los Estados miembros (Bélgica-Alemania, Luxemburgo-Países Bajos, o Luxemburgo-Italia), o bien los firmados se habían quedado ya obsoletos. En este sentido, *vid.* EUROPEAN COMMISSION, “Memorandum by the Commission of the European Economic Community on the Establishment of European Companies”, SEC (66) 1250, 22 April 1966, *Bulletin of the European Economic Community*, Supplement nº9-10/1966, p.10.

orientadas a reducir las disparidades observadas tanto en la estructura de los impuestos sobre la renta personal y societaria como en sus tipos, lo cual se consideraba deseable desde el punto de vista de la integración del incipiente mercado común⁸¹⁵.

Alguna de estas cuestiones serían posteriormente desarrolladas por la propia Comisión a través del Memorándum sobre la concentración en el mercado común, de 1 de diciembre de 1965 (publicado en 1966)⁸¹⁶, y de sendas Comunicaciones remitidas al Consejo con fecha de 8 de febrero⁸¹⁷ y de 26 de junio de 1967⁸¹⁸, cuya interpretación conjunta permite observar las líneas de actuación a largo plazo que, por aquel entonces, se fijaban en el ámbito de la fiscalidad directa y entre las que convendría destacar: 1) la necesidad de armonizar el régimen fiscal de las sociedades matrices y filiales; 2) la conveniencia de eliminar los obstáculos a las operaciones de concentración empresarial, así como de armonizar el tratamiento fiscal de las plusvalías afloradas con motivo de dichas operaciones; 3) la necesidad de armonizar la imposición sobre los beneficios societarios con el fin de eliminar las distorsiones en la implantación de sociedades y en la movilidad de capitales⁸¹⁹; 4) la necesidad de armonizar la fiscalidad de las sociedades mobiliarias y de inversión con la finalidad de evitar que las inversiones realizadas a través de las mismas resultasen menos ventajosas que las realizadas directamente; 5) la necesidad de armonizar la estructura del Impuesto sobre Sociedades en los Estados miembros, aproximando sus tipos y el modo de definir y calcular su base imponible; 6) la necesidad de armonizar los sistemas de retención en la fuente sobre los dividendos e

⁸¹⁵ Por ejemplo, una de las propuestas contenidas en el Informe Neumark pivotaba sobre la aplicación de tipos impositivos diferenciados en función del destino de los beneficios, aportando unos tipos de referencia del 50% para los beneficios no distribuidos, y de entre el 15% y el 25% para los beneficios distribuidos. Asimismo, y al objeto de combatir el fenómeno de la doble imposición se hacía referencia a la necesidad de sustituir la red de Convenios bilaterales por un Convenio multilateral entre los Estados miembros, siguiendo el modelo de la OCDE, pero garantizando la uniformidad en su aplicación e interpretación a través del establecimiento de un procedimiento amistoso común, así como de un tribunal competente para resolver las disputas que pudiesen surgir al respecto. Un análisis más detallado de éstas y otras propuestas puede encontrarse en THURSTON, H., *The EEC reports on Tax Harmonization*, IBFD, Amsterdam, 1963, pp.118-123,134-145, 154-155, y 193-203.

⁸¹⁶ Vid. COMMISSION EUROPÉENNE, “Le problème de la concentration dans le marché commun”, *Études. Série concurrence*, n°3, Bruxelles, 1966.

⁸¹⁷ Vid. COMMISSION EUROPÉENNE, “Communication de la Commission au Conseil faite le 8 février 1967. Programme d’harmonisation fiscale”, *Bulletin de la Communauté économique européenne*, Supplément 8/1967, pp.3-6.

⁸¹⁸ Vid. COMMISSION EUROPÉENNE, “Communication de la Commission au Conseil faite le 26 juin 1967. Programme d’harmonisation des impôts directs”, *Bulletin de la Communauté économique européenne*, Supplément 8/1967, pp.6-21.

⁸¹⁹ La preocupación por el correcto funcionamiento del mercado de capitales quedó plasmada en el extenso “Informe Segré” (1966), donde se afirmaba que el principal objetivo de la adaptación de los sistemas impositivos de los Estados miembros consistía en alcanzar un grado de neutralidad fiscal que permitiese los movimientos de capitales en el seno de la Comunidad en condiciones similares a las que operaban en un mercado nacional; esto implicaba que los sistemas fiscales domésticos: a) no deberían afectar a la elección del lugar de realización de la inversión o de la transacción en cuestión; b) no deberían influir en la elección del ahorrador entre realizar la inversión directamente o a través de un intermediario; y c) deberían otorgar incentivos fiscales equivalentes en relación con los diferentes tipos de inversión y mecanismos de financiación (vid. EUROPEAN COMMISSION, *The Development of a European Capital Market. Report of a Group of experts appointed by the EEC Commission*, Brussels, November 1966, pp.293-309). Sobre esta cuestión, véase también APARICIO PÉREZ, A., *op.cit.*, pp.69-70.

intereses⁸²⁰; y 7) la necesidad de adoptar un Convenio multilateral para eliminar aquellos supuestos de doble imposición que, a pesar del proceso de armonización llevado a cabo, no pudieran ser eliminados.

En definitiva, podría afirmarse que, a mediados de la década de los sesenta, la Comisión Europea ya había sentado los pilares sobre los que construir el proceso de armonización en el ámbito de la fiscalidad directa. No en vano, en 1969, verían la luz las primeras Propuestas de Directiva en esta materia destinadas a la aproximación y coordinación de las legislaciones fiscales de los Estados miembros en el ámbito de las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial⁸²¹ y en relación con el régimen fiscal aplicable a las sociedades matrices y filiales residentes en distintos Estados miembros⁸²², con el objetivo de suprimir los obstáculos artificiales de naturaleza fiscal que impedían a las empresas europeas adaptar sus estructuras a las nuevas necesidades derivadas del establecimiento del mercado común⁸²³. A este respecto, se ha apuntado que el objetivo de ambas propuestas no era conceder privilegios fiscales a este tipo de operaciones “sino asegurar la neutralidad fiscal y evitar que las autoridades fiscales nacionales se conviertan en las principales beneficiarias de la operación en cuestión”⁸²⁴.

Ya en los años 70, y dentro de lo que podría considerarse como una segunda etapa en el proceso de establecimiento del mercado común⁸²⁵, el “Informe al Consejo y a la Comisión sobre la realización por etapas de la unión económica y monetaria en la Comunidad” (más conocido como “Informe Werner”) también hacía referencia de forma tangencial a la necesidad de armonizar, por una lado, los regímenes fiscales relativos al pago de intereses de títulos de renta fija y dividendos, debido a su influencia directa en el movimiento transfronterizo de capitales y, por otro lado, la estructura y tipos del Impuesto sobre Sociedades⁸²⁶. A este respecto, y en relación con los métodos de gravamen de los dividendos aplicados por parte de los Estados miembros, el

⁸²⁰ Esta idea sería reiterada posteriormente en COMMISSION EUROPÉENNE, *Mémoire de la Commission au Conseil. Nécessité et modalités d'une action dans le domaine des capitaux*, COM (69) 200 final, 5 mars 1969, p.9.

⁸²¹ Propuesta de Directiva del Consejo relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, y aportaciones de activos entre sociedades de Estados miembros diferentes, de 16 de enero de 1969 (DOCE n° C 39, de 22 de marzo de 1969, p.1).

⁸²² Propuesta de Directiva del Consejo relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, de 16 de enero de 1969 (DOCE n° C 39, de 22 de marzo de 1969, p.7).

⁸²³ En este sentido, *vid.* COMMISSION EUROPÉENNE, *Mémoire sur la politique industrielle de la Communauté*, SEC (67) 1201 final, 4 juillet 1967, p.17.

⁸²⁴ En este sentido, *vid.* EUROPEAN TAXATION, “Proposed Directives concerning a common system of taxation applicable to merger-type transactions and parent-subsidiary relationships between corporations of different Member States”, *European Taxation*, vol.9, n°7, 1969, p.146.

⁸²⁵ *Vid.* COMMISSION EUROPÉENNE, *La politique industrielle de la Communauté. Mémoire de la Commission au Conseil*, COM (70) 100 final, 1970, p.7.

⁸²⁶ *Vid.* EUROPEAN COMMISSION/EUROPEAN COUNCIL, “Report to the Council and the Commission on the realization by stages of economic and monetary union in the Community”, 8 October 1970, *Bulletin of the European Community*, Supplement n°11/1970, p.20. En el mismo sentido podría traerse a colación la Resolución del Consejo, de 22 de marzo de 1971, relativa a la realización por etapas de la unión económica y monetaria en la Comunidad (DOCE n° C 21, de 27 de marzo de 1971, p.1).

denominado “Informe Van den Tempel”, proponía que la armonización en este ámbito debía construirse en torno al “modelo clásico” que partía de la independencia entre la imposición en sede societaria de los dividendos y la realizada en sede de los socios⁸²⁷, si bien en la práctica dicha propuesta no tuvo éxito.

Posteriormente, y al objeto de hacer frente a alguna de las cuestiones señaladas en el “Informe Werner” y en la Resolución del Consejo de 22 de marzo de 1971 anteriormente citados, el 1 de agosto de 1975 vería la luz la “Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la armonización de los sistemas del impuesto de sociedades y de los regímenes de retención en la fuente sobre dividendos”⁸²⁸, cuyas principales propuestas pivotaban sobre⁸²⁹: 1) la adopción por parte de los Estados miembros del sistema de crédito o imputación en el gravamen de los dividendos, al configurarse como la solución más idónea para garantizar la neutralidad en relación con las diferentes formas de financiación de las empresas y las distintas formas jurídicas que puede adoptar su organización, para reducir las posibilidades de evasión fiscal, para desarrollar el mercado de valores mediante la atracción de nuevos inversores, así como para reforzar el principio de justicia tributaria⁸³⁰; y 2) la fijación de un tipo único del Impuesto sobre Sociedades para los beneficios netos imponibles distribuidos y no distribuidos, que debería situarse entre el 45% y el 55%⁸³¹, así como la posibilidad de que los Estados miembros impusieran, con carácter general y respetando las disposiciones de los CDIs

⁸²⁷ Nótese que, con carácter general, los métodos empleados por los diferentes Estados miembros para gravar los dividendos podían resumirse en: 1) “el sistema clásico”, caracterizado porque el tipo del Impuesto sobre Sociedades es el mismo para los beneficios retenidos y distribuidos, mientras que desde el punto de vista del Impuesto sobre la Renta Personal del accionista los dividendos se gravan de igual forma que cualquier otro ingreso, produciéndose, por tanto, una doble imposición económica completa; 2) “el sistema de doble tipo”, diseñado para mitigar los efectos de la doble imposición, y caracterizado por la existencia de un tipo menor del Impuesto sobre Sociedades para los beneficios distribuidos que para los retenidos, mientras que desde la óptica del accionista los dividendos se gravarían de igual forma que cualquier otra renta que éste hubiese percibido; y 3) “el sistema de crédito o imputación”, también orientado a reducir la doble imposición, y caracterizado porque si bien en el ámbito societario los beneficios retenidos y los distribuidos como dividendos son gravados de igual modo, en sede de la imposición sobre la renta personal del accionista se concede un crédito por una parte del Impuesto sobre Sociedades anteriormente satisfecho, pues se considera como una suerte de pago adelantado del Impuesto sobre la Renta correspondiente a los dividendos que perciben los accionistas. Sobre esta cuestión *vid.* VAN DEN TEMPEL, A.J., “Corporation tax and individual income tax in the European Communities”, en EUROPEAN COMMISSION, *Studies. Competition: Approximation of legislation Series*, nº15, Brussels, 1970, pp.7 y 41.

⁸²⁸ Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la armonización de los sistemas del impuesto de sociedades y de los regímenes de retención en la fuente sobre dividendos, de 1 de agosto de 1975, COM (75) 392 final (DOCE nº C 253, de 5 de noviembre de 1975, p.2). Una aproximación a lo esencial de su contenido puede encontrarse en ARENILLAS VELA, J., *op.cit.*, pp.50-51.

⁸²⁹ Sobre esta cuestión, *vid.* MONTAGNIER, G., “Harmonisation fiscale communautaire”, *Revue trimestrielle de droit européen*, vol.27, nº1, 1991, pp.82-83.

⁸³⁰ *Vid.* Considerandos nº 5 y 6 de la Propuesta de Directiva de 1975, antes citada.

⁸³¹ *Vid.* artículo 3 de la Propuesta de Directiva de 1975, antes citada. Ciertamente, este planteamiento suponía una ruptura con los postulados del “Informe Neumark”, que optaba por la aplicación de tipos impositivos diferenciados en función del destino de los beneficios (50% para los no distribuidos, y de entre el 15% y el 25% para los distribuidos). A este respecto, *vid.* THURSTON, H., *The EEC reports on Tax Harmonization*, IBFD, Amsterdam, 1963, pp.193-203.

suscritos con terceros países, una retención en la fuente del 25% sobre los dividendos distribuidos por las sociedades residentes en su territorio⁸³².

Sin embargo, este planteamiento tan ambicioso (que posteriormente quiso extenderse al ámbito de las instituciones de inversión colectiva⁸³³), quedaría sentenciado de muerte por el denominado “Informe Nyborg”, que puso de manifiesto como la Propuesta de Directiva dejaba de lado la coordinación de los criterios de determinación de la base imponible, imposibilitando así la consecución del pretendido objetivo de la neutralidad fiscal; por ello, el citado informe recomendaba acometer, en una primera fase, una aproximación general de los sistemas fiscales de los Estados miembros que permitiera terminar con cualquier tipo de práctica discriminatoria para, posteriormente y de forma gradual, abordar la armonización de las normas de determinación de la base imponible y los tipos impositivos⁸³⁴. Asimismo, no conviene perder de vista que los Estados miembros entendían que la Propuesta de Directiva “amputaba excesivamente su soberanía fiscal”⁸³⁵ de forma tal que, habida cuenta de la imposibilidad de alcanzar la unanimidad necesaria para su aprobación y en línea con el nuevo enfoque adoptado por la Comisión Europea en el ámbito de la armonización de la fiscalidad empresarial⁸³⁶, fue finalmente retirada en abril de 1990⁸³⁷. Ciertamente, la Propuesta de Directiva de 1975 relativa a la armonización de los sistemas del Impuesto sobre Sociedades y de los regímenes de retención en la fuente sobre dividendos no encajaba con el nuevo planteamiento de la Comisión, el cual, inspirado por el principio de subsidiariedad, se alejaba de enfoques “centralizadores” en favor de una aproximación de las legislaciones nacionales más limitada y focalizada sobre aquellas cuestiones más relevantes para el desarrollo y buen funcionamiento del mercado interior.

Por otra parte, en 1976, la Comisión elaboró dos importantes Propuestas de Directiva, una en materia de asistencia mutua entre Estados miembros en el ámbito de la

⁸³² Vid. artículo 14 de la Propuesta de Directiva de 1975, antes citada, y las excepciones a esta regla contenidas en sus apartados 2 y 3.

⁸³³ Vid. Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la aplicación, a las instituciones de inversión colectiva, de la Directiva del Consejo relativa a la armonización de los sistemas del impuesto de sociedades y de los regímenes de retención en la fuente sobre dividendos, de 24 de julio de 1978 (DOCE nº C 184, de 2 de agosto de 1978, p.8).

⁸³⁴ En este sentido, vid. EUROPEAN PARLIAMENT, “Interim Report drawn up on behalf of the Committee on Economic and Monetary Affairs on the harmonization of company taxation and of withholding taxes on dividends”, *European Parliament Working Documents*, nº 104/79, Brussels, 1979, pp.5-6 y 10-11. Nótese como este informe cristalizaría posteriormente en la “Resolución del Parlamento sobre la armonización de los sistemas del impuesto de sociedades y regímenes de retención en la fuente sobre dividendos”, de 8 de mayo de 1979 (DOCE nº C 140, de 5 de junio de 1979, p.19).

⁸³⁵ Vid. MONTAGNIER, G., “Harmonisation fiscale communautaire”, *op.cit.*, pp.84-85.

⁸³⁶ Tal y como ya hemos apuntado, este cambio de tendencia quedó plasmado de forma clara en el documento EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the Council and to the European Parliament. Guidelines on company taxation*, SEC (90) 601 final, 20 April 1990.

⁸³⁷ Vid. PATTERSON, B., MARTÍNEZ SERRANO, A., “Tax co-ordination in the European Union”, *Directorate-General for Research Working Paper, Economic Affairs Series nº 125*, European Parliament, 2000, p.4.

fiscalidad directa⁸³⁸ y otra relativa a la eliminación de la doble imposición derivada de la corrección de beneficios entre empresas asociadas⁸³⁹. Como veremos a continuación, ambas propuestas, concebidas en origen como complementarias⁸⁴⁰, seguirían caminos diferentes debido a la asimétrica aceptación de su contenido por parte de los Estados miembros, de forma tal que la primera vería la luz poco más de un año después de su publicación, mientras que la segunda sería finalmente reconducida a la fórmula de un Convenio Multilateral (menos “invasiva” con la soberanía fiscal de los Estados miembros⁸⁴¹) adoptado casi quince años después de la publicación de la Propuesta originaria. Así, en 1977, se aprobaría la Directiva 77/799/CEE⁸⁴² que trataba de dar respuesta al problema del fraude y la evasión fiscal transfronteriza en el ámbito de la fiscalidad directa habida cuenta de que, por una parte, tales prácticas despleaban un efecto pernicioso sobre los ingresos de los Estados miembros, así como en relación con la libre circulación de capitales y las condiciones de competencia en el contexto del mercado común; y, por otra parte, no podían ser combatidas de forma efectiva desde una óptica estrictamente nacional o través de acuerdos bilaterales.

Ya en 1980, se publicó el “Informe sobre el alcance de la convergencia de los sistemas fiscales en la Comunidad” cuyas propuestas fundamentales se centraban en la necesidad de llevar a cabo una aproximación de los tipos impositivos del Impuesto sobre Sociedades, así como la implantación del sistema del crédito fiscal o imputación en materia de imposición de dividendos en aquellos Estados que, en ese momento, todavía optaban por el “método clásico” (p.ej. Luxemburgo y Países Bajos)⁸⁴³. En definitiva, podría decirse que el citado informe venía a defender la adopción de la Propuesta de Directiva de 1975 relativa a la armonización de los sistemas del Impuesto sobre Sociedades y de los regímenes de retención en la fuente sobre dividendos.

En 1984, la Comisión elaboraría una escueta pero relevante Propuesta de Directiva relativa a la armonización del régimen fiscal de la compensación de

⁸³⁸ Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la asistencia mutua de las autoridades competentes de los Estados Miembros en el ámbito de la imposición directa, de 5 de abril de 1976 (DOCE nº C 94, de 27 de abril de 1976, p.2).

⁸³⁹ Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la eliminación de la doble imposición en el caso de la corrección de beneficios entre empresas asociadas, de 29 de noviembre de 1976 (DOCE nº C 301, de 21 de diciembre de 1976, p.4).

⁸⁴⁰ Vid. EUROPEAN COMMISSION, “Rapport from the Commission to the Council on the scope for convergence of tax systems in the Community”, COM (80) 139 final, 27 March 1980, *Bulletin of the European Communities*, Supplement nº 1/80, p.11.

⁸⁴¹ En este sentido, vid. CALDERÓN CARRERO, J.M., “El procedimiento para la resolución de conflictos fiscales de precios de transferencia establecido por el Convenio Europeo 907436/CEE”, *Revista Española de Derecho Financiero*, nº151, 2011, pp.908.

⁸⁴² Directiva 77/799/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1977, relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados Miembros en el ámbito de la imposición directa (DOCE nº L 336, de 27 de diciembre de 1977, p.15).

⁸⁴³ Vid. EUROPEAN COMMISSION, “Rapport from the Commission to the Council on the scope for convergence of tax systems in the Community”, COM (80) 139 final, 27 March 1980, *Bulletin of the European Communities*, Supplement nº 1/80, pp.61-64.

pérdidas⁸⁴⁴, por cuanto la aproximación de las reglas domésticas de determinación de la base imponible de las empresas resultaba de notable transcendencia a efectos de eliminar las distorsiones a la libre competencia en el seno mercado común. Asimismo, no debemos olvidar como la armonización de las normas nacionales en materia de compensación de pérdidas desde una óptica “flexible” o “liberal” tendría un impacto positivo en la capacidad de inversión y en la competitividad de las empresas europeas⁸⁴⁵. A este respecto, la principal aportación de esta Propuesta consistía en posibilitar la imputación de las pérdidas de un ejercicio fiscal, bien sobre los beneficios de ejercicios anteriores (*carry-back*) con un límite temporal de dos años (que posteriormente sería ampliado a tres en virtud de la modificación introducida por la Comisión en 1985⁸⁴⁶), o bien sobre los beneficios de ejercicios futuros (*carry-forward*) en orden cronológico pero sin límite temporal⁸⁴⁷.

No obstante, y a pesar de que esta iniciativa probablemente hubiese sido bienvenida por las empresas europeas habida cuenta de que el régimen que se pretendía implantar resultaba más generoso que el aplicado en muchos Estados miembros⁸⁴⁸, la citada Propuesta de Directiva sería finalmente retirada el 20 de noviembre de 1996⁸⁴⁹. Peor suerte correría la pretendida Propuesta de la Comisión para la armonización de los criterios de determinación de la base imponible en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades, presentada en 1988 y que ni siquiera llegaría a ser publicada⁸⁵⁰.

En 1989, y como consecuencia de la aprobación un año antes de la Directiva 88/361/CEE⁸⁵¹ en virtud de la cual se establecía la plena liberalización de los

⁸⁴⁴ Propuesta de Directiva del Consejo sobre la armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas al régimen fiscal de la compensación de pérdidas de las empresas, de 11 de septiembre de 1984, COM (84) 404 (DOCE nº C 253, de 20 de septiembre de 1984, p.5).

⁸⁴⁵ Vid. Considerandos nº 2 y 4 de la Propuesta de Directiva del Consejo sobre la armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas al régimen fiscal de la compensación de pérdidas de las empresas, de 11 de septiembre de 1984.

⁸⁴⁶ Modificaciones a la Propuesta de Directiva del Consejo sobre la armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas al régimen fiscal de la compensación de pérdidas de las empresas, de 25 de junio de 1985, COM (85) 319 final (DOCE nº C 170, de 9 de julio de 1985, p.3).

⁸⁴⁷ Vid. artículo 3 de la Propuesta de Directiva del Consejo sobre la armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas al régimen fiscal de la compensación de pérdidas de las empresas, de 11 de septiembre de 1984.

⁸⁴⁸ En este sentido, vid. TOMSETT, E., “The impact of EC Tax Directives on U.S Groups with European Operations”, *Bulletin for International Fiscal Documentation*, vol.46, nº3, 1992, p.124.

⁸⁴⁹ DOCE nº C 2, de 4 de enero de 1997, p.6.

⁸⁵⁰ Este Anteproyecto de Propuesta de Directiva (“*Preliminary Draft Proposal for a Directive on the Harmonization of Rules concerning the Taxable Profits of Undertakings*”, XV/27/88) estaba orientado a dar respuesta a una de las exigencias que se venían planteando desde hacía algunos años en el seno las instituciones europeas (especialmente a raíz del “Informe Nyborg”) como era la armonización de las reglas o criterios para la determinación de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades. De este modo, cabría destacar como la citada Propuesta abordaba la definición, configuración, tratamiento y cálculo de los principales elementos que influían en el cálculo de la base imponible, a saber: amortizaciones, plusvalías, provisiones, gastos deducibles o correcciones de valor, entre otros. Una aproximación a su contenido puede encontrarse en KUIPER, W.G., “EC Commission proposes a Directive on the harmonization of rules for the determination of taxable profits of enterprises”, *European Taxation*, vol.28, nº10, 1988, pp.319-329.

⁸⁵¹ Directiva del Consejo, de 24 de junio de 1988 para la aplicación del artículo 67 del Tratado (DOCE nº L 178, de 8 de julio de 1988, p.5).

movimientos de capitales entre Estados miembros a partir del 1 de julio de 1990, se presentarían dos nuevas Propuestas de Directiva, a saber: una orientada a la creación de un régimen común de retención a cuenta sobre los intereses⁸⁵², con el fin de evitar las posibles distorsiones a la competencia dentro del mercado común derivadas de la diversidad de los regímenes nacionales existentes en materia de fiscalidad del ahorro; y otra destinada a potenciar el intercambio de información entre administraciones tributarias previsto por la Directiva 77/799/CEE, al objeto de combatir el riesgo de evasión y fraude fiscal derivado de la liberalización del mercado de capitales⁸⁵³. Sin embargo, ninguna de estas propuestas llegaría a concretarse, habida cuenta de la oposición frontal de Estados miembros como Luxemburgo, Reino Unido o Países Bajos⁸⁵⁴.

Finalmente, en 1990, y más de veinte años después de la presentación de sus respectivas Propuestas, verían la luz la Directiva 90/434/CEE, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros⁸⁵⁵ (actual Directiva 2009/133/UE⁸⁵⁶), y la Directiva 90/435/CEE, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados Miembros diferentes⁸⁵⁷ (actual Directiva 2011/96/UE⁸⁵⁸)⁸⁵⁹.

La primera de ellas, cuyo contenido tendremos ocasión de analizar con detenimiento en posteriores epígrafes de este trabajo, estaba orientada a la eliminación de los obstáculos fiscales vinculados al gravamen inmediato de las plusvalías latentes puestas de manifiesto en el marco de operaciones transfronterizas de reorganización empresarial, a través del establecimiento de un sistema de diferimiento que, sujeto a una serie de requisitos, garantizaría la neutralidad fiscal de dichas operaciones en sede de las sociedades participantes y de sus socios.

⁸⁵² Propuesta de Directiva del Consejo relativa a un régimen común de retención a cuenta sobre los intereses, de 10 de febrero de 1989 (DOCE nº C 141, de 7 de junio de 1989, p.5).

⁸⁵³ Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 77/799/CEE relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos y del impuesto sobre el valor añadido, de 10 de febrero de 1989 (DOCE nº C 141, de 7 de junio de 1989, p.7).

⁸⁵⁴ En este sentido, *vid.* TOMSETT, E., *op.cit.*, p.124.

⁸⁵⁵ DOCE nº L 225, de 20 de agosto de 1990, p.1.

⁸⁵⁶ 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 (DOUE nº L 310, de 25 de noviembre de 2009, p.34).

⁸⁵⁷ DOCE nº L 225, de 20 de agosto de 1990, p.6.

⁸⁵⁸ Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (DOUE nº L 345, de 29 de diciembre de 2011, p.8).

⁸⁵⁹ De hecho, la aprobación de estas Directivas, tras más de veinte años de negociaciones y después de superar las disputas políticas entre los diferentes Estados miembros, fue calificada en su momento como un “triunfo diplomático para Mme. Scrivener [Comisaria Europea de Fiscalidad en el periodo 1989-1995] y su equipo” (en este sentido, *vid.* CHOWN, J., “The mergers Directive: some broader issues”, *Intertax*, vol.18, nº10, 1990, p.409).

Por su parte, la segunda de las Directivas citadas, estaba llamada a eliminar el fenómeno de la doble imposición en el ámbito de las distribuciones de beneficios por parte de una filial a su matriz cuando ambas sociedades se encontraban situadas en diferentes Estados miembros, así como a facilitar la cooperación y formación de grupos entre sociedades de diferentes Estados miembros⁸⁶⁰, para lo cual se introducía la regla general de que la distribución transfronteriza de beneficios entre una sociedad filial y su matriz, deberían quedar exentos de retención en el Estado miembro de la fuente⁸⁶¹, a la vez que se dejaba en manos del Estado miembro de residencia de la sociedad matriz la posibilidad de, o bien abstenerse de gravar dichos dividendos, o bien gravarlos y autorizar a la sociedad matriz a deducirse de la cuantía de su impuesto la fracción del impuesto relacionado con dichos dividendos y abonado por la filial⁸⁶². Ciertamente, con anterioridad a la entrada en vigor de la Directiva 90/435/CEE, el establecimiento en un determinado Estado miembro de una filial por parte de una sociedad residente en otro Estado miembro resultaba totalmente desincentivado por cuestiones de índole fiscal ya que, en el momento en que la sociedad matriz pretendía recuperar su inversión a través de los dividendos distribuidos por su filial en el extranjero, comenzaban los problemas de doble imposición. De este modo, los beneficios de la filial en cuestión podían quedar sometidos: en primer lugar, al Impuesto sobre Sociedades en el Estado miembro de su residencia; en segundo lugar, a una retención (*withholding tax*) sobre los beneficios distribuidos; y, en tercer lugar, al Impuesto sobre Sociedades del Estado miembro de residencia de la sociedad matriz, por cuanto dichos dividendos eran incorporados en los resultados de la sociedad matriz. A este respecto, cabría señalar que, si bien los Convenios de Doble Imposición ayudaban a mitigar estos problemas, no constituían una

⁸⁶⁰ En este sentido, el propio TJUE ha afirmado que “si bien la Directiva 90/435 tiene por objeto eliminar las situaciones de doble imposición de los beneficios distribuidos por las filiales a sus sociedades matrices, se propone, con carácter general, eliminar las desventajas que, para la cooperación transfronteriza entre sociedades, se derivan del hecho de que –tal como afirma asimismo en su tercer considerando– las disposiciones fiscales por las que se rigen las relaciones entre sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes son, por lo general, menos favorables que las que se aplican a las relaciones entre sociedades matrices y filiales de un mismo Estado miembro” (*vid.* STJUE de 22 de diciembre de 2008, asunto C-48/07, *Les Vergers du Vieux Tauves SA*, ap.37; y, en una línea similar, las SSTJUE de 12 de diciembre de 2006, asunto C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, ap.103; de 18 de septiembre de 2003, asunto C-168/01, *Bosal Holding BV*, ap.22; de 4 de octubre de 2001, asunto C-294/99, *Athinaiki Zythopoiia AE*, ap.25; de 8 de junio de 2000, asunto C-375/98, *Epson Europe BV*, ap.20; o de 17 de octubre de 1996, asuntos C-283/94 (*Denkavit Internationaal BV*), C-291/94 (*VITIC Amsterdam BV*) y C-292/94 (*Voormeer BV*), ap.22).

⁸⁶¹ A este respecto, no puede perderse de vista que, en el momento de aprobación de la Directiva 90/435/CEE, la mayoría de Estados miembros contemplaba en sus respectivas legislaciones fiscales domésticas importantes retenciones sobre los dividendos distribuidos por una filial residente en su territorio a su sociedad matriz no residente, si bien lo cierto es que los CDIs suscritos entre dichos Estados solían limitar los tipos generales de retención al 5%, 10% o el 15% con el fin de reducir el coste asociado al reparto de beneficios entre sociedades residentes en distintos Estados miembros de la UE (sobre esta cuestión, *vid.* TOMSETT, E., *op.cit.*, pp.128 y ss.).

⁸⁶² *Vid.* artículos 4 y 5 de la Directiva 90/435/CEE. Una sucinta aproximación al contenido original del Directiva 90/435/CEE puede encontrarse, entre otros, en CUSSONS, P., *op.cit.*, pp.106-108. Más recientemente, y en relación con la versión actual de la Directiva 2011/96/UE, *vid.* TENORE, M., “The Parent-Subsidiary Directive”, en LANG, M., PISTONE, P., SCHUCH, J., STARINGER, C. (eds.), *Introduction to European Tax Law on Direct Taxation*, 3rd Edition, Spiramus, Vienna, 2013, p.131-150; HELMINEN, M., *EU Tax Law...*, *op.cit.*, pp.155-205; o CALDERÓN CARRERO, J.M., MARTÍN JIMÉNEZ, A., *Derecho Tributario de la Unión Europea*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, pp.181-238.

solución completa y homogénea en el seno de la Unión Europea pues, por aquel entonces, no existían CDIs entre todos los Estados miembros.

Por otra parte, la adopción de estas Directivas se vería complementada con la aprobación del Convenio 90/436/CEE relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas⁸⁶³, cuya finalidad consistía en evitar la doble imposición económica que se producía cuando las autoridades tributarias de un Estado miembro, partiendo de lo establecido en su normativa fiscal doméstica y en los correspondientes CDIs, corregían la base imponible de una sociedad perteneciente a un grupo residente en su territorio por cuestiones de precios de transferencia en el marco de operaciones entre partes vinculadas, sin que se produjera una rectificación equivalente pero de signo contrario en la base imponible de la otra sociedad del grupo residente en un Estado miembro diferente⁸⁶⁴. A este respecto, el citado Convenio establecía un procedimiento arbitral que permitiría, en ausencia de un acuerdo amistoso entre las autoridades competentes de los Estados en cuestión, resolver conflictos en la aplicación del principio de plena competencia (*arm's length principle*) y eliminar los problemas de doble imposición en este tipo de supuestos⁸⁶⁵.

De este modo, podría afirmarse que el año 1990 supuso un auténtico punto de inflexión en el ámbito de la fiscalidad directa por dos razones fundamentales: en primer lugar, debido a la aprobación de las normas anteriormente señaladas, ya que, por una parte, éstas contribuirían de forma decisiva a eliminar los obstáculos fiscales existentes a la cooperación transfronteriza entre sociedades de diferentes Estados miembros⁸⁶⁶, así como a facilitar su adaptación a las exigencias del mercado interior e incrementar su productividad y competitividad, tanto en el plano comunitario como a nivel internacional⁸⁶⁷, y, por otra parte, suponía el tránsito definitivo desde el campo de la

⁸⁶³ DOCE n° L 225, de 20 de agosto de 1990, p.10. Sobre sus antecedentes, finalidad, y caracteres esenciales *vid.* MONTAGNIER, G., "Harmonisation fiscale communautaire", *op.cit.*, pp.90-92.

⁸⁶⁴ En este sentido, *vid.* FERNÁNDEZ RANZ, J.L., "La armonización fiscal comunitaria: fiscalidad directa, fiscalidad indirecta", *Revista de contabilidad y tributación*, n°111, 1992, p.51.

⁸⁶⁵ *Vid.* artículos 7 a 14 del Convenio 90/436/CEE. Una completa aproximación al contenido de este Convenio puede encontrarse en CALDERÓN CARRERO, J.M., "El procedimiento para...", *op.cit.*, pp.903-944.

⁸⁶⁶ En este sentido, *vid.* GOERGEN, R., *op.cit.*, p.312; o SASS, G., "Implementation of the EC Merger and Parent/Subsidiary Directives and the Arbitration Convention", *Tax Planning International Review*, vol.20, n°7, 1993, p.3. Ciertamente, no debemos perder de vista que, a comienzos de la década de los noventa, se seguía constatando como, si bien en determinados casos los Convenios de Doble Imposición podían ayudar a reducir (que no eliminar) estos obstáculos, lo cierto es que no constituían un instrumento adecuado a las necesidades del mercado interior, en la medida en que éste demandaba soluciones uniformes que permitiesen dar cobertura a situaciones derivadas de las relaciones multilaterales entre Estados miembros (en este sentido, *vid.* GAMMIE, M., *The Ruding Committee: An Initial Response*, The Institute for Fiscal Studies, London, 1992, p.7). Téngase en cuenta además que, a fecha de 1 de enero de 1990, no existía Convenio de Doble Imposición entre Grecia y Dinamarca, Grecia y España, Grecia e Irlanda, Grecia y Luxemburgo, Grecia y Portugal, España e Irlanda, Portugal y Luxemburgo, Portugal y Países Bajos, o entre Portugal e Irlanda (*vid.* EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the Council and to the European Parliament. Guidelines on company taxation*, SEC (90) 601 final, 20 April 1990, p.3 y Anexo I).

⁸⁶⁷ En este sentido, y destacando el carácter complementario de las Directivas 90/434/CEE y 90/435/CEE, *vid.* KUILE, B.H., "Taxation, Discrimination and the Internal Market", *European Taxation*, vol. 32, n°12, 1992, pp.402-403. En una línea similar, resultan ilustrativas las palabras de SÁNCHEZ MANZANO,

reflexión y estudio al de la acción normativa en materia de fiscalidad directa⁸⁶⁸; y, en segundo lugar, porque en dicho año se consumó el cambio de enfoque de la Comisión Europea acerca del modo en que debía llevarse a cabo el proceso de armonización en el ámbito de la fiscalidad empresarial⁸⁶⁹, plasmado en la retirada de aquellas Propuestas de Directiva que apostaban por una profunda armonización de los sistemas fiscales de los Estados miembros (p.ej. la Propuesta de Directiva de 1975 relativa a la armonización de los sistemas del impuesto de sociedades y de los regímenes de retención en la fuente sobre dividendos, retirada ese mismo año, o la Propuesta de Directiva de 1984 relativa a la armonización del régimen fiscal de la compensación de pérdidas, abandonada en

J.D., *Fiscalidad de las operaciones de reestructuración empresarial. Fusiones. Escisiones. Aportaciones no dinerarias y canjes de valores*, Tesis doctoral, Universidad de Granada, 2004, p.77, cuando afirma que “mientras la Directiva 90/434/CEE bloquea la afloración de plusvalías a la hora de la consumación de la operación que puede perfilar el diseño del grupo, la 90/435/CEE trata de facilitar la creación de dichos grupos, articulando unas normas neutras que tratan de inhibir la doble imposición en la distribución de beneficios recibidos por sociedades matrices procedentes de sus filiales en otros Estados miembros después de constituido el grupo de sociedades”.

⁸⁶⁸ A este respecto, no debemos olvidar que, desde la firma del Tratado del Roma, los esfuerzos de las instituciones comunitarias (plasmados en la elaboración informes, memorándums, documentos de trabajo y varias Propuestas de Directiva) no habían dado los frutos esperados, a excepción de la Directiva 77/799/CEE. No obstante, lo cierto es que la preocupación en el seno de las instituciones comunitarias por la aprobación de las Propuestas de Directiva de 1969 sería una constante ya desde poco después de su publicación, tal y como quedó de manifiesto en la reunión de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada del 19 al 21 de octubre de 1972 en París, o posteriormente en el “Informe sobre el alcance de la convergencia de los sistemas fiscales en la Comunidad” de 1980 (al que ya nos hemos referido), en la Comunicación de la Comisión al Consejo titulada “Medidas comunitarias para mejorar la competitividad internacional de las empresas europeas”, COM (83) 578 final, de 7 de septiembre de 1983, o en la Comunicación del Vicepresidente de la Comisión, Christopher Tugendhat, al Consejo, SEC (84) 77, de 17 de enero de 1984. Como resultado, el Consejo decidió, en su reunión de 12 de marzo de 1984, dar prioridad al examen de las Propuestas de Directiva de Fusiones, Directiva Matriz-filial, y Convenio de arbitraje, solicitando un informe al Comité de Representantes Permanentes (COREPER), que debía ser presentado antes del 31 de mayo de 1984. El trabajo realizado por este órgano permitió alcanzar un acuerdo acerca de las principales disposiciones de las tres Propuestas a excepción de cuatro cuestiones: en el ámbito de la Directiva de Fusiones, quedaba por resolver, por una parte, la problemática que, en materia de protección de los derechos de participación de los trabajadores, planteaba la posibilidad de que a través de un proceso de reorganización empresarial transfronteriza las sociedades pudiesen eludir el sistema de cogestión (*Mitbestimmung*) aplicado en Alemania y, por otra parte, la inclusión o no del canje de acciones en su ámbito de aplicación objetivo; en relación con la Directiva Matriz-Filial, quedaba pendiente la cuestión de la autorización a Alemania para seguir estableciendo una retención sobre los dividendos distribuidos a sociedades matrices en otros Estados miembros; mientras que, por lo que respecta al Convenio de arbitraje, los principales problemas se plateaban en relación con la jurisdicción del TJUE en este ámbito. En la reunión del Consejo de 4 de junio de 1984 se llegó a una solución de consenso en todos los puntos a excepción del establecimiento por Alemania de una retención en origen sobre las distribuciones de dividendos transfronterizas (*vid.* COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Compromise proposal from the Presidency. Tax measures to encourage co-operation between undertakings from different Member States*, Doc. N° 7676/84 – FISC 57, 4 June 1984, pp.1-2), lo que obligó a la Comisión a realizar una nueva propuesta de redacción del artículo 5 de la Directiva Matriz-filial con el fin de solucionar definitivamente esta cuestión y que pudieran adoptarse a la mayor brevedad posible los textos anteriormente mencionados, tal y como se volvía a exigir en el “Libro Blanco para la consecución del mercado interior” publicado en 1985 (sobre esta cuestión, *vid.* EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the Council. Fiscal measures aimed at encouraging cooperation between undertakings of different Member states*, COM (85) 360 final, 5 July 1985, pp.1-3; y COMMISSION EUROPÉENNE, *L’achèvement du marché intérieur. Livre blanc de la Commission à l’intention du Conseil européen*, COM (85) 310 final, 14 Juin 1985, p.37)

⁸⁶⁹ *Vid.* EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the Council and to the European Parliament. Guidelines on company taxation*, SEC (90) 601 final, 20 April 1990.

1996), así como en la adopción de normas europeas que optaban por una aproximación más limitada, tanto por su intensidad como por su amplitud, de los ordenamientos nacionales de los Estados miembros (p.ej. la Directiva 90/434/CEE o la Directiva 90/435/CEE).

En definitiva, si partimos de la falta de una base clara en el TCEE para acometer un proceso de aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en el campo de la imposición directa y le añadimos, por una parte, que la prioridad inicial de las instituciones comunitarias consistía en la integración del mercado de bienes y servicios (para lo cual resultaba esencial la armonización de la fiscalidad indirecta), y, por otra parte, el problema de la regla de la unanimidad⁸⁷⁰, no resulta difícil entender como la primera medida legislativa de naturaleza europea en este ámbito tardó casi veinte años en ver la luz desde la firma del Tratado de Roma⁸⁷¹, debiendo esperar más de treinta para contemplar la aprobación de dos Directivas europeas que realmente incidiesen en el Impuesto sobre Sociedades, aunque su finalidad quedase “limitada” a garantizar la neutralidad fiscal de las operaciones transfronteriza de reorganización empresarial y evitar la doble imposición en el marco de los repartos transfronterizos de dividendos.

⁸⁷⁰ Ciertamente, este problema se agravaba en relación con aquellas Propuestas de Directiva que, por su contenido, tenían un impacto considerable en la recaudación tributaria de los Estados Miembros lo que hacía casi imposible alcanzar la unanimidad necesaria para su aprobación (en este sentido, *vid.* TOMSETT, E., *op.cit.*, p.124; o SCHWARZ, J.S., “European commission Strategy for Company Taxation in the European Community”, *Bulletin for International Fiscal Documentation*, vol.56, nº5, 2002, p.218).

⁸⁷¹ Sobre esta cuestión, *vid.* VAN THIEL, S., *EU case law...*, *op.cit.*, pp.10-11).

CAPÍTULO V. LA CREACIÓN DE UN RÉGIMEN DE NEUTRALIDAD FISCAL PARA LAS OPERACIONES TRANSFRONTERIZAS DE REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL

1. Introducción

Como ya hemos tenido ocasión de apuntar, la firma del Tratado de Roma supuso un cambio trascendental no sólo en el ámbito político, sino también en el modo de concebir las relaciones jurídico-económicas entre los Estados miembros. La supresión de los derechos de aduana y otros obstáculos a las transacciones comerciales situó a las empresas europeas ante un nuevo escenario lleno de oportunidades de negocio, modernización y crecimiento. Ahora bien, la transición hacia un mercado común requería, en muchas ocasiones, que las empresas adaptasen sus estructuras productivas y organizacionales al nuevo contexto, ya fuera con la intención de acceder a otros mercados dentro del ámbito comunitario, o simplemente para defender la posición que ostentaban el mercado nacional (tradicionalmente protegido con diversas barreras de entrada) frente a empresas competidoras de otros Estados miembros e incluso de países terceros, habida cuenta de que, desde la firma del TCEE, se había ido produciendo un desembarco progresivo en Europa de empresas extranjeras atraídas por un mercado en clara expansión.

A menudo, estos cambios implicaban la necesidad de acometer procesos de reorganización de carácter doméstico, pero también de naturaleza transfronteriza, principalmente orientados a incrementar el tamaño de la empresa, y es que, en buena lógica, la creación de un mercado común europeo requería también de empresas de dimensión europea que, por una parte, pudiesen sacar el máximo provecho de la libre circulación de mercancías, personas, servicios, y capitales, y, por otra parte, estuviesen en condiciones de competir a nivel internacional con empresas de países terceros como Estados Unidos o Japón, pues no debemos perder de vista que, de forma paralela a la construcción del mercado común, se estaba desarrollando un importante proceso de intensificación del nivel de globalización de la economía mundial⁸⁷².

Sin embargo, si nos situamos en el contexto normativo de comienzos de la década de los sesenta, podría afirmarse que, con carácter general, la realización de una operación de reorganización empresarial de carácter transfronterizo constituía una misión casi imposible o, cuanto menos, muy gravosa para las partes interesadas debido fundamentalmente a los siguientes motivos: 1) desde la óptica del Derecho societario, algunas de estas operaciones o bien no estaban previstas en el ordenamiento interno o simplemente estaban prohibidas; 2) aun estando contempladas en el plano del Derecho

⁸⁷² De hecho, ya hemos apuntado que la competitividad frente al exterior, constituye una de las principales razones que tradicionalmente han impulsado los procesos de concentración empresarial (en este sentido, *vid.* ALONSO SOTO, R., *op.cit.*, p.770).

societario doméstico para supuestos internos, la introducción del elemento transfronterizo obligaba a acudir a las normas del Derecho internacional privado para determinar la validez o no de la operación, así como la legislación aplicable a la misma; y 3) desde la óptica fiscal, la falta de coordinación entre los ordenamientos nacionales de los diferentes Estados miembros se traducían en problemas de doble imposición, así como en el gravamen inmediato de las plusvalías latentes puestas de manifiesto como resultado de la operación.

De este modo, podría afirmarse que si introducimos en una coctelera la necesidad de las empresas nacionales de los diferentes Estados miembros de incrementar su tamaño para adaptarse a las nuevas condiciones de competencia europea e internacional como ingrediente fundamental, le añadimos las dificultades que presentaban en el ámbito mercantil y fiscal las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial tendentes a conseguir este objetivo (p.ej. fusiones), así como la existencia en la mayoría de Estados miembros de regímenes fiscales “especiales” de para supuestos de naturaleza estrictamente interna (que rara vez resultaban extensibles a operaciones de naturaleza transfronteriza)⁸⁷³, y lo agitamos todo, el resultado no es otro que una mezcla de la que se destilaba, por una parte, un fuerte incentivo para el surgimiento de los denominados “campeones nacionales”⁸⁷⁴ (que, a la larga, terminarían por crear una suerte de barrera de entrada y distorsionar la competencia en sus respectivos mercados) y, por otra parte, un importante riesgo para aquellas empresas nacionales que quedasen al margen de estos procesos de ser absorbidas o adquiridas por empresas de países terceros, aprovechándose de su mayor fortaleza económica y financiera. Ni que decir tiene que ninguna de estas consecuencias, puestas de manifiesto durante la década de los sesenta⁸⁷⁵, resultaba acorde con el espíritu del Tratado y la construcción del mercado interior.

⁸⁷³ A título de ejemplo, podría traerse a colación la ley italiana n° 170, de 18 de marzo de 1965, por cuanto establecía una serie de medidas fiscales de favor aplicables a fusiones y transformaciones societarias domésticas en materia de imposición directa e indirecta que, mediando el cumplimiento de una serie de requisitos, podían ser extendidas a operaciones de fusión transfronteriza en virtud de la Circular de 25 de octubre de 1965, n° 321530. Una buena aproximación al tratamiento fiscal privilegiado que los Estados miembros otorgaban, a finales de la década de los sesenta, no sólo a las operaciones de fusión, sino a otras operaciones de reorganización empresarial de naturaleza interna puede encontrarse en “Belgium: Taxation of mergers and similar transactions”, *European Taxation*, vol.8, n°6, 1968, pp.130-142; “France: Privileged tax treatment for mergers and similar transactions”, *European Taxation*, vol.8, 1968, n°4, pp.81-93; “Germany: Taxation of mergers and similar transactions”, *European Taxation*, vol.9, n°5, 1969, pp.93-101; “Italy: Privileged tax treatment for mergers and similar transactions”, *European Taxation*, vol.9, n°6, 1969, pp.134-141; y “Netherlands: Taxation of mergers”, *European Taxation*, vol.9, n°4, 1969, pp.70-79.

⁸⁷⁴ En este sentido, algunos autores han llamado la atención acerca de la existencia, especialmente durante la década de los sesenta, de una corriente de opinión en el ámbito político y empresarial de los diferentes Estados miembros que apostaba más decididamente por el incremento del grado de concentración empresarial a nivel interno como mecanismo para que sus respectivas empresas nacionales pudiesen competir en el incipiente mercado interior que por la eliminación de todos los obstáculos que dificultaban la formación de empresas de dimensión europea (vid. GARCÍA-DURÁN HUET, P., *op.cit.*, p.510).

⁸⁷⁵ Vid. COMMISSION EUROPÉENNE, *La politique industrielle de la Communauté. Memorandum de la Commission au Conseil*, COM (70) 100 final, 1970, p.92.

Ciertamente, las cuestiones anteriormente apuntadas no pasaban desapercibidas para las instituciones comunitarias que veían con buenos ojos, dentro de los límites impuestos por la garantía de una competencia efectiva respetuosa con la libertad de elección y de actividad de consumidores, proveedores y compradores, la creación de empresas de dimensión europea, sobre la base de que se vería reforzada su capacidad competitiva frente a las empresas de países terceros (ya fuera en el plano internacional o dentro del propio territorio comunitario), a la vez que permitirían a los consumidores de los diferentes Estados miembros disfrutar de las ventajas derivadas de la producción a gran escala y de la investigación científica y técnica⁸⁷⁶. Por tanto, pronto quedó de manifiesto la necesidad de abrir un profundo proceso de reflexión, tanto en el ámbito del Derecho societario como en el plano del Derecho tributario, que desembocase en la adopción de instrumentos normativos de naturaleza europea que contribuyesen a eliminar los obstáculos jurídico-fiscales existentes a aquellas operaciones transfronterizas de reorganización empresarial que permitiesen incrementar el tamaño de las empresas europeas, especialmente las fusiones entre sociedades de distintos Estados miembros⁸⁷⁷. En este sentido, conviene recordar que la fusión intra-europea de sociedades se concebía, sobre el papel, como un instrumento idóneo para incrementar el grado de concentración empresarial en la medida en que presentaba una serie de ventajas frente al otro mecanismo tradicional de concentración, la adquisición de participaciones, entre las que destacaba la posibilidad de obtener el control de la sociedad adquirida sin que se produjera un desembolso importante de efectivo en sede de la sociedad adquirente. No obstante, la adquisición de participaciones era el mecanismo más frecuentemente utilizado en la práctica debido a los problemas de índole jurídico-fiscal que afectaban a las fusiones transfronterizas, incluyendo su no reconocimiento por parte de las legislaciones societarias de algunos Estados miembros.

En el Capítulo II de este trabajo ya hemos abordado en profundidad los obstáculos a los que se enfrentaban las fusiones intra-europeas en el ámbito del Derecho societario y como, desde el año 1965, un grupo de expertos dirigidos por el profesor Goldman venía trabajando para dar forma a un Convenio que posibilitase la realización efectiva de estas operaciones en condiciones de seguridad jurídica y simplicidad comparables a las existentes en el ámbito puramente interno. En este sentido, podría decirse que el fallido “Proyecto de Convenio sobre fusiones internacionales de sociedades anónimas” de 1973⁸⁷⁸ constituyó el germen de un proceso de armonización en el que de forma progresiva, y no sin dificultades, se irían dando pequeños pasos en forma de normas europeas (p.ej. la Directiva 78/855/CEE o el Reglamento (CE) nº 2157/2001) que allanarían el camino para la aprobación, más de treinta años después, de la Directiva 2005/56/CE relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital.

⁸⁷⁶ En este sentido, *vid.* COMMISSION EUROPÉENNE, “Le problème de la concentration dans le marché commun”, *Études. Série concurrence*, nº3, 1966, pp.5-9.

⁸⁷⁷ De hecho, algunos autores han llegado a calificar las fusiones transfronterizas como “instrumentos de ventaja comparativa” (*vid.* NEARY, J.P., *op.cit.*, p.1246).

⁸⁷⁸ *Vid.* *Bulletin des Communautés Européennes, Supplément* nº13/1973, pp.1-28.

Sin embargo, y como puso de relieve en su momento el propio profesor Goldman, de nada serviría adoptar un instrumento jurídico comunitario que posibilitase las fusiones transfronterizas si al mismo tiempo no se eliminaban los obstáculos fiscales que, en la práctica, determinaban la imposibilidad de llevar a cabo dichas operaciones debido al coste adicional que añadían a su realización⁸⁷⁹. Ciertamente, estos obstáculos se presentaban tanto en el ámbito de la imposición directa como en el ámbito de la imposición indirecta⁸⁸⁰, si bien por su importancia en términos cuantitativos destacaban los primeros, especialmente aquéllos de naturaleza *ex ante* vinculados a las consecuencias tributarias de la propia operación para las partes implicadas en la misma en el momento de su realización⁸⁸¹. Por ello, en los siguientes epígrafes de este trabajo nos centraremos, por una parte, en analizar los obstáculos fiscales de este tipo que afectaban a las operaciones de reorganización empresarial en las que participaban sociedades de diferentes Estados miembros, para lo cual tomaremos como referencia las operaciones de fusión (al ser una figura jurídica conocida por las legislaciones nacionales de todos los Estados miembros desde los inicios del proyecto comunitario) y, por otra parte, en cómo las instituciones europeas intentaron eliminarlos a través de la configuración de un régimen de neutralidad fiscal en el ámbito de la imposición sobre la renta societaria, plasmado actualmente en la Directiva 2009/133/CE.

2. Análisis de los principales obstáculos en materia de imposición directa que afectaban negativamente a la realización de operaciones de reorganización empresarial en el ámbito transfronterizo

⁸⁷⁹ Vid. GOLDMAN, B., “Rapport concernant le...”, *op.cit.*, p.551. En una línea similar, algún autor llegaría a afirmar que la influencia del Derecho tributario podría convertir en “ilusoria” una armonización que se limitara exclusivamente al ámbito del Derecho societario (*vid.* GUYON, Y., *op.cit.*, p.246).

⁸⁸⁰ A título ilustrativo, podría traerse a colación el caso de Italia donde, a mediados de la década de los sesenta, una operación de fusión podía dar lugar, entre otros, a la exigencia de los siguientes tributos: 1) en relación con las plusvalías puestas de manifiesto como resultado de la operación, “Impuesto sobre las rentas del capital” (*Imposta sui redditi di Richezza Mobile*) e “Impuesto sobre Sociedades” (*Imposta sulle società*); 2) en relación con la aportación de bienes inmuebles, “Impuesto de Registro” (*Imposta di registro*), “Impuesto hipotecario” (*Imposta ipotecaria*), e “Impuesto catastral” (*Diritti catastali e di voltura*); y 3) en relación con la emisión de títulos, “Tasa de autorización gubernamental” (*Tassa sulle concessione governative*) e “Impuesto de timbre” (*Imposta di bollo*). Sobre esta cuestión, *vid.* “Italy: Privileged tax treatment for mergers and similar transactions”, *European Taxation*, vol.9, nº6, 1969, p.137.

⁸⁸¹ A este respecto cabría señalar como en el ámbito de otras operaciones de concentración empresarial, como adquisiciones de participaciones o canjes de acciones, cobraban relevancia otra serie de obstáculos de naturaleza *ex post*, vinculados al régimen fiscal de las entidades surgidas como resultado de la operación en cuestión, ya fuera un grupo de sociedades matrices y filiales o una sociedad *holding*, especialmente en relación con el gravamen de los beneficios distribuidos por las filiales a sus matrices o por lo que respecta al gravamen de las plusvalías derivadas de la venta de participaciones por parte de la sociedad *holding* (sobre esta cuestión, *vid.* KAUFFMAN, J., “Tax system for holding companies, investment companies and investment funds”, en THURSTON, H., *The EEC reports on Tax Harmonization*, IBFD, Amsterdam, 1963, pp.180-181; COMMISSION EUROPÉENNE, “Le problème de la concentration dans le marché commun”, *Études. Série concurrence*, nº3, 1966, pp.18-19; y COMMISSION EUROPÉENNE, “Programme d’harmonisation fiscale. Programme d’harmonisation des impôts directs”, *Bulletin de la Communauté économique européenne*, Supplément 8/1967, p.16).

2.1. La fusión de sociedades como ejemplo ilustrativo de la problemática que presentaban las operaciones de reorganización empresarial desde la óptica fiscal

2.1.1. En sede de la sociedad o sociedades transmitentes

Por lo que respecta a la fusión de sociedades como instrumento jurídico de reorganización empresarial podría afirmarse que, desde la óptica tributaria y en ausencia de disposiciones normativas específicas, el principal obstáculo a su realización residía en su elevado coste fiscal, habida cuenta de que la necesaria disolución de la sociedad o sociedades transmitentes determinaba una auténtica “avalancha impositiva”⁸⁸² que se concretaba en la imposición inmediata bajo el régimen general del Impuesto sobre Sociedades de los beneficios que no hubieran sido gravados (término anticipado del ejercicio fiscal en curso) y de las reservas y provisiones constituidas con exención total o parcial del impuesto, así como en la realización de las plusvalías latentes derivadas de la diferencia positiva entre el valor real (o “de mercado”) y el valor contable (o “en libros”) de los elementos patrimoniales transmitidos y puestas de manifiesto como resultado de la operación. En este sentido, conviene tener presente que el importe de dichas plusvalías podía ser muy elevado (especialmente si entre los elementos patrimoniales transmitidos figuraban inmuebles adquiridos varios años atrás y sometidos a una importante revalorización), de forma tal que la aplicación del régimen fiscal general se traduciría en la imposibilidad efectiva de llevar a cabo la operación de fusión debido a su elevado coste, más aún si tenemos en cuenta que en sede de la sociedad transmitente no se produciría entrada alguna de liquidez⁸⁸³. Evidentemente, dicho coste variaría en función del tipo impositivo aplicado en cada uno de los Estados miembros a las plusvalías (*capital gains*) puestas de manifiesto como resultado de la operación que, generalmente, solían coincidir con el tipo impositivo aplicado a los beneficios ordinarios de la sociedad (p.ej. en Países Bajos⁸⁸⁴), a excepción de algunos Estados miembros como Bélgica, Francia, o Irlanda, que aplicaban un tipo preferencial para gravar este tipo de ganancias patrimoniales⁸⁸⁵.

Por ello, no resulta extraño constatar como, ya en el año 1966, todos los Estados miembros disponían en sus respectivas legislaciones fiscales de medidas específicas dirigidas a mitigar el importante efecto disuasorio generado por el gravamen en sede de la sociedad o sociedades transmitentes de las plusvalías latentes en el momento de la realización de la operación y que podían consistir en: 1) la imposición de las mismas a un tipo reducido; 2) el fraccionamiento de la deuda fiscal a lo largo de varios años; o 3)

⁸⁸² De esta forma tan gráfica definía CHADEFAX, M., “La Directive Fusions: deuxième génération”, en AA.VV., *Liber Amicorum: Jacques Malherbe*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p.223, las consecuencias tributarias de las operaciones de fusión en sede de la sociedad o sociedades transmitentes.

⁸⁸³ Vid. DÜRRSCHMIDT, D., “Comprehensive Approaches to Company Taxation in the European Union and Cross-Border Corporate Reorganizations”, *Intertax*, vol.35, nº3, 2007, p.154.

⁸⁸⁴ En este sentido, vid. “Netherlands: Taxation of mergers”, *European Taxation*, vol.9, nº4, 1969, p.72.

⁸⁸⁵ Sobre esta cuestión, vid. VANISTENDAEL, F., “Taxation of corporate...”, *op.cit.*, p.902.

el diferimiento del gravamen inmediato de las plusvalías en sede de la sociedad transmitente, sujeto a determinadas condiciones, hasta el momento de su realización en sede de la sociedad absorbente o de la nueva sociedad constituida como resultado de la fusión (p.ej. debido a la posterior contabilización en libros de los elementos patrimoniales recibidos por su valor de mercado o debido a la transmisión de los mismos por parte de la sociedad beneficiaria)⁸⁸⁶. Sin embargo, con carácter general, estas soluciones sólo resultaban de aplicación a las fusiones de naturaleza doméstica⁸⁸⁷ pues parece comprensible que, aun cuando los problemas anteriormente mencionados también afectaban a las fusiones transfronterizas, los Estados miembros se mostrasen reticentes a adoptar cualquier tipo de régimen fiscal “especial” en relación con estas operaciones, especialmente el consistente en un sistema de diferimiento del gravamen de las plusvalías generadas.

Ciertamente, el Estado miembro de residencia de la sociedad que se disuelve y transmite sus activos a una sociedad no residente, por una parte, no vería en este tipo de operaciones beneficio alguno para sus sociedades nacionales, y, por otra parte, perdería, casi con total seguridad (y salvo que los elementos patrimoniales transmitidos quedasen vinculados a un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria localizado en su territorio), la posibilidad de gravar posteriormente las plusvalías diferidas⁸⁸⁸, a diferencia de lo que sucedía en los supuestos meramente internos donde, por una parte, la sociedad nacional resultante de la operación vería mejorados *a priori* sus niveles de productividad y competitividad, y, por otra parte, el Estado miembro de su residencia siempre podría proceder al gravamen de las plusvalías diferidas en el momento de realización del patrimonio recibido⁸⁸⁹. Asimismo, también se ha apuntado que, una vez

⁸⁸⁶ Por ejemplo, el artículo 15 de la ley francesa nº 65-566, de 12 de julio de 1965, relativa a la reforma de la imposición societaria y de los rendimientos de los capitales mobiliarios se inclinaba por el establecimiento de un sistema de diferimiento del gravamen de las plusvalías latentes de la sociedad transmitente puestas de manifiesto como resultado de la operación, si bien dejaba abierta la puerta a que la sociedad transmitente pudiese optar por la imposición inmediata a un tipo reducido del 10% de las plusvalías generadas a largo plazo por aquellos elementos patrimoniales susceptibles de amortización. En Alemania, también se optaba por un sistema de diferimiento de la tributación de las plusvalías puestas de manifiesto en la operación en sede de la sociedad transmitente, siempre que se cumplieran una serie de requisitos, a saber: 1) que la totalidad de activos y pasivos de la sociedad transmitente fuesen transmitidos a una sociedad residente; 2) que la sociedad beneficiaria emitiera nuevos títulos para entregar en contrapartida a los socios de la sociedad transmitente; 3) que la sociedad beneficiaria incorporase a su balance los activos y pasivos recibidos por su valor contable; y 4) que tanto la sociedad transmitente como la sociedad beneficiaria fuesen sociedades residentes en Alemania (sobre esta cuestión, *vid.* “Germany: Taxation of mergers and similar transactions”, *European Taxation*, vol.9, nº5, 1969, p.100).

⁸⁸⁷ En este sentido, *vid.* MONTAGNIER, G., “Harmonisation fiscale communautaire”, *op.cit.*, p.93.

⁸⁸⁸ Sobre esta cuestión, *vid.* COMMISSION EUROPÉENNE, “Le problème de la concentration dans le marché commun”, *Études. Série concurrence*, nº3, 1966, p.17; y ROELANS, J., *op.cit.*, p.96.

⁸⁸⁹ A este respecto, resulta ilustrativa la Exposición de Motivos del proyecto de ley francesa nº 65-566, de 12 de julio de 1965, relativa a la reforma de la imposición societaria y de los rendimientos de los capitales mobiliarios, donde se establecía que el sistema de diferimiento contemplado en el nuevo régimen fiscal de fusiones se aplicaría “a todas las operaciones en las que participen personas jurídicas u organismos que sean sujetos pasivos del impuesto de sociedades, cualquiera que sea su forma jurídica. En cambio, no podrán beneficiarse de este régimen las aportaciones realizadas a personas jurídicas extranjeras. Esta regla ya se aplicaba en materia de derechos de registro y será extendida al impuesto sobre sociedades al fin de evitar que las plusvalías relativas a los activos transmitidos puedan escapar definitivamente a toda imposición” (sobre esta cuestión, *vid.* DIBOUT, P., “Le régime fiscal français des fusions et opérations

completada la fusión transfronteriza, el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente perdería la facultad de establecer una retención en origen sobre los dividendos repartidos por dicha sociedad, lo cual podría resultar especialmente gravoso para sus intereses financieros en aquellos supuestos en los que ésta acumulase en su balance una importante cifra de beneficios no distribuidos⁸⁹⁰.

A título de ejemplo, podría señalarse como, en Francia, la absorción de una sociedad francesa por parte de una sociedad extranjera daba lugar al gravamen de los beneficios del ejercicio en curso al tipo ordinario del Impuesto sobre Sociedades (50%), así como al gravamen de las plusvalías latentes a un tipo que variaba en función de si éstas se consideraban generadas a largo plazo, en cuyo caso se aplicaba un tipo reducido del 10%, o a corto plazo, en cuyo caso se aplicaba el tipo normal del 50%, si bien el pago de la deuda tributaria podía fraccionarse a lo largo de un periodo de cinco años. Siguiendo una línea similar, en Alemania, la transmisión del patrimonio por parte de una sociedad nacional a una sociedad no residente en el marco de una operación de fusión daba lugar a la exigencia del Impuesto sobre Sociedades (*Körperschaftsteuer*) y del Impuesto sobre las Actividades Económicas (*Gewerbesteuer*) en relación con los beneficios y las plusvalías realizados a través de la operación⁸⁹¹. Asimismo, en Italia y Luxemburgo, la absorción de una sociedad nacional por parte de una sociedad extranjera también daba lugar al gravamen de las plusvalías latentes como si de beneficios ordinarios se tratara⁸⁹².

No obstante lo anterior, algunos Estados miembros como Francia o Italia, contemplaban en sus legislaciones domésticas la posibilidad de extender a las fusiones transfronterizas sus respectivos regímenes fiscales “especiales” previstos para las fusiones de naturaleza interna. Así, en Francia, las fusiones transfronterizas podían beneficiarse del sistema de diferimiento cuando éstas hubiesen sido previamente autorizadas por el Ministro de Economía y Finanzas, visto el informe emitido por el Comisariado General de Planificación y Productividad, y siempre que los elementos patrimoniales transferidos a la sociedad extranjera permaneciesen en Francia; mientras que, en Italia, la extensión, con algunos matices, del régimen de neutralidad fiscal que operaba a nivel doméstico quedaba condicionado a que la sociedad absorbente mantuviese un establecimiento permanente en su territorio cuya contabilidad se llevase de forma separada y al que deberían quedar vinculados los elementos patrimoniales transmitidos susceptibles de generar una plusvalía (p.ej. inmuebles, instalaciones, o terrenos)⁸⁹³. Ciertamente, estos planteamientos se alineaban con el criterio que la Comisión Europea había esgrimido ya desde mediados de la década de los sesenta al afirmar que “la fusión de dos compañías, ya sea en el plano nacional o internacional, no

assimilées sous la lumière de la Directive du 23 juillet 1990”, *Revue de Droit Fiscal*, vol.54, n°27, 2002, p.995).

⁸⁹⁰ En este sentido, *vid.* VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.122.

⁸⁹¹ Sobre esta cuestión, *vid.* “Germany: Taxation of mergers and similar transactions”, *European Taxation*, vol.9, n°5, 1969, p.100.

⁸⁹² En relación con el caso italiano, *vid.* “Italy: Privileged tax treatment for mergers and similar transactions”, *European Taxation*, vol.9, n°6, 1969, p.136.

⁸⁹³ Sobre esta cuestión, *vid.* ROELANS, J., *op.cit.*, pp.81-85.

supone generalmente la realización de plusvalías sino simplemente una nueva clasificación jurídica de los activos, por lo que la imposición en el momento de la fusión debería ser abolida”⁸⁹⁴.

Asimismo, no conviene perder de vista que, aunque por regla general el gravamen de las plusvalías generadas en sede de la sociedad transmitente correspondía al Estado miembro donde dicha sociedad tenía fijada su residencia fiscal, no podía excluirse que otros Estados miembros, de acuerdo con lo establecido en sus respectivas normativas tributarias, reclamasen sus derechos impositivos como Estado de la fuente sobre aquellas plusvalías generadas en su territorio, lo que podía dar lugar a supuestos de doble imposición⁸⁹⁵. A este respecto, cabría señalar como los CDIs suscritos entre los diferentes Estados miembros podían contribuir a mitigar (o, según el caso, eliminar) las consecuencias negativas para la realización de operaciones de fusión derivadas de esta dimensión del problema en sede de la tributación de la sociedad o sociedades transmitentes⁸⁹⁶.

Por otra parte, un obstáculo adicional que podía presentarse a las fusiones transfronterizas pivotaba sobre el posible gravamen del remanente de liquidación (*boni de liquidation* o *liquidation surplus*). A este respecto cabría señalar como, en el ámbito interno, los Estados miembros optaban por no gravar el remanente de liquidación en supuestos de fusión en la medida en que no se producía un reparto de los activos societarios entre los socios sino que el remanente de liquidación se entendía transmitido a la sociedad beneficiaria con diferimiento de la tributación y era posteriormente gravado en el momento de disolución de esta última. Ciertamente, y en la medida en que la mayoría de Estados miembros trataban el remanente de liquidación como un rendimiento del capital mobiliario (dividendo) susceptible de gravamen en sede de los socios, *a priori* no existían problemas para la extensión del planteamiento anteriormente mencionado a las fusiones transfronterizas ya que, con carácter general, el Estado miembro de residencia de la sociedad absorbida siempre podría gravar el remanente de liquidación en el momento de disolución de la sociedad absorbente no residente si éste se repartía entre socios residentes en su territorio, ya fuesen éstos personas físicas o jurídicas y aun cuando el Estado miembro de residencia de la sociedad absorbente aplicase una retención en origen. Sin embargo, en Estados miembros como Bélgica, que optaba por gravar el remanente de liquidación en sede de la propia sociedad disuelta,

⁸⁹⁴ Vid. EUROPEAN COMMISSION, “Memorandum by the Commission of the European Economic Community on the Establishment of European Companies”, SEC (66) 1250, 22 April 1966, *Bulletin of the European Economic Community*, Supplement n°9-10/1966, p.11.

⁸⁹⁵ A este respecto, conviene señalar que los problemas de doble imposición no se agotaban en el momento de realización de la operación sino que también podían surgir con posterioridad a la misma, especialmente si tenemos en cuenta que, con carácter general, las fusiones transfronterizas darán lugar al surgimiento de un establecimiento permanente en el Estado miembro de la sociedad transmitente a través del cual la sociedad beneficiaria no residente seguiría desarrollando sus actividades en dicho Estado y generando rentas susceptibles de imposición sobre las cuales podrían reclamar sus derechos de gravamen el Estado miembro donde estuviese localizado el establecimiento permanente y el Estado miembro de residencia de la sociedad de la que depende (en este sentido, *vid.* GOLDMAN, B., “Rapport concernant le...”, *op.cit.*, p.470).

⁸⁹⁶ Sobre esta cuestión, *vid.* LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., HERRERA MOLINA, P., *op.cit.*, pp.34-35.

esta posibilidad quedaba vedada de forma tal que la realización de una fusión transfronteriza en la que la sociedad absorbente no tuviese su residencia fiscal en Bélgica determinaba el gravamen inmediato del remanente de liquidación a través de la denominada “*cotisation spéciale*”, con independencia de que los activos de la sociedad transmitente permaneciesen o no en territorio belga⁸⁹⁷.

Por último, no conviene perder de vista que en aquellos supuestos en los que, de acuerdo con lo establecido en la normativa fiscal del Estado miembro de su residencia, una sociedad tuviese deducciones fiscales pendientes de aplicación o bases imponibles negativas de ejercicios anteriores pendientes de compensación, su participación en una fusión transfronteriza como sociedad transmitente determinaría la pérdida de estos derechos por cuanto el Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria no permitiría que dicha sociedad redujese su base imponible con pérdidas no compensadas o deducciones pendientes de aplicar procedentes de otra jurisdicción⁸⁹⁸. Ciertamente, esto podía suponer un elemento de “desventaja comparativa” para las fusiones transfronterizas frente a las fusiones de naturaleza interna, en la medida en que en el marco de estas últimas existía la posibilidad de que los Estados miembros adoptasen disposiciones específicas tendentes a permitir que, con arreglo a determinadas normas, la sociedad beneficiaria se subrogase en el derecho a la compensación de bases imponibles negativas (tal y como sucedía, por ejemplo, en Italia⁸⁹⁹) y a la aplicación de las deducciones pendientes procedentes de las entidades transmitentes, salvo en supuestos de fraude o abuso.

2.1.2. En sede de la sociedad beneficiaria

Desde la óptica de la sociedad beneficiaria (absorbente o de nueva creación), lo cierto es que las operaciones de fusión no planteaban mayores inconvenientes en el plano fiscal, especialmente si dicha sociedad no ostentaba títulos representativos del capital social de la sociedad transmitente o viceversa. A este respecto, se ha apuntado que, con carácter general, la denominada “prima de fusión”, que surge como resultado de la diferencia positiva entre el valor neto real de los elementos patrimoniales transmitidos y la cifra de capital nominal a emitir por parte de la sociedad beneficiaria (siempre que no se entreguen títulos propios en contrapartida), incorporándose en los

⁸⁹⁷ Sobre esta cuestión, *vid.* COMMISSION EUROPÉENNE, “Programme d’harmonisation fiscale. Programme d’harmonisation des impôts directs”, *Bulletin de la Communauté économique européenne*, Supplément 8/1967, pp.16-17; y “Belgium: Taxation of mergers and similar transactions”, *European Taxation*, vol.8, n°6, 1968, p.132.

⁸⁹⁸ Sobre esta cuestión, *vid.* VANISTENDAEL, F., “Taxation of corporate...”, *op.cit.*, pp.904-905; o DÜRRSCHMIDT, D., *op.cit.*, p.156.

⁸⁹⁹ En este sentido, *vid.* “Italy: Privileged tax treatment for mergers and similar transactions”, *European Taxation*, vol.9, n°6, 1969, p.137. Por el contrario, la legislación fiscal belga no permitía el traslado de pérdidas pendientes de compensación desde la sociedad absorbida hacia la sociedad absorbente ni siquiera en el ámbito de operaciones de fusión de naturaleza doméstica (*vid.* “Belgium: Taxation of mergers and similar transactions”, *European Taxation*, vol.8, n°6, 1968, p.133).

fondos propios de la sociedad beneficiaria como una reserva, y que actúa a modo de mecanismo de protección de los accionistas preexistentes de la sociedad beneficiaria frente a la dilución o pérdida de valor de sus títulos (al no existir derecho de suscripción preferente), no estaba sometida a gravamen alguno por parte de los diferentes Estados miembros⁹⁰⁰.

Sin embargo, en aquellos supuestos en los que o bien la sociedad beneficiaria participaba en el capital de la sociedad o sociedades transmitentes, o bien la sociedad o sociedades transmitentes ostentan una participación en el capital social de la sociedad beneficiaria, podían surgir algunos obstáculos fiscales a la operación tanto desde una óptica interna como a nivel transfronterizo. De este modo, si la sociedad beneficiaria poseía una participación en el capital social de la sociedad transmitente, como resultado de la operación de fusión dichos títulos debían anularse o bien ser intercambiados por títulos de la propia sociedad beneficiaria, siempre, claro está, que la legislación del Estado miembro en cuestión permitiese la “autocartera”, tal y como sucedía en Alemania o Luxemburgo⁹⁰¹. En el caso contrario, si la sociedad transmitente poseía una participación en el capital social de la sociedad beneficiaria, ésta debería proceder a la anulación de los títulos propios recibidos o bien mantenerlos en “autocartera”. Por tanto, el principal problema que se planteaba en el plano tributario pivotaba, no sólo sobre el surgimiento de una plusvalía sujeta a tributación en sede de la sociedad beneficiaria, bien con motivo de la anulación de su participación en el capital de la sociedad transmitente (por la diferencia positiva entre el valor neto contable del conjunto patrimonial transmitido y el valor contable de su participación en la sociedad transmitente) o de sus propios títulos recibidos de la sociedad transmitente, o bien como resultado del intercambio de los títulos representativos del capital social de la sociedad transmitente por títulos representativos de su propio capital social, sino también sobre la posibilidad de que dicha plusvalía fuese gravada en sede de la sociedad transmitente en el momento de la aportación, produciéndose el temido fenómeno de la doble imposición⁹⁰².

Ciertamente, en el ámbito interno, estas dificultades podían solucionarse con relativa facilidad a través de la introducción de normas fiscales específicas en el sistema del Impuesto sobre Sociedades de los respectivos Estados miembros, tal y como muestra la ley francesa nº 65-566, de 12 de julio de 1965, relativa a la reforma de la imposición societaria y de los rendimientos de los capitales mobiliarios⁹⁰³, cuyo artículo 15 establecía que las eventuales plusvalías puestas de manifiesto en sede de la sociedad

⁹⁰⁰ En este sentido, *vid.* COMMISSION EUROPÉENNE, “Programme d’harmonisation fiscale. Programme d’harmonisation des impôts directs”, *Bulletin de la Communauté économique européenne*, Supplément 8/1967, p.17.

⁹⁰¹ No obstante, otros Estados miembros como Bélgica o Italia, se mostraban contrarios a esta posibilidad (sobre esta cuestión, *vid.* ROELANS, J., *op.cit.*, pp.90-91).

⁹⁰² En este sentido, *vid.* COMMISSION EUROPÉENNE, “Programme d’harmonisation fiscale. Programme d’harmonisation des impôts directs”, *Bulletin de la Communauté économique européenne*, Supplément 8/1967, p.17.

⁹⁰³ *Loi n° 65-566 du 12 juillet 1965 modifiant l'imposition des entreprises et des revenus de capitaux mobiliers* (JORF 13 juillet 1965).

beneficiaria como resultado de la anulación de los títulos propios recibidos de la sociedad transmitente o que correspondiesen a sus derechos en la sociedad transmitente no serían gravadas en el momento de realización de la operación, mediando el cumplimiento de una serie de requisitos. Ahora bien, cuando nos trasladábamos al plano transfronterizo la situación cambiaba considerablemente ya que, con la excepción de Francia, que permitía la aplicación de la regla anteriormente mencionada a las fusiones transfronterizas autorizadas por el Ministro de Economía y Finanzas, las plusvalías surgidas de la anulación o intercambio de títulos en este tipo de supuestos resultaban inmediatamente sujetas a tributación, constituyendo un obstáculo adicional a la realización de estas operaciones.

2.1.3. En sede de los socios de la sociedad o sociedades transmitentes

Si nos desplazamos ahora al ámbito de los socios de la sociedad transmitente, el principal obstáculo a las operaciones de fusión se planteaba en relación con el gravamen por parte del Estado miembro en el que tenían su residencia fiscal de la posible plusvalía surgida como resultado del intercambio de sus títulos en el capital social de la sociedad transmitente contra los títulos de la sociedad beneficiaria que ésta les entregaba en contrapartida por el conjunto patrimonial recibido de la sociedad transmitente. Dicha plusvalía se generaría en aquellos supuestos en los que el valor de mercado de los títulos recibidos fuese superior al valor contable de los títulos ostentados en el capital de la sociedad transmitente. A este respecto, cabría señalar que la cuestión del gravamen de la transmisión de los títulos en manos de los socios de la sociedad transmitente solía depender fundamentalmente de dos factores: 1) la naturaleza jurídica de los socios (persona física v. persona jurídica); y 2) el motivo por el que éstos mantenían su participación en el capital de la sociedad en cuestión (inversión privada v. fines empresariales). De este modo, y a pesar de las peculiaridades propias de las legislaciones fiscales domésticas de los diferentes Estados miembros, podría decirse que, con carácter general, siempre que los títulos se mantuviesen con fines empresariales (aspecto que la mayoría de sistemas fiscales nacionales presumía tratándose de sociedades), el Estado miembro de residencia del socio de la sociedad transmitente procedía al gravamen de las plusvalías generadas por el intercambio de títulos siguiendo, a grandes rasgos, las normas aplicables para el cálculo de las plusvalías derivadas de la transmisión de otros activos⁹⁰⁴.

A título de ejemplo, podría traerse a colación el caso de Alemania donde, tratándose de personas físicas que mantenían una participación en una determinada sociedad con fines de inversión privada, la regla general consistía en la no tributación de las plusvalías derivadas de la transmisión de sus títulos salvo que: 1) la transacción fuese calificada de especulativa; 2) el conjunto de títulos constituyese un “participación

⁹⁰⁴ Sobre esta cuestión, *Vid.* VANISTENDAEL, F., “Taxation of corporate...”, *op.cit.*, pp.902-903.

sustancial”; o 3) la plusvalía fuese considerada como parte de una operación comercial. Por el contrario, si los títulos eran mantenidos con fines empresariales por parte de una persona física o la condición de socio recaía en una persona jurídica (con independencia de la finalidad por la que ésta mantenía sus títulos), la regla general consistía en el gravamen de las plusvalías surgidas por la diferencia positiva entre el valor de los títulos y/o efectivo recibido a cambio de los títulos mantenidos en la sociedad en cuestión y el valor contable de estos últimos. Sin embargo, en el marco de operaciones de fusión internas acogidas al régimen especial de neutralidad fiscal, los socios de la sociedad transmitente podían beneficiarse de un sistema de diferimiento de la tributación de las plusvalías surgidas en el proceso de intercambio de títulos de la sociedad transmitente por títulos de la sociedad beneficiaria siempre que incorporasen a sus balances los títulos recibidos en el capital de la sociedad beneficiaria por el mismo valor por el que tenían contabilizados los títulos de la sociedad transmitente⁹⁰⁵.

Por otra parte, conviene tener presente que también cabía la posibilidad de que la plusvalía generada en el intercambio de títulos fuese tratada por el Estado miembro en cuestión como un dividendo, lo que conllevaría la aplicación de su régimen respectivo de tributación. Tal era el caso de Italia, donde el intercambio de títulos de la sociedad transmitente por títulos de la sociedad beneficiaria y una posible compensación complementaria en efectivo podía dar lugar a la realización de un dividendo imponible en sede de los socios de la sociedad transmitente, pudiendo distinguirse los siguientes supuestos: 1) si el valor nominal de los títulos de la sociedad beneficiaria recibidos en contrapartida fuese superior al valor nominal de los títulos poseídos en el capital social de la sociedad transmitente, se generaría un dividendo imponible en acciones (*stock dividend*) por la diferencia entre los respectivos valores nominales al que habría que añadir un posible dividendo imponible ordinario surgido de la compensación en efectivo complementaria percibida por el socio de la sociedad transmitente; 2) si el valor nominal de los títulos de la sociedad beneficiaria recibidos en contrapartida fuese inferior al valor nominal de los títulos poseídos en el capital social de la sociedad transmitente, se generaría un dividendo imponible por la diferencia entre el valor nominal de los títulos poseídos en el capital de la sociedad transmitente y la suma del valor nominal de los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria más la compensación recibida en efectivo, si bien en este tipo de supuestos existía una cierta ambigüedad acerca de si la citada diferencia debía ser tratada fiscalmente como un dividendo ordinario en su conjunto, o realizar una distinción entre la existencia de un dividendo ordinario (por la compensación en efectivo) y una pérdida de capital (por la diferencia negativa entre los valores nominales). Asimismo, y en relación con el caso italiano, conviene señalar que, a diferencia de lo que sucedía en Alemania, la anteriormente citada Ley nº 170, de 18 de marzo de 1965, no establecía medida fiscal alguna que

⁹⁰⁵ Sobre esta cuestión, *vid.* “Germany: Taxation of mergers and similar transactions”, *European Taxation*, vol.9, nº5, 1969, pp.98-100.

“aliviase” las consecuencias tributarias de las operaciones de fusión para los socios de la sociedad transmitente⁹⁰⁶.

En Bélgica, la regla general consistía en el no gravamen de las posibles plusvalías surgidas en forma de dividendos en sede de los socios personas físicas de la sociedad transmitente como resultado de la atribución de títulos de la sociedad beneficiaria, siempre que su participación en la sociedad transmitente fuese mantenida con fines de inversión privada y con independencia de que la operación de fusión en cuestión pudiese acogerse al régimen fiscal especial de diferimiento del gravamen de la “plusvalía de liquidación”. No obstante, si los títulos en la sociedad transmitente eran mantenidos con fines empresariales, se procedía al gravamen de las plusvalías derivadas de la diferencia entre el valor por el que figuraban en libros los títulos de la sociedad transmitente y el valor de mercado de los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria, ya fuera al tipo ordinario y progresivo del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o a través de la aplicación de un régimen preferencial que incluía la aplicación de un tipo reducido del 15%, en función de si la antigüedad de los títulos transmitidos era, respectivamente, inferior o superior a cinco años.

Ahora bien, tratándose de una operación de fusión a la que resultase de aplicación el régimen especial, la legislación fiscal belga establecía el diferimiento de la tributación de las posibles plusvalías hasta el momento de la transmisión posterior de los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria, siempre que éstos hubiesen sido incorporados al balance del negocio titularidad del socio por el valor fiscal por el que figuraban los títulos de la sociedad transmitente. A este respecto, es importante señalar como esta medida también resultaba aplicable en el ámbito transfronterizo, y más en concreto, en aquellos supuestos en los que el socio intercambiaba sus títulos de una sociedad transmitente no residente en territorio belga por títulos de una sociedad beneficiaria residente o no residente. Por el contrario, si se trataba de una operación de fusión no cubierta por el régimen fiscal especial, la normativa belga establecía, ya no el diferimiento de la tributación, sino la completa exención de gravamen de las plusvalías derivadas del intercambio de títulos, al permitir la incorporación de los títulos de la sociedad beneficiaria por su valor de mercado sin que la diferencia existente con el valor fiscal de los títulos de la sociedad transmitente diese lugar a ningún tipo de gravamen.

Por otra parte, si la condición de socio de la sociedad transmitente recaía sobre una persona jurídica, la regla general consistía en el gravamen de las plusvalías derivadas del intercambio de títulos del mismo modo que si se tratase de una percepción de dividendos, si bien, como regla general, el socio persona jurídica podía deducir de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades el 95% de la diferencia entre el valor en libros de sus títulos en la sociedad transmitente y el valor de mercado de los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria. En todo caso, y tratándose de supuestos internos,

⁹⁰⁶ Sobre esta cuestión, *vid.* “Italy: Privileged tax treatment for mergers and similar transactions”, *European Taxation*, vol.9, nº6, 1969, pp.137 y 140.

si la operación de fusión quedase cubierta por el régimen especial, el socio persona jurídica podría beneficiarse de un diferimiento del gravamen de la plusvalía hasta el momento de transmisión ulterior de los títulos de la sociedad beneficiaria, siempre que los mismos fuesen incorporados a su balance por el valor en libros que tenían sus títulos en el capital de la sociedad transmitente⁹⁰⁷.

Por lo que respecta a los Países Bajos, cabría señalar con carácter previo que, en las fusiones empresariales propiamente dichas, los títulos de la sociedad beneficiaria no eran entregados directamente a los socios de la sociedad transmitente sino a la propia sociedad que posteriormente se liquidaba y entregaba a sus socios los títulos de la sociedad beneficiaria como cuota de liquidación. Partiendo de esta base, y tratándose de socios personas físicas que mantenían su participación en el capital de la sociedad transmitente con fines de inversión privada o con fines empresariales, la regla general consistía en el gravamen del denominado “dividendo de liquidación” (diferencia entre el cuota de liquidación percibida y el capital aportado a la sociedad), con una retención en sede de la sociedad transmitente del 25% (tanto para socios residentes como para socios no residentes, sin perjuicio, en este último caso, de la aplicación de lo establecido en el correspondiente CDI). Asimismo, y tratándose de socios residentes en los Países Bajos, el citado “dividendo de liquidación” era gravado por el Impuesto sobre la Renta Personal, pudiendo deducirse la retención aplicada en sede de la sociedad transmitente. Si, por el contrario, se trataba de socios no residentes en los Países Bajos, en principio, el “dividendo de liquidación” sólo estaría sujeto a la retención del 25%, salvo que estos ostentaran una “participación sustancial” en el capital de la sociedad neerlandesa transmitente, supuesto en el que dicho dividendo sería también gravado por el Impuesto sobre la Renta Personal con la posibilidad de deducirse la retención practicada previamente. No obstante, si los títulos formaban parte de los activos empresariales de un negocio llevado a cabo por un socio residente o por el establecimiento permanente en Países Bajos de un socio no residente, la regla general consistía en el gravamen del “dividendo de liquidación” por el Impuesto sobre la Renta Personal del socio, si bien existía la posibilidad de incorporar los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria por el valor que tenían los títulos de la sociedad transmitente y, de este modo, diferir la tributación hasta el momento de transmisión ulterior de los títulos de la sociedad beneficiaria. Asimismo, si la condición de socio recaía en una sociedad residente que era titular del 25% o más del capital social de la sociedad transmitente (o incluso de una participación inferior si así lo autorizaba el Ministro de Finanzas), el “dividendo de liquidación” resultaba exento del Impuesto sobre Sociedades⁹⁰⁸.

Ciertamente, a la vista de estas consideraciones no resulta difícil vislumbrar como el citado gravamen de las plusvalías en sede de los socios de la sociedad transmitente (ya fuera como plusvalías ordinarias o como dividendos) podía traducirse

⁹⁰⁷ Sobre esta cuestión, *vid.* “Belgium: Taxation of mergers and similar transactions”, *European Taxation*, vol.8, nº6, 1968, pp.136-138.

⁹⁰⁸ Sobre esta cuestión, *vid.* “Netherlands: Taxation of mergers”, *European Taxation*, vol.9, nº4, 1969, pp.76-77.

en un claro incentivo para su oposición en la Junta General que debiera decidir sobre la realización de la operación de fusión (especialmente los accionistas mayoritarios⁹⁰⁹), más aun si tenemos en cuenta que la cuantía de una posible compensación en efectivo a percibir por dichos socios junto con la entrega de títulos de la sociedad beneficiaria, y que serviría para ayudarles a afrontar el pago del correspondientes impuesto, podría encontrarse limitada por las respectivas legislaciones societarias de los Estados miembros⁹¹⁰. De este modo, operaciones de fusión que resultarían objetivamente ventajosas para la sociedad (y sus socios) a largo plazo podrían verse finalmente frustradas por una cuestión de naturaleza estrictamente fiscal.

Por otra parte, no conviene perder de vista que, en el plano transfronterizo, la problemática anteriormente descrita podía complicarse habida cuenta de que, con carácter general, los posibles regímenes “especiales” previstos por las legislaciones fiscales domésticas en relación con las plusvalías puestas de manifiesto en sede de los socios no resultaban de aplicación en este ámbito (tal y como sucedía en Alemania). A este respecto, cabría señalar que, si bien el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente podía conservar sin mayores dificultades sus derechos de gravamen sobre las plusvalías latentes puestas en manos de los socios de dicha sociedad residentes en su territorio, no sucedía lo mismo cuando se trataba de socios residentes en otros Estados miembros⁹¹¹. Sin embargo, es importante tener presente que algunos Estados miembros contemplaban en sus respectivas legislaciones fiscales domésticas la posibilidad de gravar las plusvalías obtenidas por accionistas no residentes derivadas de la transmisión de sus participaciones en sociedades residentes, lo que podía dar lugar a supuestos de doble imposición que debían ser mitigados a través de la red de CDIs suscritos entre los diferentes Estados miembros⁹¹².

2.2. Extensión de los obstáculos fiscales que afectaban a las operaciones de fusión a otras operaciones de reorganización empresarial

A lo largo de los epígrafes anteriores de este trabajo hemos señalado los principales obstáculos que, desde la óptica de la imposición directa, afectaban a la realización de operaciones de fusión entre sociedades de diferentes Estados miembros, muchos de los cuales eran compartidos con las fusiones de naturaleza doméstica,

⁹⁰⁹ En este sentido, *vid.* COMMISSION EUROPÉENNE, “Programme d’harmonisation fiscale. Programme d’harmonisation des impôts directs”, *Bulletin de la Communauté économique européenne*, Supplément 8/1967, p.17.

⁹¹⁰ A este respecto podría traerse a colación el caso de Alemania, donde la Ley de Sociedades de Anónimas (*Aktiengesetz*) de 6 de septiembre de 1965, en su sección 344 (2), limitaba a un 10% del valor nominal de los títulos emitidos por la sociedad beneficiaria la cuantía de compensación complementaria en efectivo que podían percibir los socios de la sociedad transmitente en las operaciones de fusión empresarial propiamente dichas (*vid.* “Germany: Taxation of mergers and similar transactions”, *European Taxation*, vol.9, nº5, 1969, p.95).

⁹¹¹ En este sentido, *vid.* VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.122.

⁹¹² En este sentido, *vid.* LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., HERRERA MOLINA, P., *op.cit.*, p.35.

mientras que otros surgían como resultado de la introducción del elemento transfronterizo en la operación. Por lo que respecta a otras operaciones de reorganización empresarial que implican cambios patrimoniales a nivel de las sociedades participantes, como escisiones y aportaciones de activos, e incluso a aquellas que tan sólo conllevan un cambio en la estructura de su accionariado, como los canjes de acciones, podría afirmarse que, en la medida en que comparten determinados elementos comunes con las operaciones de fusión se enfrentaban a obstáculos de similar naturaleza en función de la característica compartida.

De este modo, aquellas operaciones de reorganización empresarial que determinaban la disolución de la sociedad transmitente y que suponían un intercambio de títulos en manos de sus socios, como era el caso de las escisiones totales, se enfrentaban a todos los obstáculos fiscales anteriormente descritos en el ámbito de la sociedad transmitente, de la sociedad beneficiaria y de los socios de la sociedad transmitente, tanto en el plano interno como a nivel transfronterizo.

Por su parte, las operaciones de reorganización empresarial que no determinaban la disolución de la sociedad transmitente veían desaparecer el obstáculo fiscal que suponía en sede de la sociedad transmitente la imposición de los beneficios no gravados hasta el momento de realización de la operación. Sin embargo, en la medida en que en el marco de dichas operaciones se produjera una transmisión de elementos patrimoniales, tal y como sucedía en las escisiones parciales o en las aportaciones de activos (totales o parciales), emergería la problemática vinculada al gravamen inmediato de las plusvalías latentes puestas de manifiesto como resultado de la operación y derivadas de la diferencia positiva entre el valor real y el valor contable de los elementos patrimoniales transmitidos⁹¹³. Asimismo, también podría plantear problemas la transmisión desde la sociedad transmitente a la sociedad o sociedades beneficiarias del derecho a la compensación de bases imponibles negativas o a la aplicación de deducciones fiscales vinculadas específicamente al conjunto patrimonial transmitido, especialmente en el ámbito transfronterizo. Sin embargo, en el marco de estas operaciones, lo cierto es que los obstáculos señalados en el ámbito de las fusiones derivados del intercambio o anulación de títulos en aquellos supuestos en los que la sociedad beneficiaria participaba en el capital de la sociedad transmitente o viceversa no resultaban tan relevantes. Por ejemplo, en aquellos supuestos de aportaciones de activos en los que la sociedad beneficiaria participase en el capital social de la sociedad transmitente, la primera podría mantener su participación en la segunda con posterioridad la operación sin que surgiese ninguna plusvalía gravable habida cuenta de que la sociedad transmitente no se disolvería con posterioridad a la operación. En el caso contrario, y tratándose de una aportación parcial de activos, lo lógico es que los títulos que la sociedad transmitente poseía en el capital social de la sociedad beneficiaria no formasen parte del conjunto patrimonial transmitido⁹¹⁴. Ahora bien,

⁹¹³ En este sentido, *vid.* COMMISSION EUROPÉENNE, *La politique industrielle de la Communauté. Memorandum de la Commission au Conseil*, COM (70) 100 final, 1970, p.39.

⁹¹⁴ En este sentido, *vid.* EUROPEAN TAXATION, *op.cit.*, p.156.

tratándose de escisiones parciales en las que la sociedad beneficiaria participase en el capital social de la sociedad transmitente, o bien en aquellos supuestos de aportación global de activos o escisión parcial/aportación parcial de activos en los que la sociedad transmitente participase en el capital social de la sociedad beneficiaria y dichos títulos formasen parte del conjunto patrimonial transmitido podrían plantearse algunos problemas si la legislación del Estado miembro en cuestión no permitiese la tenencia de “autocartera”.

En relación con los obstáculos que podrían plantearse en sede de los socios de la sociedad transmitente, habría que distinguir entre dos supuestos: 1) en primer lugar, estarían las operaciones en las que se produce un intercambio de títulos en manos de los socios de la sociedad transmitente, como las escisiones parciales, que se verían afectadas por la problemática que plantea el gravamen de las posibles plusvalías derivadas del canje de sus títulos en el capital social de la sociedad transmitente contra los títulos de la sociedad beneficiaria entregados en contrapartida, principalmente por parte del Estado miembro de residencia de los socios pero sin excluir la posibilidad de que el Estado miembro de residencia de la sociedad cuyos títulos son transmitidos pudiera reclamar derechos de gravamen sobre los mismos de acuerdo con lo establecido en su legislación fiscal doméstica; y 2) en segundo lugar, tendríamos operaciones en las que no se produce un intercambio de títulos en manos de los socios de la sociedad transmitente sino que los títulos de la sociedad beneficiaria son entregados directamente a la sociedad transmitente y no a sus socios, como las aportaciones totales o parciales de activos, y que, por tanto, no se verían afectadas por el obstáculo fiscal ligado al gravamen de las plusvalías señalado en el supuesto anterior⁹¹⁵.

Por último, cabría referirse a aquellas operaciones de reorganización empresarial que no conllevaban la realización de una transmisión de elementos patrimoniales que alterase la estructura misma de las sociedades participantes sino que tan sólo alteraban la estructura accionarial de las mismas, como los canjes de acciones. A este respecto, y más allá de toda la problemática que presentaba el régimen fiscal aplicable al posterior reparto de dividendos de la sociedad adquirida a la sociedad adquirente, cabría señalar que los obstáculos fiscales a los que tenían que hacer frente estas operaciones en el momento de su realización se concentraban en el gravamen inmediato de las posibles plusvalías (ya fuera de modo similar a las plusvalías derivadas de la transmisión de otro tipo de activos o como dividendos) surgidas en sede de los socios de la sociedad adquirida como resultado del intercambio de sus títulos en el capital social de dicha sociedad por títulos en el capital social de la sociedad adquirente acompañados, en su caso, de una compensación complementaria en efectivo.

Por tanto, en líneas generales, resulta de aplicación en este ámbito lo expuesto anteriormente cuando analizamos la problemática fiscal que presentaban las fusiones en

⁹¹⁵ En este sentido, *vid.* COMMISSION EUROPÉENNE, “Programme d’harmonisation fiscale. Programme d’harmonisation des impôts directs”, *Bulletin de la Communauté économique européenne*, Supplément 8/1967, p.17.

sede de los socios, habida cuenta de que en el marco de estas operaciones también se producía un intercambio de similar naturaleza. De hecho, algunos Estados miembros, como Alemania, también contemplaban la posibilidad de que los socios de la sociedad adquirida pudiesen acceder, con arreglo al cumplimiento de una serie de condiciones (entre otras, que los títulos de la sociedad adquirente se incorporasen a su balance por el mismo valor que tenían los títulos de la sociedad adquirida, o que los títulos intercambiados fuesen de la misma naturaleza), a un régimen de neutralidad fiscal caracterizado por el diferimiento de las plusvalías generadas en el proceso de intercambio de títulos de un modo similar a lo que sucedía con los socios de la sociedad transmitente en las operaciones de fusión de carácter interno⁹¹⁶.

En otros Estados miembros, como Países Bajos, la regla general consistía en que las posibles plusvalías surgidas en manos de los socios personas físicas, residentes y no residentes, como resultado del intercambio de sus títulos en la sociedad adquirida por títulos de la sociedad adquirente no serían gravadas siempre que su participación en la sociedad adquirida fuese mantenida con fines de inversión privada y no constituyese una “participación sustancial” en el capital de la misma de acuerdo con una serie de requisitos establecidos en la legislación neerlandesa. Ahora bien, incluso en el supuesto de que los títulos mantenidos en el capital de la sociedad adquirida constituyesen una “participación sustancial” y, por tanto, las posibles plusvalías derivadas del intercambio fuesen gravadas a un tipo fijo del 20%, se contemplaba la posibilidad, sujeta a una serie de condiciones, de diferir su tributación hasta el momento de transmisión ulterior de las participaciones de la sociedad adquirente. Por el contrario, en aquellos supuestos en los que los socios fuesen personas físicas que mantuviesen su participación en la sociedad adquirida con fines empresariales o personas jurídicas (con independencia de la finalidad con la que mantuviesen la participación), las posibles plusvalías derivadas del intercambio de títulos serían gravadas al tipo normal progresivo del Impuesto sobre la Renta, como si se tratase de cualquier otro activo poseído con fines empresariales. No obstante, y siguiendo la resolución del Ministro de Finanzas de 12 de agosto de 1964, nº B4/10037, existía la posibilidad de que, previa solicitud de autorización por escrito a las autoridades tributarias y tratándose de una “participación considerable” (*Pakket aandelen*), los socios de la sociedad adquirida, tanto residentes como no residentes que operasen en los Países Bajos a través de un establecimiento permanente, pudiesen incorporar en su balance los títulos de la sociedad adquirente por el valor que tenían previamente los títulos de la sociedad adquirida y, de este modo, diferir el gravamen de las plusvalías⁹¹⁷.

A la vista de las anteriores consideraciones queda patente que algunos de los obstáculos que afectaban a las operaciones de fusión, tanto a nivel interno como a nivel

⁹¹⁶ Esta posibilidad fue admitida por la Administración siguiendo el criterio del Tribunal Supremo alemán en materia tributaria (*Bundesfinanzhof*) en su Opinión de 16 de diciembre de 1958 (BStBl -1959-III). Sobre esta cuestión, *vid.* “Germany: Taxation of mergers and similar transactions”, *European Taxation*, vol.9, nº5, 1969, pp.98-99.

⁹¹⁷ Sobre esta cuestión, *vid.* “Netherlands: Taxation of mergers”, *European Taxation*, vol.9, nº4, 1969, pp.74-76.

transfronterizo, *a priori* resultaban extensibles a otras operaciones de reorganización empresarial como escisiones, aportaciones de activos o canjes de acciones, siempre que éstas estuviesen reconocidas por las legislaciones nacionales de los diferentes Estados miembros. Sin embargo, si nos situamos en el contexto de mediados de la década de los sesenta, lo cierto es que estas operaciones debían hacer frente, en ocasiones, al hándicap añadido que suponía que las medidas fiscales contempladas en los ordenamientos nacionales para las fusiones internas no les resultasen de aplicación y, mucho menos, su posible extensión a supuestos transfronterizos, sin perjuicio de que en este último ámbito algunas operaciones de reorganización empresarial pudiesen beneficiarse de la red de CDIs suscritos entre los diferentes Estados miembros para eliminar determinados obstáculos vinculados a la doble imposición tanto en sede de la sociedad transmitente como en sede de sus socios.

En este sentido podría traerse a colación el caso de Italia, donde la Ley nº 170, de 18 de marzo de 1965, en virtud de la cual se establecían una serie de medidas fiscales “especiales” en materia de imposición directa e indirecta aplicables a fusiones y transformaciones societarias de naturaleza interna y que, mediando el cumplimiento de una serie de requisitos, incluso podían extenderse a fusiones transfronterizas, no resultaba de aplicación (al menos de forma explícita) a las operaciones de escisión, aun cuando esta figura jurídica era conocida en la práctica societaria y tributaria de dicho Estado miembro⁹¹⁸. Por el contrario, la ley francesa nº 65-566, de 12 de julio de 1965, relativa a la reforma de la imposición societaria y de los rendimientos de los capitales mobiliarios, contemplaba en su artículo 16 la posibilidad de extender, sujeto a una serie de condiciones entre las que destacaba la necesidad de autorización por parte del Ministro de Economía y Finanzas, el régimen fiscal previsto para las fusiones a las operaciones de escisión y aportación parcial de activos de naturaleza doméstica. Asimismo, el artículo 17 de la citada ley, abría la puerta a la aplicación del régimen especial a operaciones de escisión y aportación parcial de activos en los que la sociedad o sociedades beneficiarias fueran extranjeras, requiriéndose en estos casos una autorización por parte del Ministro de Economía y Finanzas, visto el informe emitido por el Comisariado General de Planificación y Productividad.

En un punto intermedio, se encontraba Alemania, donde las autoridades tributarias se mostraban partidarias de extender el régimen de neutralidad fiscal previsto para las operaciones domésticas de fusión a través del sistema de diferimiento del gravamen de las plusvalías a otras operaciones de reorganización empresarial de naturaleza exclusivamente interna no previstas expresamente en su legislación doméstica y en virtud de las cuales una sociedad aportaba la totalidad o una parte de sus elementos patrimoniales a otra sociedad recibiendo en contrapartida títulos de esta última siempre y cuando, por una parte, los activos y pasivos transmitidos fuesen incorporados en el balance de la sociedad beneficiaria por el valor contable por el que figuraban en sede de la sociedad transmitente, y, por otra parte, los títulos recibidos por

⁹¹⁸ Sobre esta cuestión, *vid.* “Italy: Privileged tax treatment for mergers and similar transactions”, *European Taxation*, vol.9, nº6, 1969, pp.134-135.

la sociedad transmitente representasen al menos el 25% del capital social de la sociedad beneficiaria⁹¹⁹.

En una línea similar a Alemania, en Países Bajos, el régimen fiscal “especial” previsto para las operaciones de fusión interna (sistema de diferimiento) podía extenderse a las escisiones y aportaciones de activos de naturaleza exclusivamente doméstica sujeto al cumplimiento de una serie de requisitos. Por ejemplo, en relación con las operaciones de aportación total de activo y pasivo, se exigía: 1) que la contrapartida a los elementos patrimoniales transmitidos consistiese en títulos de la sociedad beneficiaria; 2) que los activos y pasivos transmitidos fuesen incorporados al balance de la sociedad beneficiaria por el mismo valor que tenían en sede la sociedad transmitente; y 3) que la sociedad transmitente incorporase a su balance los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria por su valor de mercado de forma tal que, si posteriormente decidía liquidarse entregando a sus socios los títulos recibidos de sociedad beneficiaria (dentro de su respectiva cuota de liquidación), no existiera plusvalía gravable en sede de la sociedad transmitente⁹²⁰.

Por su parte, en Bélgica, el tratamiento fiscal privilegiado del que disfrutaban las fusiones desde la reforma del *Code des impôts sur les revenus* operada en 1962 (diferimiento del gravamen de la “plusvalía de liquidación”), fue extendido posteriormente a las operaciones de aportación parcial de activos (a través del Real Decreto de 4 de marzo de 1965) y de escisión (mediante Real Decreto de 18 de abril de 1967), siempre que se verificara el cumplimiento de una serie de requisitos⁹²¹. A este respecto es importante tener presente que el régimen fiscal especial contenido en la legislación belga para estas operaciones no sólo resultaba de aplicación en supuestos estrictamente domésticos, sino también a aquellos supuestos en los que la sociedad beneficiaria tenía su residencia fiscal en Bélgica y la sociedad transmitente tenía su residencia en cualquier otro Estado miembro. Ahora bien, si la sociedad beneficiaria tenía su residencia fiscal fuera del territorio belga, la operación de fusión, escisión o aportación parcial de activos quedaba extramuros de la aplicación del régimen fiscal especial⁹²².

⁹¹⁹ Así lo entendía la Decisión del Ministerio de Finanzas de Renania del Norte-Westfalia, de 1 enero de 1966, S 2522-2/8 - VB4 (vid. “Germany: Taxation of mergers and similar transactions”, *European Taxation*, vol.9, n°5, 1969, p.101).

⁹²⁰ En este sentido, vid. “Netherlands: Taxation of mergers”, *European Taxation*, vol.9, n°4, 1969, pp.71-74.

⁹²¹ Por ejemplo, tratándose de aportaciones parciales de activos, se exigía que: 1) el conjunto patrimonial transmitido constituyese una unidad susceptible de funcionamiento autónomo, desde el punto de vista técnico y comercial; 2) la sociedad beneficiaria tuviese su residencia fiscal en Bélgica; 3) la contrapartida entregada por parte de la sociedad beneficiaria de la aportación estuviese integrada esencialmente por títulos representativos de su capital social; y 4) la sociedad beneficiaria valorase los elementos patrimoniales recibidos por el valor fiscal que tenían en sede de la sociedad transmitente, y esta última incorporase a su balance los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria por el mismo valor que tenían en sus libros los activos transmitidos.

⁹²² Sobre esta cuestión, vid. “Belgium: Taxation of mergers and similar transactions”, *European Taxation*, vol.8, n°6, 1968, pp.139-140.

En definitiva, y a modo de síntesis, podría afirmarse que a mediados de la década de los sesenta, las operaciones de reorganización empresarial (fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones) se enfrentaban a numerosos obstáculos de naturaleza fiscal en el ámbito de la imposición directa, tanto en sede de la sociedad transmitente y de sus socios, como en sede de la sociedad beneficiaria, especialmente aquéllas que suponían la disolución de la sociedad transmitente (fusiones y escisiones totales). Ciertamente el gravamen inmediato de las plusvalías latentes puestas de manifiesto como resultado de la operación se configuraba como el principal problema que presentaban estas operaciones, tanto a nivel interno como en el plano transfronterizo, al determinar el surgimiento de un importante coste fiscal que, al impactar directamente sobre la posición financiera de la sociedad transmitente y de sus socios, terminaba por frustrar su realización efectiva. A este respecto, cabría señalar como, si bien todos los Estados miembros contemplaban en sus respectivos regímenes fiscales medidas especiales aplicables a las fusiones domésticas e incluso transfronterizas, eran minoría los que extendían explícitamente la aplicación de las mismas a otras operaciones de reorganización empresarial, tales como escisiones, o aportaciones de activos, lo que suponía un hándicap adicional para la realización de estas últimas. Asimismo, no debe perderse de vista que, incluso en aquellos supuestos en los que los Estados miembros contemplaban en sus ordenamientos internos la posibilidad de extender, con matices y sujeto al cumplimiento de una serie de condiciones, el régimen fiscal especial previsto para determinadas operaciones de reorganización empresarial de naturaleza doméstica al plano transfronterizo, lo cierto es que, en ausencia de un régimen fiscal común aplicable a estas operaciones, el importante grado de heterogeneidad existente entre los mismos seguía constituyendo un obstáculo a su realización efectiva.

3. Los primeros pasos en el proceso de configuración de un régimen de neutralidad fiscal aplicable a las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial

A nuestro juicio, las bases para la creación de un régimen fiscal común aplicable a las operaciones de reorganización empresarial en el ámbito de la imposición sobre la renta societaria comenzaron a sentarse en 1966, con la publicación del “Memorandum de la Comisión de la Comunidad Económica Europea sobre el establecimiento de sociedades europeas”⁹²³ y del estudio titulado “El problema de la concentración en el mercado común”⁹²⁴, en los que, entre otras cuestiones, se abordaban los principales obstáculos fiscales que afectaban a las operaciones de concentración empresarial tanto a

⁹²³ Vid. EUROPEAN COMMISSION, “Memorandum by the Commission of the European Economic Community on the Establishment of European Companies”, SEC (66) 1250, 22 April 1966, *Bulletin of the European Economic Community*, Supplement n°9-10/1966.

⁹²⁴ Vid. COMMISSION EUROPÉENNE, “Le problème de la concentration dans le marché commun”, *Études. Série concurrence*, n°3, 1966.

nivel interno como en el plano transfronterizo⁹²⁵. Este planteamiento resultaba coherente con la preocupación existente en el seno de las instituciones comunitarias ante la necesidad de que las empresas de los diferentes Estados miembros adquiriesen, por los motivos señalados en anteriores epígrafes de este trabajo, una dimensión acorde con la nueva configuración del mercado común y la intensificación de la competencia a nivel global⁹²⁶.

Partiendo de esta base, los citados documentos incidían en dos ideas fundamentales a los que efectos que ahora nos interesan, a saber: 1) la concepción del factor fiscal como un elemento neutro que no debía determinar por sí mismo la realización o no de una operación de concentración empresarial, ni tampoco alterar la elección de unas formas de concentración empresarial frente a otras; y 2) la necesidad de eliminar los obstáculos fiscales que dificultaban las operaciones de concentración empresarial, especialmente en el plano transfronterizo, a través de la puesta en marcha de un proceso de armonización legislativa que permitiera mitigar los problemas derivados de las divergencias existentes en el tratamiento fiscal otorgado a estas operaciones por parte de los diferentes Estados miembros, tanto en el momento de su realización como en relación con las entidades y estructuras societarias surgidas como resultado de las mismas. En este sentido, la Comisión se posicionó claramente en favor de la aproximación de los regímenes fiscales nacionales relativos al gravamen de las plusvalías latentes puestas de manifiesto en el marco de operaciones de fusión (a saber, uno de los principales obstáculos a los que debían enfrentarse estas operaciones en el plano fiscal), como mecanismo “indispensable” para promover su realización a nivel transfronterizo⁹²⁷. De hecho, en el Memorándum de 1966 ya quedó plasmado uno de los principios que posteriormente inspirarían la creación de un régimen de neutralidad fiscal de naturaleza europea aplicable a las operaciones de reorganización empresarial, al afirmar la Comisión que, en la medida en que la fusión de sociedades, tanto en el plano interno como a nivel transfronterizo, generalmente no implica la realización efectiva de las plusvalías latentes sino tan sólo una nueva clasificación jurídica de los activos (cambio de titularidad), dichas plusvalías no deberían gravarse de forma inmediata en

⁹²⁵ Nótese, sin embargo, como en el Memorándum de la Comisión de 1966 se hacía una sucinta referencia a la problemática fiscal que presentaba el traslado transfronterizo de la sede social (sobre esta cuestión, *vid.* EUROPEAN COMMISSION, “Memorandum by the Commission of the European Economic Community on the Establishment of European Companies”, SEC (66) 1250, 22 April 1966, *Bulletin of the European Economic Community*, Supplement n°9-10/1966, p.9).

⁹²⁶ A este respecto, algunos autores como LARKING, B., “The Merger Directive...”, *op.cit.*, p.362, han apuntado que, en un primer momento y desde la óptica comunitaria, resultaba más conveniente la configuración de un mapa societario a nivel europeo caracterizado por sociedades de una cierta dimensión establecidas en un Estado miembro que operasen a través de establecimientos permanentes en los demás Estados miembros, que la existencia de multitud de sociedades de reducida dimensión que operasen en sus respectivos territorios nacionales.

⁹²⁷ *Vid.* COMMISSION EUROPÉENNE, “Le problème de la concentration dans le marché commun”, *Études. Série concurrence*, n°3, 1966.pp.8, 13, 17, 18 y 20. No obstante, cabría señalar como el enfoque de la Comisión era mucho más ambicioso y apostaba por una armonización de mayor calado en el ámbito de la imposición directa al objeto de evitar que la existencia de regímenes más favorables en unos Estados miembros que en otros pudiese actuar como un factor de atracción para la realización de operaciones de fusión en una determinada dirección.

sede de la sociedad transmitente a la hora de llevar a cabo la operación, sino en el momento en que fuesen finalmente realizadas por parte de la sociedad beneficiaria⁹²⁸.

Un año más tarde, la Comunicación de la Comisión al Consejo de 8 de febrero de 1967, bajo el título “Programa de armonización fiscal”, establecería una suerte de calendario de trabajo para las instituciones comunitarias estructurado en dos etapas (antes del 1 de julio de 1968 y después del 1 de julio de 1968) con los objetivos concretos a alcanzar en cada una de ellas⁹²⁹. Dentro de la primera etapa, quedarían enmarcados los trabajos dirigidos, por una parte, a mejorar el funcionamiento de los regímenes fiscales previstos para las sociedades matrices y filiales cuando dichas sociedades estaban situadas en Estados miembros diferentes (especialmente en lo relativo al gravamen de las distribuciones de beneficios en forma de dividendos); y, por otra parte, a establecer un régimen fiscal común para las fusiones y aportaciones de activos entre sociedades de Estados miembros diferentes, con la vista puesta en la posibilidad futura de crear sociedades de naturaleza europea⁹³⁰.

De este modo, el 26 de junio de 1967, vería la luz la Comunicación de la Comisión al Consejo titulada “Programa de armonización de los impuestos directos” donde, entre otras cuestiones, se analizaba de forma particularizada la problemática que, en este ámbito, presentaban las operaciones de fusión y aportación (total o parcial) de activos realizadas tanto nivel doméstico como en el plano transfronterizo, y a las que ya nos hemos referido⁹³¹. Sin embargo, en nuestra opinión, la principal aportación de esta Comunicación a los efectos que a nuestro trabajo interesan residía en la propuesta de soluciones concretas aplicables en el ámbito transfronterizo, tanto desde la óptica de las sociedades participantes en dichas operaciones como desde la perspectiva de los socios de la sociedad transmitente. A este respecto, la idea de partida giraba en torno al reconocimiento por parte de todos los Estados de la necesidad de adoptar un régimen fiscal “especial” para este tipo de operaciones de fusión y aportación de activos intra-comunitarias que, por una parte, no supusiese una pérdida de ingresos definitiva para los mismos (sino tan sólo temporal); y, por otra parte, no resultase más favorable que el establecido para operaciones equivalentes de carácter interno.

⁹²⁸ Vid. EUROPEAN COMMISSION, “Memorandum by the Commission of the European Economic Community on the Establishment of European Companies”, SEC (66) 1250, 22 April 1966, *Bulletin of the European Economic Community*, Supplement n°9-10/1966, p.11.

⁹²⁹ Téngase en cuenta que el “Programa de armonización fiscal” de 1967, a pesar de lo breve de su contenido, tenía un carácter general, abordando las cuestiones pendientes de estudio tanto en el ámbito de la imposición indirecta (p.ej. en relación con el impuesto sobre el volumen de negocios, los impuestos especiales, los impuestos sobre la circulación de vehículos, o los impuestos indirectos sobre los contratos de seguro), como en el ámbito de la imposición directa (p.ej. en relación con las cuestiones problemáticas que afectaban a la libre circulación de capitales o a las operaciones de concentración y reorganización empresarial).

⁹³⁰ En este sentido, vid. COMMISSION EUROPÉENNE, “Programme d’harmonisation fiscale. Programme d’harmonisation des impôts directs”, *Bulletin de la Communauté économique européenne*, Supplément 8/1967, p.4.

⁹³¹ Sobre esta cuestión, vid. COMMISSION EUROPÉENNE, “Programme d’harmonisation fiscale. Programme d’harmonisation des impôts directs”, *Bulletin de la Communauté économique européenne*, Supplément 8/1967, pp.16-17.

Ciertamente, si tenemos en cuenta que por aquel entonces todos los Estados miembros contaban ya en sus respectivos ordenamientos domésticos con regímenes fiscales “especiales” para las fusiones internas⁹³² (en ocasiones, extensibles a otras operaciones de reorganización empresarial), bien pudiera parecer *a priori* que una posible solución al problema pasaría por la extensión de dichos regímenes a las fusiones transfronterizas y, en su caso, a las aportaciones totales o parciales de activos de naturaleza transfronteriza. No obstante, esta opción llevaría aparejados una serie inconvenientes que, en la práctica, determinarían la inviabilidad de la misma habida cuenta de que, por una parte, la existencia de regímenes fiscales nacionales más o menos favorables en función del Estado miembro en cuestión, podría ocasionar que estas operaciones se realizasen siempre en un determinado sentido (con perjuicio para el Estado miembro con el régimen fiscal más flexible, que vería con mayor frecuencia como sociedades residentes en su territorio aportaban sus activos a sociedades no residentes y/o eran absorbidas por sociedades no residentes); y, por otra parte, la extensión del sistema de diferimiento (por el que optaban la mayoría de Estados miembros) del marco nacional al intra-comunitario podría resultar enormemente compleja (p.ej. en relación con la transmisión de los valores contables por los que figuraban los elementos patrimoniales transmitidos en sede de la sociedad transmitente al balance de la sociedad beneficiaria en el marco de legislaciones fiscales y contables distintas)⁹³³.

Por tanto, a juicio de la Comisión, una opción más sencilla susceptible de ser aceptada por todos los Estados miembros y de eruirse en modelo de armonización para sus respectivos regímenes fiscales nacionales podría consistir en el fraccionamiento a lo largo de diez años del pago del impuesto devengado en el Estado miembro de residencia de la sociedad o sociedades transmitentes en relación con las plusvalías puestas de manifiesto y calculadas en el momento de realización de la operación de fusión o aportación de activos transfronteriza, pudiendo la sociedad beneficiaria contabilizar en su balance los elementos patrimoniales recibidos por su valor real. Ahora bien, en la medida en que la adopción con carácter general de esta propuesta no resultaría adecuada en aquellos supuestos en los que el conjunto patrimonial transmitido estuviese integrado mayoritariamente por elementos no susceptibles de amortización, tales como existencias, terrenos o títulos, se imponía la necesidad de introducir una serie de reglas específicas en función de la condición de los activos transmitidos (amortizables v. no amortizables).

⁹³² Sobre esta cuestión, *vid.* ROELANS, J., *op.cit.*, pp.25 y ss., donde se realiza un interesante estudio comparativo entre el tratamiento fiscal otorgado a las fusiones de naturaleza doméstica en los seis Estados que, a finales de la década de los sesenta, integraban la Comunidad Económica Europea.

⁹³³ En este sentido, *vid.* COMMISSION EUROPÉENNE, “Programme d’harmonisation fiscale. Programme d’harmonisation des impôts directs”, *Bulletin de la Communauté économique européenne*, Supplément 8/1967, p.17. Sobre la problemática particular que presentaba la extensión al ámbito transfronterizo de los regímenes fiscales domésticos de favor que optaban por la imposición inmediata en sede de la sociedad transmitente de las plusvalías generadas en la operación pero aplicando un tipo reducido o permitiendo el fraccionamiento del pago del impuesto, *vid.* ROELANS, J., *op.cit.*, pp.107-113.

De esta forma, el gravamen de las plusvalías derivadas de elementos patrimoniales amortizables se produciría en el momento de realización de la operación, devengándose el correspondiente impuesto cuyo pago se fraccionaría a lo largo de los diez años siguientes; sin embargo, por lo que respecta a las plusvalías generadas por elementos no amortizables habría que realizar una triple distinción: 1) en primer lugar, y en relación con las plusvalías generadas por terrenos y otros elementos no amortizables (a excepción de participaciones y existencias), se ofrecería la posibilidad de optar entre: a) el diferimiento del gravamen de las plusvalías, supuesto en el que, por una parte, dichos elementos patrimoniales se incorporarían al balance de la sociedad beneficiaria por el mismo valor por el que figuraban en sede de la sociedad transmitente y, por otra parte, tendría que diseñarse un procedimiento para que el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente no perdiese de forma definitiva sus derechos de gravamen; o b) el gravamen inmediato de las mismas y el pago del correspondiente impuesto a un tipo reducido, supuesto en el que los elementos patrimoniales transmitidos ya podrían ser incorporados por su valor real al balance de la sociedad beneficiaria; 2) en segundo lugar, las plusvalías generadas por las participaciones en el capital social de otras entidades, podrían ser gravadas inmediatamente en el momento de realización de la operación al tipo ordinario del impuesto correspondiente con fraccionamiento del pago del impuesto en los diez años siguientes o bien ser gravadas en el momento de realización de la operación a un tipo reducido pero con exigencia inmediata del pago del impuesto; y 3) en tercer lugar, por lo que respecta a las plusvalías generadas por las existencias de la sociedad transmitente no se adoptaría ninguna medida especial siendo gravadas en el momento de realización de la operación al tipo normal del impuesto correspondiente⁹³⁴.

Por otra parte, y en relación con las provisiones o reservas constituidas en sede de la sociedad transmitente con exención del impuesto, la Comisión entendía que éstas sólo deberían ser gravadas como resultado del proceso de fusión o aportación de activos si perdiesen su justificación económica de forma tal que, como regla general, se apostaba por su incorporación en el balance de la sociedad beneficiaria en las mismas condiciones en las que fueron constituidas por parte de la sociedad transmitente. Asimismo, la Comisión también abordaba la problemática que se producía en aquellos supuestos en los que una de las sociedades participantes en la operación poseía títulos representativos del capital social de la otra, estableciendo la conveniencia de no gravar las plusvalías surgidas que podrían surgir como resultado del proceso de anulación o intercambio de títulos con el fin de evitar una doble imposición económica⁹³⁵.

Desde la óptica de los socios de la sociedad transmitente participante en una operación de fusión, la Comisión entendía que el intercambio de sus títulos en el capital

⁹³⁴ Vid. COMMISSION EUROPÉENNE, “Programme d’harmonisation fiscale. Programme d’harmonisation des impôts directs”, *Bulletin de la Communauté économique européenne*, Supplément 8/1967, p.18.

⁹³⁵ Vid. COMMISSION EUROPÉENNE, “Programme d’harmonisation fiscale. Programme d’harmonisation des impôts directs”, *Bulletin de la Communauté économique européenne*, Supplément 8/1967, p.18.

dicha sociedad por los de la sociedad beneficiaria del conjunto patrimonial transmitido se configuraba como “una simple operación material” que no suponía enriquecimiento alguno para los mismos. Por tanto, y siguiendo el criterio fijado por la mayoría de Estados miembros a nivel interno, se establecía que en el ámbito de las fusiones transfronterizas este intercambio de títulos en manos de los socios de la sociedad transmitente no debería tener consecuencia fiscal alguna hasta que los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria fuesen ulteriormente transmitidos (momento en el que se gravaría la correspondiente plusvalía), siempre, claro está, que dichos títulos hubieran sido incorporados a sus balances por el valor que tenían los títulos de la sociedad transmitente antes del intercambio⁹³⁶.

Por último, y en la medida en que, de acuerdo con las legislaciones societarias domésticas de los Estados miembros, uno de los resultados más comunes de las operaciones de fusión transfronteriza consistía en el surgimiento de un establecimiento permanente en el Estado miembro de la sociedad transmitente a través del cual la sociedad beneficiaria no residente seguía desarrollando su actividad en el citado Estado y al que quedaban vinculados los activos y pasivos transmitidos en el marco de la operación, la Comisión Europea se mostraba a favor de revisar los ordenamientos fiscales de los Estados miembros al objeto de garantizar que los establecimientos permanentes de una sociedad no residente no estuviesen sometidos a una mayor carga tributaria que la que soportaría una filial de dicha sociedad (como, de hecho, sucedía en la práctica) ya que, de lo contrario, estaríamos ante un elemento que podría disuadir a las empresas de llevar a cabo estas operaciones⁹³⁷.

En definitiva, podría afirmarse que, en el año 1967, la Comisión Europea ya había identificado los principales obstáculos fiscales que afectaban a las fusiones y aportaciones de activos de naturaleza transfronteriza en materia de imposición directa y establecido, tanto los principios generales que debían inspirar el proceso armonizador en este ámbito, como las medidas concretas que contribuirían a la eliminación de dichos obstáculos. Tan sólo quedaba pues que estos principios y medidas abandonasen el campo de las ideas y fuesen plasmados de forma efectiva en una Propuesta de Directiva.

4. La Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones de 1969

A principios de 1968, el Grupo de Expertos Financieros del Consejo realizó un estudio acerca del “Programa de armonización de los impuestos directos” sobre cuyo contenido el Comité de Representantes Permanentes (COREPER) elaboraría un informe

⁹³⁶ Vid. COMMISSION EUROPÉENNE, “Programme d’harmonisation fiscale. Programme d’harmonisation des impôts directs”, *Bulletin de la Communauté économique européenne*, Supplément 8/1967, p.18.

⁹³⁷ Vid. COMMISSION EUROPÉENNE, “Programme d’harmonisation fiscale. Programme d’harmonisation des impôts directs”, *Bulletin de la Communauté économique européenne*, Supplément 8/1967, p.18.

para el Consejo⁹³⁸, el cual, en su reunión celebrada los días 4 y 5 de marzo de 1968, encargó a la Comisión la puesta en marcha, a la mayor brevedad posible, de los trabajos para dar respuesta a los problemas identificados en el citado informe⁹³⁹, entre los que se encontraban los obstáculos fiscales existentes a las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial en el momento de su realización.

De este modo, el 16 de enero de 1969, se presentaría la Propuesta de Directiva del Consejo relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, y aportaciones de activos entre sociedades de Estados miembros diferentes⁹⁴⁰, que, en líneas generales, recogía y desarrollaba los principios establecidos en el Memorandum de la Comisión de 1966 así como las medidas propuestas en el “Programa de armonización de los impuestos directos de 1967”, de forma tal que la idea central sobre la que se construía la citada Propuesta de Directiva pivotaba sobre la configuración de un régimen fiscal común que, superando las dificultades que supondría la extensión al plano transfronterizo de los regímenes fiscales previstos en los diferentes Estados miembros para este tipo de operaciones, garantizase su neutralidad fiscal en el ámbito de la imposición directa, tanto desde la óptica de las sociedades participantes como desde la perspectiva de los socios de la sociedad transmitente, sin que de ello se derivase un perjuicio para los derechos de gravamen del Estado miembro de la sociedad transmitente.

A este respecto, y partiendo de la base de que los principales obstáculos que se presentaban a la realización de operaciones de fusión, escisión, y aportación de activos en el plano intra-comunitario residían en el gravamen inmediato de las plusvalías latentes presentes en los elementos patrimoniales transmitidos, de las reservas y provisiones constituidas en sede de la sociedad transmitente con exención total o parcial del impuesto, de las posibles plusvalías derivadas de la anulación o intercambio de títulos que se producía en aquellos supuestos en los que la sociedad beneficiaria ostentaba una participación en el capital de la sociedad transmitente o viceversa, así como de las plusvalías que podrían ponerse de manifiesto en manos de los socios de la sociedad transmitente como resultado del intercambio de sus títulos en el capital social de dicha sociedad por títulos de la sociedad beneficiaria, la Propuesta de Directiva de

⁹³⁸ E.E.C. Doc. R/319/68.

⁹³⁹ E.E.C. Doc. R/411/68.

⁹⁴⁰ DOCE nº C 39, de 22 de marzo de 1969, p.1. Nótese como, en esa misma fecha, también se presentaría la Propuesta de Directiva del Consejo, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (DOCE nº C 39, de 22 de marzo de 1969, p.7). En este sentido, ya hemos apuntado en anteriores epígrafes de este trabajo que ambas Propuestas tenían una naturaleza complementaria por cuanto, a grandes rasgos, podría decirse que la Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones buscaba eliminar los obstáculos *ex ante* que afectaban a las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial (vinculados a su elevado coste fiscal tanto a nivel de las sociedades participantes como en el ámbito de los socios de la sociedad transmitente), mientras que la Propuesta de Directiva Matriz-Filial intentaba dar respuesta a los problemas *ex post* de doble imposición que afectaban a la distribución transfronteriza de dividendos en el marco de estructuras societarias matriz-filial que podían surgir, tanto como resultado de las operaciones de reorganización empresarial cubiertas por la Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones, como de otras operaciones no cubiertas (p.ej. canje de acciones o adquisición de participaciones).

1969 contenía una serie de medidas entre las que cabría destacar: 1) el diferimiento del gravamen de las plusvalías latentes relativas a los elementos patrimoniales transferidos (surgidas por la diferencia entre su valor real y el valor por el que estaban contabilizados en el balance de la sociedad transmitente) hasta el momento en que éstas fueran efectivamente realizadas por parte de la sociedad beneficiaria (p.ej. debido a su transmisión a una sociedad no participante en la operación), y siempre que cumplieran una serie de requisitos destinados a proteger los derechos impositivos del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente⁹⁴¹; 2) la posibilidad de que las provisiones y reservas constituidas con exención total o parcial del Impuesto sobre Sociedades en sede de la sociedad transmitente, pudiesen ser incorporadas en las mismas condiciones en el balance del establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria surgido con posterioridad a la operación y situado en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente, subrogándose la sociedad beneficiaria en todos los derechos y obligaciones de la sociedad transmitente⁹⁴²; 3) la no tributación de las plusvalías surgidas en sede de la sociedad beneficiaria como resultado, o bien de la anulación de su participación en el capital de la sociedad transmitente o de sus propios títulos recibidos de la sociedad transmitente, o bien del intercambio de los títulos representativos del capital social de la sociedad transmitente por títulos representativos de su propio capital social⁹⁴³; o 4) el establecimiento de la regla general de no tributación de las posibles plusvalías puestas de manifiesto en manos de los socios de la sociedad transmitente en el marco de operaciones de fusión y escisión como resultado del intercambio de sus títulos en el capital social de dicha sociedad por títulos de la sociedad beneficiaria⁹⁴⁴.

⁹⁴¹ *Vid.* artículo 4 de la Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones de 1969, donde se condicionaba la aplicación de la regla del diferimiento al cumplimiento de los siguientes requisitos: a) por lo que respecta a los bienes inmuebles, acciones y participaciones, fondo de comercio, y derechos de propiedad industrial e intelectual que formasen parte del conjunto patrimonial transmitido, éstos deberían quedar vinculados contablemente a un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria situado en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente; b) por lo que respecta a los demás bienes transmitidos, también se imponía la condición anteriormente descrita unida a la imposibilidad de que los mismos abandonasen físicamente el territorio del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente; y c) en sede del establecimiento permanente surgido con posterioridad a la operación y situado en el Estado miembro donde residía la sociedad transmitente, la sociedad beneficiaria debería calcular las nuevas amortizaciones, plusvalías, o minusvalías relativas a los bienes recibidos sobre la base del valor por el que éstos figuraban en el balance de la sociedad transmitente.

⁹⁴² *Vid.* artículo 5 de la Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones de 1969.

⁹⁴³ *Vid.* artículo 8 de la Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones de 1969, donde también se establecía que, en aquellos supuestos en los que la sociedad beneficiaria ostentase una participación en el capital de la sociedad transmitente y se produjese una minusvalía como resultado de la anulación de su participación en el capital de la sociedad transmitente o de sus propios títulos recibidos de la sociedad transmitente, o bien del intercambio de los títulos representativos del capital social de la sociedad transmitente por títulos representativos de su propio capital social, dicha minusvalía podría deducirse del beneficio de la sociedad beneficiaria siempre que hubiese sido calculada tomando como referencia el valor real de los bienes recibidos. Nótese asimismo que, en virtud de lo establecido en el artículo 10.1 de la citada Propuesta de Directiva, las reglas fijadas en el artículo 8 no resultaban de aplicación a las aportaciones de activos.

⁹⁴⁴ *Vid.* artículo 9 de la Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones de 1969, cuyo párrafo segundo contemplaba la posibilidad de no aplicar la regla general anteriormente descrita cuando, en aquellos supuestos en los que los títulos representativos del capital social de la sociedad transmitente formasen

No obstante, el contenido de la Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones de 1969 no se limitaba estrictamente a la problemática fiscal que presentaba el gravamen inmediato de las posibles plusvalías surgidas en sede de las sociedades participantes o de los socios de la sociedad transmitente, sino que intentaba eliminar otros obstáculos que afectaban a las operaciones de fusión, escisión, y aportación de activos en el ámbito transfronterizo. De este modo, y al objeto de eliminar situaciones de “desventaja comparativa” frente a operaciones de reorganización empresarial de carácter doméstico, se abría la puerta a que las bases imponibles negativas pendientes de compensación en sede de la sociedad transmitente, a excepción de las procedentes de establecimientos permanentes situados en el extranjero, pudiesen ser incorporadas al balance de los establecimientos permanentes de la sociedad beneficiaria situados en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente y compensadas según lo establecido en normativa fiscal nacional aplicable a dichos establecimientos permanentes⁹⁴⁵.

Por otra parte, la Propuesta de Directiva de 1969 también centraba su atención en el tratamiento fiscal de las sociedades con establecimientos permanentes situados en el extranjero. Ciertamente, la relevancia de esta cuestión para las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial queda fuera de toda duda si tenemos en cuenta que, por una parte, entre los bienes aportados en el marco de una operación de fusión, escisión, o aportación de activos podría encontrarse un establecimiento permanente de la sociedad transmitente situado en un Estado miembro distinto al de su residencia y, por otra parte, que la aplicación de la regla del diferimiento del gravamen de las plusvalías anteriormente señalada exigía, entre otros requisitos, que los elementos patrimoniales transmitidos quedasen vinculados a un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria situado en el Estado miembro de la sociedad transmitente. En este sentido, la Propuesta de Directiva de 1969 contenía una serie de disposiciones específicas orientadas a combatir, tanto los problemas de doble imposición que podrían surgir en este tipo de supuestos, como el posible tratamiento fiscal desfavorable otorgado por parte de los Estados miembros a los establecimientos permanentes de sociedades no residentes situados en su territorio frente a las sociedades residentes que desarrollaban la misma actividad. Ahora bien, conviene tener presente que estas medidas tan sólo se concebían como pasos intermedios en el camino hacia la configuración en el futuro de un sistema de imposición a nivel comunitario donde la competencia para el gravamen de los beneficios que una sociedad de un Estado miembro obtenía en el seno de la Comunidad recaía exclusivamente en el Estado miembro a cuya legislación quedaba sujeta dicha sociedad⁹⁴⁶. De hecho, en la Propuesta de Directiva de 1969 la Comisión se comprometía a presentar al Consejo propuestas que abordasen el cómo y el cuándo podía ponerse en funcionamiento un sistema impositivo de estas características⁹⁴⁷.

parte del activo de una sociedad, dicha sociedad no incorporase a su balance los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria por el mismo valor por el que figuraban sus títulos de la sociedad transmitente.

⁹⁴⁵ Vid. artículo 6 de la Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones de 1969.

⁹⁴⁶ Vid. considerandos nº 10 y 11 de la Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones de 1969.

⁹⁴⁷ Vid. artículo 14 de la Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones de 1969.

Así, en primer lugar, se establecía que, en aquellos supuestos en los que entre el conjunto de bienes aportados en el marco de una operación de fusión, escisión o aportación de activos figurase un establecimiento permanente de la sociedad transmitente situado en un Estado miembro distinto a aquel donde tuviese fijada su residencia, este último debería renunciar a sus derechos de gravamen sobre dicho establecimiento permanente a partir de la fecha de realización de la operación en cuestión⁹⁴⁸, de forma tal que el Estado miembro donde estuviese localizado el establecimiento permanente y el Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria aplicarían las disposiciones previstas en la Propuesta de Directiva como si el primero de ellos fuese el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente. De un modo similar, si el establecimiento permanente estuviese situado en un Estado no miembro, el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente debería renunciar a sus derechos de gravamen sobre dicho establecimiento permanente a partir de la fecha anteriormente mencionada⁹⁴⁹. Ahora bien, en este último supuesto, la Propuesta de Directiva no podría impedir que el Estado donde estuviese situado el establecimiento permanente procediese al gravamen de las plusvalías vinculadas a dicho establecimiento permanente y puestas de manifiesto como resultado de la operación de fusión, escisión o aportación de activos en virtud de la cual éste era transmitido.

En segundo lugar, y también al objeto de eliminar los problemas de doble imposición, la Propuesta de Directiva de 1969 establecía la regla general de que la competencia para gravar los beneficios de los establecimientos permanentes de sociedades “sujetas a la legislación” (“*relevant de la législation*”) de otro Estado miembro⁹⁵⁰ recaía exclusivamente en el Estado miembro en cuyo territorio estuviese situado el establecimiento permanente en cuestión, salvo que la sociedad de la que dependía optase por el régimen de tributación de la renta mundial⁹⁵¹. En virtud del citado régimen, el Estado miembro a cuya legislación quedase sujeta la sociedad debería: 1) incluir en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades de dicha sociedad, con arreglo a las normas de cálculo previstas en su propio Derecho nacional, por una parte, los resultados (positivos o negativos) del conjunto de sus

⁹⁴⁸ Nótese como estos derechos de gravamen podrían surgir de la aplicación a la sociedad transmitente de un sistema de imposición sobre su renta mundial en el Estado miembro donde estuviese localizada su residencia fiscal.

⁹⁴⁹ Vid. artículo 11 de la Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones de 1969.

⁹⁵⁰ Nótese como esta expresión empleada por la Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones de 1969 en varios de sus preceptos (artículos 1, 12, 13 y 14) resulta algo confusa ya que no aclara si se trata de la legislación societaria o de la legislación fiscal del Estado miembro en cuestión. A este respecto, se ha apuntado que el objetivo final a conseguir en el ámbito del gravamen de las sociedades con establecimientos permanentes en el extranjero consistía en la “imposición centralizada de las sociedades en el Estado de su domicilio social” (el subrayado es nuestro) lo que vendría a reforzar la primera hipótesis (en este sentido, vid. EUROPEAN TAXATION, *op.cit.*, p.157). Ahora bien, en la medida en que el domicilio social era uno de los criterios tradicionalmente empleados por los Estados miembros para determinar la residencia fiscal, lo cierto es que en la mayor parte de supuestos existiría una coincidencia entre el Estado miembro de constitución de una sociedad (en el que estaría situado su domicilio social) y el Estado miembro de su residencia fiscal.

⁹⁵¹ Vid. artículo 12, apartados 1 y 2, de la Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones de 1969.

establecimientos permanentes situados en otros Estados miembros⁹⁵² y, por otra parte, los resultados de todos o algunos de sus establecimientos permanentes situados en otros Estados, países o territorios no miembros⁹⁵³ siempre que, en este último supuesto, la sociedad así lo hubiese solicitado y no se vulnerase el contenido de los CDIs relevantes al efecto; y 2) permitir a la sociedad en cuestión, en el ámbito de su Impuesto sobre Sociedades, la deducción de los impuestos pagados en otros Estados miembros en relación con los beneficios de los establecimientos permanentes englobados en el cálculo del impuesto con el fin de evitar que se produjera la doble imposición de los mismos⁹⁵⁴.

Ahora bien, y al objeto de evitar posibles situaciones de abuso vinculadas especialmente al “aprovechamiento” de las pérdidas de los establecimientos permanentes situados en el extranjero a través de la opción por parte de la sociedad del régimen de tributación mundial durante un breve periodo de tiempo, se establecía que aquellas sociedades que optasen por este régimen de tributación no podrían renunciar total o parcialmente al mismo en un plazo de cinco años a contar desde el primer día del ejercicio fiscal en que hubiesen comenzado a aplicarlo⁹⁵⁵. Asimismo, es importante tener presente que la propia Propuesta de Directiva, consciente de la problemática y las variantes que podía presentar la aplicación de este régimen, disponía que el Consejo, por unanimidad y a propuesta de la Comisión, debería establecer antes del 1 de enero de 1973 las normas comunes de aplicación del régimen de tributación de la renta mundial, así como la forma de determinar los beneficios imposables de los establecimientos permanentes⁹⁵⁶.

En tercer lugar, la Propuesta de Directiva de 1969 fijaba el importante principio de que el tratamiento fiscal que un Estado miembro otorgaba al establecimiento permanente situado en su territorio de una sociedad sujeta a la legislación de otro Estado

⁹⁵² Nótese como la posibilidad de que las sociedades pudiesen minorar su base imponible con las pérdidas procedentes de sus establecimientos permanentes localizados en otros Estados miembros resultaba especialmente interesante en los primeros años de actividad del establecimiento permanente debido a la existencia de los denominados “costes hundidos” (*sunk costs*) junto con la dificultad para generar ingresos.

⁹⁵³ A este respecto, cabría llamar la atención acerca de la diferencia que se establecía en la Propuesta de Directiva en función de si los establecimientos permanentes estaban situados en Estados miembros, caso en el que la sociedad de la que dependían debía incorporar a su base imponible los resultados positivos y negativos de todos sus establecimientos permanentes, o bien se encontraban localizados en Estados, países o territorios no miembros, supuesto en el que dicha sociedad podía incluir en su base imponible tan sólo los resultados de algunos de ellos. Ciertamente, y aun cuando el requisito previsto para el primer supuesto tenía como finalidad evitar posibles abusos derivados de la incorporación a la base imponible de la sociedad únicamente de los resultados de aquellos establecimientos permanentes situados en el extranjero que presentasen pérdidas (con el consiguiente perjuicio para el Estado miembro competente para gravar los beneficios globales de la sociedad), la Comisión entendía que era preferible asumir este riesgo con el fin de promover la inversión de sociedades de los diferentes Estados miembros fuera de la Comunidad (en este sentido, *vid. EUROPEAN TAXATION, op.cit.*, p.159).

⁹⁵⁴ *Vid.* artículo 12.3 de la Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones de 1969.

⁹⁵⁵ *Vid.* artículo 12.4 de la Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones de 1969.

⁹⁵⁶ *Vid.* artículo 12.5 de la Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones de 1969.

miembro, no debería dar lugar a una mayor carga tributaria que la que soportaría una sociedad sujeta a su Derecho nacional que llevase a cabo la misma actividad⁹⁵⁷.

Por último, cabría señalar como la Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones de 1969 no se circunscribía estrictamente al ámbito de la imposición directa, sino que también se proyectaba, aunque de forma sucinta, sobre el ámbito de la fiscalidad indirecta. A este respecto, es importante recordar que las operaciones de reorganización empresarial también tenían que hacer frente a importantes obstáculos en este ámbito derivados de la exigencia por parte de los Estados miembros de diferentes impuestos en el marco de las mismas, tales como el Impuesto sobre el Volumen de Negocios (*taxe sur le chiffre d'affaires* o *turnover tax*), el Impuesto sobre las aportaciones de capital (*droit d'apport* o *capital duty*), el Impuesto sobre la transmisión de determinados elementos patrimoniales (*droit de mutation* o *transfer duty*) o el Impuesto de timbre sobre los títulos emitidos (*droit de timbre* o *stamp duty*).

No obstante, lo cierto es que, en el momento de la publicación de la Propuesta de Directiva de 1969, estos problemas ya estaban en vías de solución a través de normas comunitarias como las Directivas 67/227/CEE⁹⁵⁸ y 67/228/CEE⁹⁵⁹ (que sentaban las bases para la creación del sistema del Impuesto sobre el Valor Añadido), o la Directiva 69/335/CEE⁹⁶⁰, que vería la luz poco después de la Propuesta de Directiva de 1969 y donde se establecía, por una parte, la percepción por parte de los Estados miembros de un Impuesto armonizado sobre las aportaciones de capital⁹⁶¹ y, por otra parte, la supresión del Impuesto de timbre sobre los títulos⁹⁶² (sin que pudiesen establecerse otros impuestos de naturaleza análoga⁹⁶³). Sin embargo, y en la medida en que la Directiva 69/335/CEE facultaba a los Estados miembros a que pudiesen seguir percibiendo determinados impuestos sobre las transmisiones⁹⁶⁴, la Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones de 1969 reaccionaba contra esta posibilidad prohibiendo la exigencia de cualquier Impuesto sobre las transmisiones o similar (*droit de mutation*) en

⁹⁵⁷ Vid. artículo 13 de la Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones de 1969.

⁹⁵⁸ Primera Directiva del Consejo, de 11 de abril de 1967, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de los negocios (DOCE n° L 71, de 14 de abril de 1967, p.3).

⁹⁵⁹ Segunda Directiva del Consejo, de 11 de abril de 1967, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios. Estructura y modalidades de aplicación del sistema común de Impuesto sobre el Valor Añadido (DOCE n° L 71, de 14 de abril de 1967, p.6).

⁹⁶⁰ Directiva 69/335/CEE, de 19 de julio de 1969 relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales (DOCE n° L 249, de 3 de octubre de 1969, p.25).

⁹⁶¹ Vid. artículo 7.1, apartado a) de la Directiva 69/335/CEE.

⁹⁶² Vid. artículo 11 de la Directiva 69/335/CEE.

⁹⁶³ Vid. artículos 10 y 11 de la Directiva 69/335/CEE.

⁹⁶⁴ Por ejemplo, impuestos sobre la transmisión de valores mobiliarios (liquidados estimativamente o no), o derechos de inscripción en el Registro de la Propiedad, referidos a las aportaciones a una sociedad de bienes inmuebles o de fondos de comercio situados en su territorio (vid. artículo 12.1, apartados a) y b) de la Directiva 69/335/CEE).

relación con las aportaciones de activo y pasivo producidas en el marco de fusiones, escisiones y aportaciones de activos transfronterizas⁹⁶⁵.

Ciertamente, la Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones de 1969 presentaba un contenido ya de por sí ambicioso, pero que, a su vez, se veía potenciado por un ámbito de aplicación subjetivo muy amplio que se extendía a todas las sociedades constituidas de acuerdo con el Derecho nacional de los Estados miembros y sujetas al Impuesto sobre Sociedades de alguno de ellos o a cualquier otro impuesto que lo sustituyera⁹⁶⁶. Asimismo, no conviene perder de vista como la Propuesta de Directiva contemplaba en su articulado una definición, no sólo de las operaciones de reorganización empresarial sobre las que proyectaba sus disposiciones (fusión, escisión y aportación de activos), sino también de otros conceptos relevantes para su aplicación como “sociedad transmitente”, “sociedad beneficiaria”, “rama de actividad”⁹⁶⁷, e incluso se refería en su anexo al concepto de “establecimiento permanente”. En nuestra opinión, y teniendo en cuenta el contexto legislativo en el que fue publicada, la Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones de 1969 bien podría ser merecedora del calificativo de “adelantada a su tiempo” ya que, en el plano del Derecho societario europeo, ni siquiera había sido presentada la Propuesta de Tercera Directiva sobre fusiones de sociedades anónimas de naturaleza doméstica⁹⁶⁸, y el grupo de expertos dirigidos por el profesor Goldman todavía se encontraba inmerso en los trabajos que, en 1973, darían lugar al “Proyecto de Convenio sobre fusiones internacionales de sociedades anónimas”⁹⁶⁹. De hecho, habría que esperar hasta comienzos de 1985 para que viese la luz una Propuesta de Directiva sobre fusiones transfronterizas de sociedades anónimas⁹⁷⁰.

En este sentido, lo cierto es que, a primera vista, podría resultar cuanto menos sorprendente el hecho de que se presentase una Propuesta de Directiva tendente a armonizar el régimen fiscal aplicable a determinadas operaciones transfronterizas de reorganización empresarial antes de que viera la luz una Propuesta de Directiva en el ámbito del Derecho societario europeo que estableciese su régimen jurídico-procedimental y contemplase una definición precisa de las mismas. Sin embargo, no debemos perder de vista que, incluso en ausencia de una norma comunitaria en materia

⁹⁶⁵ Vid. artículo 7.2 de la Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones de 1969.

⁹⁶⁶ Vid. artículo 3 de la Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones de 1969.

⁹⁶⁷ Vid. artículo 2.1 de la Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones de 1969. En este sentido, cabría señalar que, a la hora de definir la operación de fusión por absorción contenida en la Propuesta de Directiva de 1969, la Comisión tomó como referencia la definición consensuada por el grupo de expertos que, desde 1965, trabajaba para dar solución a la problemática que presentaban las fusiones transfronterizas en plano del Derecho societario, mientras que la definición del resto de operaciones cubiertas por la Propuesta de Directiva (fusión por constitución, escisión y aportación de activos) fueron elaboradas *ex novo* como variantes de la definición de fusión por absorción (en este sentido, *vid.* EUROPEAN TAXATION, *op.cit.*, p.152).

⁹⁶⁸ La Propuesta de Tercera Directiva del Consejo tendente a coordinar las garantías exigidas por los Estados miembros de las sociedades, en el sentido del artículo 58 párrafo 2 del Tratado, para proteger los intereses, tanto de los socios como de terceros, en lo relativo a las fusiones de las sociedades anónimas, fue presentada por la Comisión al Consejo el 16 de junio de 1970 (DOCE nº C 89, de 14 de julio de 1970, p.20).

⁹⁶⁹ Vid. *Bulletin des Communautés Européennes*, Supplément nº13/1973, pp.1-28.

⁹⁷⁰ DOCE nº C 23, de 25 de enero de 1985, p.11.

societaria, en el momento de presentación de la Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones algunas operaciones de reorganización empresarial de naturaleza transfronteriza, tales como fusiones o aportaciones de activos, ya resultaban jurídicamente posibles en algunos Estados miembros. Por tanto, aun cuando estas operaciones no resultaban “jurídicamente sencillas” (tal y como hemos tenido ocasión de comprobar en anteriores epígrafes de este trabajo) y presentaban una menor importancia en términos cuantitativos que sus homólogas de naturaleza interna, desde la óptica de las instituciones comunitarias, la Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones de 1969 se concebía como un instrumento que, de ser aprobado, facilitaría su realización (en aquellos supuestos en los que de acuerdo con las legislaciones de los Estados miembros implicados fuesen posibles), eliminando el prohibitivo coste fiscal que suponían⁹⁷¹ a la espera de que, más adelante, otra norma europea abriese definitivamente la puerta a su realización en el conjunto de los Estados miembros.

No obstante, resulta interesante observar como la Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones de 1969 también se refiere a las escisiones transfronterizas, a pesar de que se trataba de una operación no contemplada en los ordenamientos domésticos de la mayoría de Estados miembros, que no figuraba explícitamente recogida en el “Memorándum de la Comisión de 1966”, y que apenas se mencionaba una vez en el “Programa de armonización de los impuestos directos de 1967”. A este respecto, cabría señalar como el tradicional recelo de los Estados miembros hacia esta operación no era compartido por las instituciones comunitarias que veían cómo las operaciones de escisión, en determinados supuestos (p.ej. escisión en favor de sociedades ya existentes), podían contribuir a incrementar el grado de concentración empresarial existente en la Comunidad, a saber uno de los objetivos prioritarios por aquel entonces⁹⁷².

En definitiva, y a modo de síntesis, podría afirmarse que la importancia de la Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones de 1969 residía esencialmente en la creación de un régimen de fiscal especial aplicable a las fusiones, escisiones y aportaciones de activos transfronterizas, caracterizado no sólo por la búsqueda de la neutralidad fiscal en este tipo de operaciones a través del establecimiento de un sistema de diferimiento del gravamen de las plusvalías, sino también por la adopción de medidas específicas destinadas a eliminar posibles situaciones de “desventaja comparativa” frente a operaciones de reorganización empresarial de naturaleza interna, así como los problemas de doble imposición y tratamiento fiscal desfavorable que se producían en aquellos supuestos en los que una sociedad llevaba a cabo sus actividades en otros Estados miembros a través de establecimientos permanentes. De este modo, la Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones de 1969 se configuraba como un instrumento decisivo a la hora de eliminar los principales obstáculos fiscales que afectaban a los procesos de cooperación y reorganización de las empresas europeas en el seno del

⁹⁷¹ De hecho, en su momento, algún autor como ROELANS, J., *op.cit.*, p.95, llegó a afirmar que las cargas fiscales que debían soportar las fusiones intra-comunitarias “equivalían casi a una confiscación”.

⁹⁷² En este sentido, *vid.* EUROPEAN TAXATION, *op.cit.*, p.152.

mercado común, tan necesarios en aquel momento para fomentar su productividad y competitividad frente a expresas extranjeras. No obstante, precisamente el carácter tan ambicioso de la Propuesta de Directiva se convertiría en un arma de doble filo que terminaría por dilatar el acuerdo de los Estados miembros para su aprobación más de veinte años.

5. La Directiva 90/434/CEE

5.1. Consideraciones generales

Poco después de la publicación de las Propuestas de Directiva de 1969 (Directiva Fiscal de Fusiones y Directiva Matriz-Filial), y una vez vencido el plazo de implementación que éstas habían fijado orientativamente en el 1 de enero de 1971 (a la espera, evidentemente, de su aprobación definitiva)⁹⁷³, lo cierto es que el interés por su aprobación fue una constante en el seno de las instituciones europeas durante la década de los setenta y ochenta, tal y como quedó de manifiesto, por ejemplo, en el “Memorándum de la Comisión de 1970”⁹⁷⁴, en la reunión de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada del 19 al 21 de octubre de 1972 en París, en el “Informe sobre el alcance de la convergencia de los sistemas fiscales en la Comunidad” de 1980⁹⁷⁵, en la Comunicación del Vice-presidente de la Comisión, Christopher Tugendhat, al Consejo, SEC (84) 77, de 17 de enero de 1984, o en el “Libro Blanco para la consecución del mercado interior” publicado en 1985⁹⁷⁶. A este respecto resultan ilustrativas las palabras de la Comisión Europea cuando, en 1970, afirmaba que “estas dos propuestas de Directivas no solucionan todos los problemas fiscales vinculados a la concentración entre sociedades de diferentes Estados miembros. Sin embargo, parecen abordar los más importantes, debiendo los restantes recibir una solución a través de la armonización fiscal que se deberá desarrollar de forma progresiva en la Comunidad. Por ello, una decisión rápida sobre estas dos Directivas podría suponer una contribución decisiva a la reestructuración de la industria comunitaria”⁹⁷⁷. De hecho, poco después, la Comisión

⁹⁷³ Vid. artículo 15 de la Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones de 1969 y artículo 8 de la Propuesta de Directiva Matriz-Filial de 1969.

⁹⁷⁴ COMMISSION EUROPÉENNE, *La politique industrielle de la Communauté. Mémoire de la Commission au Conseil*, COM (70) 100 final, 1970.

⁹⁷⁵ EUROPEAN COMMISSION, “Rapport from the Commission to the Council on the scope for convergence of tax systems in the Community”, COM (80) 139 final, 27 March 1980, *Bulletin of the European Communities*, Supplement n° 1/80.

⁹⁷⁶ COMMISSION EUROPÉENNE, *L'achèvement du marché intérieur. Livre blanc de la Commission à l'intention du Conseil européen*, COM (85) 310 final, 14 Juin 1985.

⁹⁷⁷ Vid. COMMISSION EUROPÉENNE, *La politique industrielle de la Communauté. Mémoire de la Commission au Conseil*, COM (70) 100 final, 1970, p.161.

urgiría al Consejo a aprobar ambas Propuestas de Directiva antes del 1 de enero de 1974⁹⁷⁸.

Sin embargo, la naturaleza complementaria de ambas Propuestas, y la intención de aprobarlas de forma simultánea junto con el Convenio de arbitraje en materia de precios de transferencia, se traducían en que las citadas normas no podrían ver la luz hasta que los Estados miembros llegasen a un acuerdo en todos los aspectos conflictivos que planteaban. Por lo que respecta la Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones, los principales obstáculos se presentaban, por una parte, en el ámbito de la protección de los derechos de participación de los trabajadores, habida cuenta de que Alemania se mostraba especialmente preocupada por la posibilidad de que a través de una operación de reorganización empresarial transfronteriza cubierta por la futura Directiva las sociedades pudiesen eludir su sistema de cogestión (*Mitbestimmung*)⁹⁷⁹ y, por otra parte, en relación con la inclusión o no del canje de acciones en su ámbito de aplicación objetivo⁹⁸⁰. De hecho, el consenso acerca de estas cuestiones sería el último en alcanzarse, y no se produciría hasta la reunión del Consejo de 4 de junio de 1984⁹⁸¹.

Por otra parte, quizás no estaría demás apuntar como un factor adicional relevante para explicar el retraso en la aprobación de la Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones, el diferente grado de influencia que la Comisión Europea pudo ejercer sobre los Estados miembros a lo largo de los años. En este sentido, y al objeto de justificar el lapso temporal transcurrido entre la Propuesta de Reglamento de 1973 sobre el control de las operaciones de concentración empresarial y su aprobación definitiva en 1989, se ha apuntado como en los años setenta, y a consecuencia de la denominada “crisis de la silla vacía” de 1965, la Comisión Europea adoptó un papel más discreto que en la década anterior. Si a esto sumamos, el auge de las políticas económicas de corte neo-proteccionista y en clave estrictamente interna implementadas por los Estados miembros a raíz de la crisis de los años setenta, no resulta difícil comprender los tímidos avances alcanzados en este periodo por lo que respecta a la construcción del mercado común. No será pues hasta mediados de la década de los ochenta, bajo el liderazgo de Jaques

⁹⁷⁸ Vid. EUROPEAN COMMISSION “Memorandum from the Commission on the technological and industrial policy programme”, SEC (73) 1090, 3 May 1973, *Bulletin of the European Communities*, Supplement 7/73, p.18. No obstante, lo cierto es que la doctrina científica de la época ya se mostraba escéptica acerca de la fecha final de su aprobación afirmando que “si bien estos dos textos han sido elaborados a instancias del Consejo, parecen permanentemente estancados en los archivos de este último” (vid. MONTAGNIER, G., “Fiscalité”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, vol.11, n°3, 1975, p.548).

⁹⁷⁹ A este respecto, nótese como el Comité Económico y Social en su Dictamen de 26 de junio de 1969, sobre la Propuesta de Directiva del Consejo relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones y aportaciones de activos entre sociedades de Estados miembros diferentes, apartado I.3 (DOCE n° C 100, de 1 de agosto de 1969, p.4) ya mostró su preocupación por los derechos de los trabajadores al insistir sobre la necesidad de “garantizar que, con motivo de toda fusión o concentración, se mantuviesen los derechos e intereses económicos y sociales de los trabajadores (...)”.

⁹⁸⁰ Sobre esta cuestión, vid. EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the Council. Fiscal measures aimed at encouraging cooperation between undertakings of different Member states*, COM (85) 360 final, 5 July 1985, pp.1-3.

⁹⁸¹ En este sentido, vid. COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Compromise proposal from the Presidency. Tax measures to encourage co-operation between undertakings from different Member States*, Doc. N° 7676/84 – FISC 57, 4 June 1984, pp.1-2.

Delors, cuando la Comisión Europea comience a recuperar la capacidad de influencia perdida⁹⁸².

Ciertamente, y salvando las distancias, existe un paralelismo entre ambas situaciones que va más allá del ámbito estrictamente temporal, y es que si los Estados miembros ya eran reacios a ceder sus competencias sobre el control de las operaciones de concentración empresarial con trascendencia comunitaria por afectar a un área que consideraban relevante dentro del ámbito de su soberanía nacional, más lo serían en el ámbito del régimen fiscal aplicable a las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial, pues a pesar de tratarse de una Directiva y no de un Reglamento, sus efectos se proyectaban sobre un ámbito ya no relevante, sino nuclear, dentro de su soberanía. De hecho, algunos autores han apuntado que los Estados miembros, aun cuando a nivel doméstico contemplaban medidas fiscales especiales aplicables a determinadas operaciones de reorganización empresarial, mostraban una cierta desconfianza ante la aprobación de una norma europea que, a través del establecimiento de un régimen fiscal común aplicable a estas operaciones en el ámbito transfronterizo, favoreciese su realización y, de este modo, pudiera ponerse en peligro la posición de sus “campeones nacionales”⁹⁸³.

Finalmente, habría que esperar hasta el 23 de julio de 1990 para que viesan la luz la Directiva 90/434/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros⁹⁸⁴, la Directiva 90/435/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados Miembros diferentes⁹⁸⁵, y el Convenio 90/436/CEE relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de beneficios de empresas asociadas⁹⁸⁶, cuya aprobación conjunta supuso un importante paso adelante en aras de eliminar los principales obstáculos fiscales a la actividad transfronteriza de las empresas europeas.

5.2. Objeto, finalidad y principales diferencias con respecto a la Propuesta de Directiva de 1969

Si nos centramos en la Directiva 90/434/CEE, podría afirmarse que la finalidad última perseguida pivotaba sobre la eliminación de las restricciones, desventajas o distorsiones derivadas de las disposiciones fiscales de los Estados miembros que obstaculizaban la realización de operaciones transfronterizas de fusión, escisión, aportación de activos y canje de acciones, al objeto de permitir que las empresas

⁹⁸² Sobre esta cuestión, *vid.* GARCÍA-DURÁN HUET, P., *op.cit.*, pp.519-523.

⁹⁸³ En este sentido, *vid.* CHOWN, J., “Eliminating tax obstacles...”, *op.cit.*, p.569.

⁹⁸⁴ DOCE nº L 225, de 20 de agosto de 1990, p.1.

⁹⁸⁵ DOCE nº L 225, de 20 de agosto de 1990, p.6.

⁹⁸⁶ Convenio 90/436/CEE relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas (DOCE nº L 225, de 20 de agosto de 1990, p.10).

europeas pudieran adaptarse a la exigencias del nuevo mercado comunitario, aumentar su productividad, y reforzar su posición competitiva en el plano internacional, así como garantizar el establecimiento y el buen funcionamiento del mercado interior⁹⁸⁷. En este sentido, el principal problema (pero no el único) al que debía hacer frente la citada Directiva residía en el elevado coste fiscal asociado a estas operaciones y que se derivaba del gravamen inmediato de las plusvalías puestas de manifiesto en el momento de su realización.

A este respecto, es importante recordar que, incluso con anterioridad a la presentación de la Propuesta de Directiva de 1969, todos los Estados miembros contemplaban en sus respectivas legislaciones nacionales medidas especiales en el ámbito de la imposición directa orientadas fundamentalmente, bien a disminuir el coste asociado a las operaciones de fusión de naturaleza doméstica (sistemas de tipo reducido o de fraccionamiento del pago) o bien a garantizar su neutralidad fiscal (sistema de diferimiento), y que, en algunos casos (p.ej. Alemania, Francia, o Países Bajos), resultaban extensibles a otras operaciones domésticas de reorganización empresarial tales como escisiones, aportaciones de activos o canjes de acciones, habida cuenta de la creciente necesidad de que sus empresas nacionales adaptasen su dimensión y estructura a las nuevas condiciones surgidas como resultado del establecimiento del mercado comunitario. De hecho, se ha apuntado que una característica común a este tipo de regímenes fiscales especiales suele ser la persecución de una finalidad “extrafiscal” consistente en facilitar las reorganizaciones societarias al objeto de potenciar su flexibilidad, productividad y competitividad, frente a los regímenes generales de gravamen, que atienden esencialmente a la naturaleza jurídica de la operación⁹⁸⁸. Sin embargo, inspirados por un cierto temor a perder o ver enormemente dificultada la posibilidad de gravar las rentas o plusvalías generadas en su territorio, eran minoría los Estados miembros que extendían la aplicación de sus regímenes fiscales “especiales” a supuestos transfronterizos, lo que situaba a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizadas en el plano intra-comunitario en una situación de desventaja frente a sus operaciones homólogas llevadas a cabo en el ámbito interno.

En cualquier caso, ya hemos señalado como la mera ampliación al ámbito transfronterizo de dichos regímenes nacionales tampoco constituía una solución válida en la práctica, habida cuenta de que las diferencias entre los mismos podrían dar lugar a la aparición de distorsiones y alterar la dirección en la que se llevaban a cabo estas operaciones (en perjuicio del Estado miembro con el régimen fiscal más flexible). Por ello, el objetivo fundamental de la Directiva 90/434/CEE consistía precisamente en la configuración de un régimen fiscal común aplicable en el conjunto de Estados miembros que garantizase la neutralidad fiscal de las operaciones transfronterizas de

⁹⁸⁷ Vid. Considerando nº1 de la Directiva 90/434/CEE.

⁹⁸⁸ En este sentido, vid. MENÉNDEZ GARCÍA, G., “Delimitación de los regímenes tributarios (general y especial) aplicables a la sociedad que se escinde y a la sociedad o sociedades beneficiarias”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº262, 2004, p.7; o CALVO VÉRGEZ, J., “La delimitación del motivo económico válido dentro del régimen especial de fusiones del IS a la luz de la normativa y de la jurisprudencia comunitaria”, *Forum Fiscal de Álava*, nº154, 2013, p.40.

fusión, escisión, aportación de activos y canje de acciones (tanto a nivel de las sociedades participantes como desde la óptica de los socios de la sociedad transmitente o dominada), eliminando el elevado coste que suponía el gravamen inmediato de las plusvalías puestas de manifiesto en el momento de su realización, pero salvaguardando al mismo tiempo los intereses financieros del Estado miembro de la sociedad transmitente (fusiones, escisiones y aportaciones de activos) o dominada (canje de acciones)⁹⁸⁹.

Se trataba pues de evitar que cuestiones de índole fiscal pudiesen distorsionar las decisiones empresariales acerca de la realización de estas operaciones, actuando como freno o estímulo, habida cuenta de que dichas decisiones deberían estar guiadas exclusivamente por criterios o motivos de naturaleza económica⁹⁹⁰. En este sentido, no puede perderse de vista como este planteamiento contrastaba con el seguido por algunos Estados miembros a nivel doméstico con anterioridad a la aprobación de la Directiva 90/434/CEE. A este respecto, podría traerse a colación el caso de España, por cuanto la Ley 76/1980, de 26 de diciembre, sobre el régimen fiscal de las fusiones de empresas⁹⁹¹, iba más allá de la mera neutralidad y pretendía estimular estas operaciones, por una parte, a través de la concesión de importantes bonificaciones tributarias para las sociedades participantes, tales como la posibilidad de revalorizar los elementos patrimoniales recibidos a un coste fiscal mínimo, lo que, unido a las mayores amortizaciones y a las menores plusvalías en el momento de la venta de tales activos, daba lugar a un doble ahorro fiscal; y, por otra parte, mediante la concesión de bonificaciones de hasta el 99% en el Impuesto sobre Sociedades, en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y en el Impuesto Municipal sobre el Incremento en el Valor de los Terrenos, en función de una valoración *ad hoc* de la operación realizada por la Administración tributaria⁹⁹². Ciertamente, en el contexto de regímenes fiscales especiales de esta naturaleza, no resulta difícil vislumbrar cómo la importancia del elemento fiscal a la hora de planificar la realización de una operación de reorganización empresarial en ocasiones podía dejar en un segundo plano a otros motivos de índole económico y organizativo⁹⁹³.

⁹⁸⁹ Vid. Considerandos nº3 y 4 de la Directiva 90/434/CEE.

⁹⁹⁰ En este sentido, *vid.* THÖMMES, O., TOMSETT, E., *op.cit.*, p.228. De hecho, se ha apuntado que la situación ideal sería aquella en la que se garantizase la neutralidad fiscal de las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial en el Estado miembro donde estuviesen domiciliadas las sociedades participantes, en el Estado miembro donde los socios de las mismas fuesen residentes, así como en el Estado miembros donde estuviesen localizados los establecimientos permanentes de las sociedades participantes (así lo entiende, RUHLMANN, M., “German tax pitfalls for cross-border mergers”, *Tax Notes International*, vol.71, nº6, 2013, pp.567-568).

⁹⁹¹ Nótese como esta ley sería posteriormente complementada por el Real Decreto 2182/1981, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación y desarrollo de la Ley 76/1980, de 26 de diciembre, sobre régimen fiscal de las fusiones de Empresas.

⁹⁹² Sobre esta cuestión, *vid.* DOMÍNGUEZ PÉREZ, J.L., *op.cit.*, p.157; o LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J.A., “Régimen fiscal de las fusiones, escisiones, aportaciones no dinerarias de rama de actividad y canje de valores”, *Tribuna Fiscal: Revista Tributaria y Financiera*, nº19, 1992, p.54.

⁹⁹³ En este sentido, *vid.* LARGO GIL, R., *La fusión de sociedades mercantiles: fase preliminar, proyecto de fusión e informes*, Civitas, 2ª Edición, Madrid, 2000, p.92.

Asimismo, algún autor ha destacado que la neutralidad fiscal pretendida por la Directiva 90/434/CEE tan sólo refleja una dimensión de un concepto más amplio de neutralidad fiscal total o global, concebida como una suerte de principio orientador del proceso de armonización de la fiscalidad empresarial y caracterizada por la verificación de cinco condiciones, a saber: 1) las decisiones acerca del destino de una inversión no pueden verse influidas por disposiciones de naturaleza fiscal; 2) la elección de la forma jurídica de la empresa no puede verse influenciada por disposiciones fiscales que favorezcan a ciertas entidades jurídicas frente a otras; 3) las disposiciones fiscales no pueden tratar de un modo más favorable la inversión directa que la indirecta; 4) las disposiciones fiscales no deben afectar a la elección de los medios de financiación de la empresa; y 5) no debe existir discriminación entre la inversión extranjera y la doméstica realizada por un residente, o entre la inversión doméstica realizada por un residente y por un no residente⁹⁹⁴. De todas formas, y a pesar de lo dicho anteriormente, no debemos perder de vista que, en la medida en que la neutralidad fiscal que aspira a conseguir la Directiva 90/434/CEE se instrumenta a través del establecimiento de un sistema de diferimiento del gravamen de las plusvalías puestas de manifiesto como resultado de la operación de reorganización empresarial en cuestión, lo cierto es que podría generarse un estímulo o incentivo a la realización de estas operaciones.

Por tanto, y por lo que respecta a la consecución de la neutralidad fiscal en el marco de las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial, podría decirse que la Directiva 90/434/CEE se limitaba a recoger uno de los fines esenciales para los que fue concebida la Propuesta de Directiva de 1969. No obstante, una comparativa del contenido de ambos textos legales pone de manifiesto la existencia de importantes diferencias entre los mismos, tal y como trataremos de sintetizar a continuación sin perjuicio de que volvamos sobre dichas diferencias con más detenimiento en posteriores epígrafes de este trabajo.

De este modo, la primera cuestión que cabría señalar giraría en torno a la ampliación del ámbito de aplicación objetivo de la Directiva 90/434/CEE frente a su predecesora, habida cuenta de que, por una parte, se incorporaba la operación de canje de acciones y, por otra parte, se contemplaba una nueva modalidad de operaciones de fusión, en concreto, la transmisión por parte de una sociedad, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, del conjunto de sus elementos de activo y

⁹⁹⁴ En este sentido, *vid.* MAVRAGANIS, G., *op.cit.*, pp.222-223. A juicio de este autor, otros principios relevantes en el ámbito del proceso de armonización de la fiscalidad empresarial en el seno de la Unión Europea serían el principio de subsidiariedad, el principio de eficiencia económica en relación con las inversiones realizadas por las empresas, el principio de equidad (que se extiende más allá de su concepción tradicional de equidad horizontal-vertical para dar cobertura a determinadas cuestiones vinculadas con el establecimiento del mercado común, tales como la conciliación de los intereses tributarios del Estado miembro de residencia de la entidad perceptora de rentas y los del Estado miembro de la fuente donde se generan), el principio de flexibilidad (que exige que la armonización de las legislaciones fiscales nacionales se adapte a los desarrollos económicos, políticos y legales, así como a las tendencias en el ámbito de la fiscalidad empresarial internacional), el principio de certeza sobre el contenido, vigencia y aplicación de las disposiciones fiscales para el contribuyente, el principio de viabilidad administrativa y aceptabilidad política, o el principio de orientación anti-evasión y anti-elusión de las normas de armonización fiscal.

pasivo a la sociedad que ostenta la titularidad de la totalidad de los títulos representativos de su capital social⁹⁹⁵. Sin embargo, el efecto positivo que podría derivarse de esta ampliación del ámbito de aplicación objetivo de la Directiva 90/434/CEE quedaba, en cierto modo, oscurecido por la limitación de su ámbito de aplicación subjetivo a través de la configuración en su anexo de una lista de las formas jurídicas concretas de cada uno de los Estados miembros que podían beneficiarse de sus disposiciones, así como la introducción del requisito adicional de que las sociedades en cuestión tuviesen, de acuerdo a la legislación fiscal de un Estado miembro, su domicilio fiscal en dicho Estado y que, en virtud de lo establecido por un CDI celebrado con un Estado tercero, no se considerase que la sociedad tenía su domicilio fiscal fuera de la Comunidad⁹⁹⁶.

Por lo que respecta al sistema de diferimiento del gravamen de las posibles plusvalías surgidas como resultado de la diferencia entre el valor real y el valor fiscal de los elementos patrimoniales transmitidos (a saber, el mecanismo fundamental empleado por la Directiva 90/434/CEE para eliminar el elevado coste fiscal tradicionalmente asociado a las operaciones de reorganización empresarial sin que se produjera un menoscabo de los intereses financieros del Estado miembro de la sociedad transmitente), lo cierto es que, en líneas generales, se mantiene la configuración establecida por la Propuesta de Directiva de 1969 y, en concreto, el requisito de vinculación de los elementos patrimoniales transmitidos a un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria situada en el territorio del Estado miembro de la sociedad transmitente⁹⁹⁷. Sin embargo, se introducen una serie de modificaciones entre las que cabría destacar: 1) la eliminación de la prohibición explícita de que los bienes muebles fuesen transferidos físicamente al Estado miembro de la sociedad beneficiaria, contrarrestada por la introducción de la obligación de que los elementos patrimoniales transmitidos contribuyesen a la obtención de los resultados que integrarían la base imponible de los impuestos a pagar en el Estado miembro de la sociedad transmitente⁹⁹⁸; 2) la matización de la obligación de la sociedad beneficiaria de calcular (en sede de dichos establecimientos permanentes) las nuevas amortizaciones, plusvalías y minusvalías relativas a los bienes recibidos sobre la base del valor por el que dichos bienes figuraban en el balance de la sociedad transmitente, en el sentido de exigir a la sociedad beneficiaria que realice dichos cálculos “en las mismas condiciones en que lo habrían realizado la o las sociedades transmitentes si no se hubiera llevado a cabo la fusión o la escisión”⁹⁹⁹; 3) el establecimiento de forma explícita de que cuando, con arreglo a la legislación del Estado miembro de la sociedad transmitente, la sociedad beneficiaria pueda calcular las nuevas amortizaciones, plusvalías o minusvalías relativas a los elementos patrimoniales transmitidos en condiciones distintas a las anteriores, no

⁹⁹⁵ Vid. artículo 2, apartados a) y d) de la Directiva 90/434/CEE.

⁹⁹⁶ Vid. artículo 3 de la Directiva 90/434/CEE.

⁹⁹⁷ Nótese, sin embargo, que la Directiva 90/434/CEE en su artículo 4.1 hace referencia al término “vinculación efectiva”, frente a la Propuesta de Directiva de 1969 que optaba por la expresión “vinculación contable” en su artículo 4.

⁹⁹⁸ Vid. artículo 4.1 de la Directiva 90/434/CEE.

⁹⁹⁹ Vid. artículo 4.2 de la Directiva 90/434/CEE.

podrá aplicarse la regla del diferimiento del gravamen de las plusvalías en relación con los elementos de activo y de pasivo para los que la sociedad beneficiaria hubiera hecho uso de dicha facultad¹⁰⁰⁰; y 4) la introducción de una definición del concepto de “valor fiscal”, ausente en la Propuesta de Directiva de 1969.

Más allá de la regla de diferimiento del gravamen de las plusvalías en sede de la sociedad transmitente, la Directiva 90/434/CEE contemplaba otra serie de medidas en diferentes ámbitos destinadas a garantizar la neutralidad fiscal de la operación y evitar que, en la medida de lo posible, las consecuencias tributarias de una operación de reorganización empresarial realizada entre sociedades de diferentes Estados miembros resultasen más onerosas que las asociadas a la misma operación cuando las protagonistas eran sociedades del mismo Estado miembro. De hecho, tal y como se ha apuntado, “una de las exigencias racionales mínimas del Mercado “común”, y *a fortiori* de un Mercado “interior”, es que las sociedades de Estados miembros diferentes puedan reestructurarse y cooperar en condiciones fiscales que no sean más desfavorables que si se encontraran situadas en un mismo Estado”¹⁰⁰¹.

De este modo, se establecía que las provisiones o reservas regularmente constituidas con exención total o parcial del impuesto en sede de la sociedad transmitente, deberían ser asumidas en las mismas condiciones de exención del impuesto por los establecimientos permanentes de la sociedad beneficiaria situados en el territorio del Estado miembro de la sociedad transmitente, si bien a diferencia de lo que sucedía en la Propuesta de Directiva de 1969, se excluían explícitamente de la aplicación de esta regla las provisiones o reservas procedentes de establecimientos permanentes en el extranjero¹⁰⁰². Por lo que respecta al tema de las pérdidas pendientes de compensación en sede de la sociedad transmitente, la “regla general” prevista en la Propuesta de Directiva de 1969 relativa a la posibilidad de su traslado a la contabilidad de los establecimientos permanentes de la sociedad beneficiaria situados en el Estado miembro de la transmitente (a excepción de aquéllas procedentes de establecimientos permanentes en el extranjero) con el fin de proceder a su compensación de acuerdo con lo establecido en la normativa fiscal aplicable a dichos establecimientos permanentes, se ve transformada por la Directiva 90/434/CEE en una mera “regla de no discriminación” que simplemente obliga a los Estados miembros a extender al traslado de pérdidas desde la sociedad transmitente al establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria situado en su territorio las disposiciones que, en el ámbito de operaciones de reorganización empresarial de naturaleza doméstica, permitan que la sociedad beneficiaria asuma las pérdidas de la sociedad transmitente aún no amortizadas desde el punto de vista fiscal¹⁰⁰³.

En relación con aquellos supuestos en los que la sociedad beneficiaria ostenta una participación en el capital de la sociedad transmitente, la Directiva 90/434/CEE, en

¹⁰⁰⁰ Vid. artículo 4.3 de la Directiva 90/434/CEE.

¹⁰⁰¹ Vid. MONTAGNIER, G., “Harmonisation fiscale communautaire”, *op.cit.*, p.92.

¹⁰⁰² Vid. artículo 5 de la Directiva 90/434/CEE.

¹⁰⁰³ Vid. artículo 6 de la Directiva 90/434/CEE.

línea con la Propuesta de Directiva de 1969, también establece la prohibición para los Estados miembros de aplicar gravamen alguno sobre la plusvalía obtenida por la sociedad beneficiaria con motivo de la anulación de su participación¹⁰⁰⁴, si bien en relación con la citada Propuesta pueden observarse las siguientes diferencias: 1) no se hace referencia al supuesto en el que la sociedad transmitente ostenta una participación en el capital de la sociedad beneficiaria; 2) se elimina la posibilidad para la sociedad beneficiaria de deducir de su base imponible las minusvalías surgidas como resultado de la anulación de su participación en el capital de la sociedad transmitente; 3) se introduce la posibilidad de que los Estados miembros puedan establecer excepciones a la regla general anteriormente comentada cuando la participación de la sociedad beneficiaria en el capital de la sociedad transmitente no exceda del 25%¹⁰⁰⁵.

Por lo que respecta al ámbito de los socios de la sociedad transmitente o dominada, la Directiva 90/434/CEE, siguiendo lo dispuesto en la Propuesta de Directiva de 1969, establece la regla general de que, en el marco de operaciones de fusión, escisión o canje de acciones, la atribución a dichos socios de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria o dominante a cambio de los títulos que poseían en el capital social de la sociedad transmitente o dominada no puede dar lugar por sí misma a la aplicación de un impuesto sobre la renta, los beneficios o las plusvalías de dichos socios¹⁰⁰⁶, siempre que estos no atribuyan a los títulos recibidos un valor fiscal más elevado que el que tuvieron los títulos intercambiados inmediatamente antes de la fusión, la escisión o el canje de acciones¹⁰⁰⁷. Sin embargo, en comparación con la Propuesta de Directiva de 1969, la Directiva 90/434/CEE introduce una serie de elementos destinados a perfeccionar la configuración y aplicación de esta regla, a saber: 1) se establece de forma explícita la facultad de los Estados miembros para gravar el beneficio resultante de la ulterior cesión de los títulos recibidos por los socios de la sociedad transmitente o dominada de la misma forma en que se habría gravado el beneficio resultante de la cesión de los títulos antes de la atribución¹⁰⁰⁸; 2) se introduce una definición del concepto de “valor fiscal” a los efectos de aplicación de esta regla¹⁰⁰⁹; 3) se dispone que, en aquellos supuestos en los que un socio tuviera autorización, con arreglo a la legislación del Estado miembro de su residencia, para atribuir a los títulos recibidos un valor fiscal superior que el que tuvieron los títulos intercambiados inmediatamente antes de la operación no se aplicará la regla general de ausencia de gravamen inmediato en relación con los títulos para los que dicho socio hubiese ejercido su derecho de opción¹⁰¹⁰; y 4) se establece que, en todo caso, podrá procederse al gravamen inmediato de compensación en efectivo que, en su caso, reciban

¹⁰⁰⁴ Vid. artículo 7.1 de la Directiva 90/434/CEE.

¹⁰⁰⁵ Vid. artículo 7.2 de la Directiva 90/434/CEE.

¹⁰⁰⁶ Vid. artículo 8.1 de la Directiva 90/434/CEE.

¹⁰⁰⁷ Vid. artículo 8.2, párrafo primero de la Directiva 90/434/CEE.

¹⁰⁰⁸ Vid. artículo 8.2, párrafo segundo de la Directiva 90/434/CEE.

¹⁰⁰⁹ Vid. artículo 8.2, párrafo tercero de la Directiva 90/434/CEE.

¹⁰¹⁰ Vid. artículo 8.3 de la Directiva 90/434/CEE.

los socios de la sociedad transmitente o dominada con motivo de la fusión, de la escisión o del canje de acciones¹⁰¹¹.

En cualquier caso, podría decirse que la Directiva 90/434/CEE tan sólo buscaba dar solución a los “problemas fiscales a corto plazo” (“*short-term tax problems*”) que presentaban las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, y canjes de acciones de naturaleza transfronteriza, entendidos como aquéllos estrechamente vinculados al coste de la operación y a los flujos de tesorería de los participantes (tanto las propias sociedades como sus socios)¹⁰¹², dejando fuera de su ámbito de aplicación la problemática fiscal que, a largo plazo, podrían plantear algunas de estas operaciones en el ámbito de los socios de la sociedad transmitente o dominada que reciben títulos de una sociedad no residente, principalmente con respecto al régimen fiscal aplicable a las posteriores distribuciones de beneficios en aquellos supuestos en los que no resultase de aplicación la Directiva Matriz-Filial¹⁰¹³.

Ciertamente, la realización de alguna de las operaciones previstas en el artículo 2 de la Directiva Fiscal de Fusiones podría determinar, como resultado de la ampliación de capital que se produce en sede de la sociedad beneficiaria o adquirente, que la participación directa que una sociedad posee en el capital de otra sociedad se sitúe por debajo del umbral del 10% exigido por el artículo 3.1, apartado a), subapartado i) de la Directiva Matriz-Filial para otorgarle la condición de sociedad matriz, introduciendo de forma indirecta un obstáculo a la realización de dichas operaciones en el ámbito intra-grupo derivado del riesgo de que, con posterioridad a las mismas, determinados repartos de dividendos transfronterizos en el seno del grupo no queden cubiertos por la Directiva Matriz-Filial¹⁰¹⁴. En este sentido, cabría señalar que nos encontramos ante una

¹⁰¹¹ Vid. artículo 8.4 de la Directiva 90/434/CEE.

¹⁰¹² En este sentido, vid. RUSSO, R., OFFERMANN, R., *op.cit.*, p.250; o CALDERÓN CARRERO, J.M., “La regulación española de los “canjes de valores internacionales” desde una perspectiva comunitaria”, *Quincena Fiscal*, nº13, 2008, p.16.

¹⁰¹³ Otra cuestión que también se planteó en su momento pivotaba sobre un posible tratamiento fiscal desfavorable por parte del Estado miembro de residencia de los socios de la sociedad transmitente o dominada en relación con las plusvalías derivadas de la transmisión ulterior de sus títulos de la sociedad beneficiaria o dominante no residente. No obstante, lo cierto es que al margen de casos puntuales como el procedimiento de infracción abierto por la Comisión Europea contra España debido al establecimiento, en relación con la imposición de las plusvalías obtenidas al transmitir, a partir del 1 de enero de 1997, acciones adquiridas antes del 31 de diciembre de 1994, un régimen fiscal que resultaba menos favorable para las acciones cotizadas en mercados distintos de los mercados regulados españoles que para las acciones cotizadas en éstos, y que terminó en una declaración de incumplimiento de los artículos 56 y 63 del TFUE por parte del TJUE en su sentencia de 9 de diciembre de 2004, asunto C-219/03, *Comisión de las Comunidades Europeas v. España*, esta cuestión no resultó especialmente problemática (en este sentido, vid. BOIDMAN, N., “The effect of EC Law and ECJ decisions on international M&A”, *Tax Notes International*, vol.44, nº5, 2006, p.360).

¹⁰¹⁴ Pensemos, por ejemplo, en una sociedad A, constituida y residente a efectos fiscales en el Estado miembro X, que se sitúa en la cabecera de un grupo de sociedades, ostentando la titularidad del 10% del capital de la sociedad B, constituida y residente a efectos fiscales en el Estado miembro Y, así como el 100% del capital de la sociedad C, constituida y residente a efectos fiscales en el Estado miembro Z. Llegado un determinado momento, la sociedad C lleva a cabo una aportación de activos en favor de la sociedad B, recibiendo en contrapartida títulos de esta última que representan el 9% de su capital social original, esto es, el 8,25% de su capital social tras la ampliación de capital (9% x 100/109). En el ámbito intra-grupo esta operación tendría las siguientes consecuencias: 1) en primer lugar, los dividendos

problemática que, por una parte, ha sido mitigada por la reducción del porcentaje de participación exigido por la Directiva 90/435/CEE para otorgar a una sociedad la condición de sociedad matriz (desde el 25% al 10%), y por otra parte, presenta una menor intensidad en aquellos Estados miembros que, como España, no sólo han establecido de modo unilateral un umbral de participación inferior al 10% (en España se sitúa en el 5%)¹⁰¹⁵, sino que también admiten que dicha participación pueda ser ostentada de forma directa o indirecta¹⁰¹⁶.

A este respecto, no conviene perder de vista que podrían encontrarse supuestos en los que, la aplicación de los diferentes regímenes nacionales de imposición sobre los dividendos y de retención en origen, junto con el CDI correspondiente, determinase un incremento de los costes fiscales asociados a la operación de reorganización empresarial para los socios de la sociedad transmitente o dominada y, por ende, en un claro incentivo para su bloqueo en Junta General que decidiese sobre su aprobación¹⁰¹⁷. Así, y a título de ejemplo, pensemos en los accionistas individuales residentes en el Estado miembro X de una sociedad A residente en dicho Estado miembro que es adquirida a través de un canje de acciones por una sociedad B residente en el Estado miembro Y. En este caso, y suponiendo que el Estado miembro X aplicase un sistema de imputación a diferencia del Estado miembro Y, con posterioridad a la operación, los accionistas originarios de la sociedad dominada A (que ahora ya lo serían de la sociedad no residente B) no podrían seguir beneficiándose del crédito fiscal del que disfrutaban en el Estado miembro X con carácter previo a la operación cuando recibían dividendos directamente de A¹⁰¹⁸.

distribuidos con posterioridad a la operación desde la sociedad B a la sociedad C no quedarían cubiertos por el ámbito de aplicación de la Directiva Matriz-Filial, al situarse el porcentaje de participación de C en B por debajo del mínimo exigido por el artículo 3.1, apartado a), subapartado i) de dicha Directiva (10%); y 2) en segundo lugar, los dividendos distribuidos con posterioridad a la operación desde la sociedad B a la sociedad A también quedarían al margen de la Directiva Matriz-Filial ya que, como resultado de la ampliación de capital llevada a cabo en la sociedad B, el coeficiente de participación de la sociedad A en B se redujo hasta el 9,17% (10% x 100/109). Sobre esta cuestión, *vid.* EUROPEAN COMMISSION, “Company taxation in the internal market”, *Commission Staff Working Paper*, SEC (2001) 1681, pp.256-257.

¹⁰¹⁵ *Vid.* artículo 21.1 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

¹⁰¹⁶ En este sentido, *vid.* SANZ GADEA, E., “Fusiones y operaciones asimiladas: aspectos internacionales”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 239, 2004, p.23.

¹⁰¹⁷ *Vid.* LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., “Comentarios a la Directiva del régimen fiscal de reorganizaciones empresariales”, *Crónica Tributaria*, nº116, 2005, p.112.

¹⁰¹⁸ Ahora bien, a este respecto, es importante tener presente que la jurisprudencia del TJUE ha reaccionado contra esta posibilidad sobre la base de la interpretación de la libre circulación de capitales, afirmando que los artículos 63 y 65 del TFUE “se oponen a una normativa en virtud de la cual el derecho de una persona sujeta al pago de impuestos en un Estado miembro por obligación personal a que se le conceda el crédito fiscal por los dividendos que percibe de sociedades anónimas queda excluido cuando estas últimas no están establecidas en dicho Estado” (*vid.* STJUE, de 7 de septiembre de 2004, asunto C-319/02, *Petri Manninen*, ap.55). Por ello, el tradicional recurso a determinados mecanismos e instrumentos orientados fundamentalmente a garantizar que los accionistas de la sociedad dominada conserven un derecho a la percepción directa de dividendos de dicha sociedad con posterioridad a la operación de canje (p.ej. *dividend access shares*, *stapled stock schemes*, *dual-listed company structures*, etc.) ha ido perdiendo intensidad de forma más o menos paralela al abandono por parte de los Estados miembros de los sistemas de imputación (*vid.* BOIDMAN, N., *op.cit.*, pp.361-362).

Asimismo, y en relación con el reparto previo de dividendos de la sociedad dominada A (filial) a la sociedad dominante B (matriz), cabría señalar que, si bien es cierto que la Directiva 2011/96/UE impide que el Estado miembro X aplique una retención en origen sobre los mismos, no lo es menos que la sociedad matriz B, en su condición de socio persona jurídica no residente podría no tener derecho a la misma imputación de crédito fiscal a la que tendrían derecho los socios personas físicas por el impuesto pagado en el Estado de la fuente en virtud del CDI suscrito entre los Estados miembros X e Y. Por último, el Estado miembro Y podría aplicar una retención en origen sobre los dividendos distribuidos por la sociedad dominante B de forma tal que, aun cuando el CDI suscrito entre los Estados miembros X e Y concediese a los accionistas individuales residentes en el Estado miembro X un crédito fiscal en el ámbito del Impuesto sobre la Renta pagada en dicho Estado miembro por la percepción de dividendos transfronterizos¹⁰¹⁹, éstos podrían incurrir en una posición de exceso de crédito fiscal extranjero¹⁰²⁰. Ahora bien, lo cierto es que una adecuada planificación fiscal podría, como regla general, evitar estos efectos.

Por otra parte, la Directiva 90/434/CEE, inspirándose en la Propuesta de Directiva de 1969, también contiene disposiciones específicas para evitar el gravamen inmediato de las plusvalías, así como posibles problemas de doble imposición, en aquellos supuestos en los que entre el conjunto de elementos patrimoniales aportados en marco de una operación de fusión, escisión, o aportación de activos se encuentre un establecimiento permanente de la sociedad transmitente situado en un Estado miembro distinto al de su residencia. De este modo, la regla general fijada por la Directiva 90/434/CEE consiste en que el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente deberá renunciar a sus derechos de imposición sobre el establecimiento permanente situado en el extranjero, mientras que el Estado miembro en el que esté situado dicho establecimiento permanente y el Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria aplicarán a dicha aportación las disposiciones de la Directiva como si el primer Estado fuese el de la sociedad transmitente. En todo caso, y a diferencia de lo que sucedía en la Propuesta de Directiva de 1969, se establece la posibilidad para el Estado de residencia la sociedad transmitente de 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 compensado¹⁰²¹. Sin embargo, como excepción a la regla anteriormente comentada, la Directiva 90/434/CEE admite que, en aquellos casos en los que el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente aplique un régimen mundial de imposición del beneficio, éste pueda gravar los beneficios o las plusvalías del establecimiento permanente situado en otro Estado miembro resultantes de la operación de reorganización empresarial en cuestión, siempre que admita la

¹⁰¹⁹ En este sentido nótese como la Directiva Matriz-Filial no podría imponer la concesión de dicho crédito fiscal por parte del Estado miembro X, ni limitar la retención en origen sobre los dividendos distribuidos por la sociedad B residente en el Estado miembro Y a sus socios personas físicas residentes en el Estado miembro X.

¹⁰²⁰ Sobre esta cuestión, *vid.* TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., *European Tax Law, op.cit.*, pp.657-659.

¹⁰²¹ *Vid.* artículo 10.1 de la Directiva 90/434/CEE.

deducción del impuesto que, en ausencia de la aplicación de la Directiva, se hubiere aplicado y pagado en relación con dichos beneficios o plusvalías en el Estado miembro donde estuviese localizado el establecimiento permanente¹⁰²².

Ahora bien, aun cuando en estas disposiciones subyace un claro interés del legislador europeo en evitar posibles supuestos de doble imposición¹⁰²³, no parece que pueda afirmarse que la lucha contra el fenómeno de la doble imposición constituya *stricto sensu* la finalidad principal de la Directiva 90/434/CEE¹⁰²⁴ ya que, tal y como ha declarado el TJUE en su sentencia de 14 de noviembre de 2006, asunto C-513/04, *Mark Kerckhaert y Bernadette Morres v. Bélgica*, ap.22, “exceptuando la Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (DO L 225, p. 6), el Convenio de 23 de julio de 1990 relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas (DO L 225, p. 10) y la Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses (DO L 157, p. 38), no se ha adoptado hasta la fecha, en el marco del Derecho comunitario, ninguna medida de unificación o de armonización tendente a eliminar las situaciones de doble imposición”¹⁰²⁵.

A este respecto, es importante señalar que la Directiva 90/434/CEE, a diferencia de la Propuesta de Directiva de 1969, no contiene disposiciones específicas relativas al gravamen de los beneficios de los establecimientos permanentes que las sociedades residentes en su territorio tenían en el extranjero¹⁰²⁶. De este modo, serán los CDIs

¹⁰²² Vid. artículo 10.2 de la Directiva 90/434/CEE.

¹⁰²³ En este sentido, *vid.* SCHMIDT, M., “Permanent establishment and Merger Directive”, en AIGNER, H.J., ZÜGER, M., *Permanent establishments in international tax law*, Linde, Vienna, 2003, p.504; o VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.125.

¹⁰²⁴ A este respecto, resulta interesante señalar como, si bien el Preámbulo de la Directiva 90/434/CEE omite cualquier referencia a la doble imposición, el Considerando nº3 de la Directiva 2005/19/CE del Consejo, de 17 de febrero de 2005, 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 realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros (DOUE nº L 58, de 4 de marzo de 2005, p.19) establece que “uno de los objetivos de la Directiva 90/434/CEE es eliminar obstáculos al funcionamiento del mercado interior, como la doble imposición. Si las disposiciones de la Directiva no lo logran, los Estados miembros deberían tomar las medidas necesarias para alcanzarlo”. Nótese, asimismo, como el tenor literal de este Considerando se ha conservado bajo el numeral 14 en la Directiva 2009/133/CE, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro (DOUE nº L 310, de 25 de noviembre de 2009, p.34).

¹⁰²⁵ En un sentido similar, *vid.* SSTJUE de 16 de julio de 2009, asunto C-128/08, *Jacques Damseaux v. Bélgica*, aps.28-29; de 12 de febrero de 2009, asunto C-67/08, *Margarete Block v. Finanzamt Kaufbeuren*, ap.30; o de 6 de diciembre de 2007, asunto C-298/05, *Columbus Container Services v. Finanzamt Bielefeld-Innenstadt*, ap.45.

¹⁰²⁶ Esta omisión fue criticada en su momento por autores como LARKING, B., “The Merger Directive...”, *op.cit.*, p.362, que entendían que la implementación de un sistema común de gravamen de los establecimientos permanentes que las sociedades residentes en un Estado miembro tenían en otros Estados miembros resultaría interesante desde la óptica de la Directiva Fiscal de Fusiones por cuanto la estructura típica resultante de las operaciones de fusión, escisión y aportación de activos se caracterizaba por el surgimiento de un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria en el Estado miembro de

suscritos entre los diferentes Estados miembros los encargados de eliminar o atenuar los efectos negativos para el funcionamiento del mercado interior que se derivan de la coexistencia de sistemas tributarios nacionales¹⁰²⁷ y, en particular, los problemas de doble imposición.

De este modo, y aun cuando pueden encontrarse voces entre la doctrina que entienden que, desde el punto de vista de los objetivos perseguidos por la Directiva, el mecanismo más adecuado para eliminar la doble imposición jurídica en relación con las rentas atribuidas a los establecimientos permanentes localizados en otro Estado miembro sería el método de la exención que admite, no obstante, la posibilidad de que las pérdidas procedentes de dichos establecimientos permanentes puedan ser compensadas contra los beneficios obtenidos por la sociedad de la que dependen (sede central)¹⁰²⁸, lo cierto es que, a nuestro juicio, su “imposición” (al Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria) por parte de la propia norma comunitaria resultaría contraria a la actual doctrina del TJUE (que faculta a los Estados miembros a optar por el método para eliminar la doble imposición que consideren más adecuado) y difícilmente compatible con el principio de subsidiariedad. Ciertamente, el establecimiento (en un hipotético caso) por parte del Derecho de la UE de la obligación para los Estados miembros de aplicar un determinado mecanismo para eliminar la doble imposición en relación con las rentas obtenidas de establecimientos permanentes localizados en otros Estados miembros, no podría quedar circunscrita a un determinado ámbito como sería el de las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial, sino que tendría que tener un alcance general y venir de la mano de una norma de Derecho positivo europeo que armonizase los criterios para determinar la base imponible de las sociedades de los diferentes Estados miembros.

Asimismo, y también en materia de establecimientos permanentes, cabría destacar como, a diferencia de la Propuesta de Directiva de 1969, la Directiva 90/434/CEE, por una parte, no contempla disposición alguna destinada a evitar el posible tratamiento fiscal desfavorable otorgado por parte de los Estados miembros a los establecimientos permanentes de sociedades no residentes situados en su territorio frente a las sociedades residentes que desarrollan la misma actividad, y, por otra parte, elimina de su contenido la definición de establecimiento permanente que figuraba en el

residencia de la sociedad transmitente al que quedaban efectivamente vinculados los elementos patrimoniales transmitidos. A este respecto nótese como el Parlamento Europeo, en su Resolución sobre la Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones de 1969 (DOCE n° C 51, de 29 de abril de 1970, p.12), ya se había mostrado favorable a la supresión de los apartados 3, 4 y 5 del artículo 12 de la citada Propuesta referidos a la posibilidad de que la sociedad con establecimientos permanentes situados en el extranjero optase por el régimen del beneficio mundial.

¹⁰²⁷ En este sentido, *vid.*, entre otras, las SSTJUE de 8 de diciembre de 2011, asunto C-157/10, *Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. v. Administración General del Estado*, ap.31; de 20 de mayo de 2008, asunto C-194/06, *Orange European Smallcap Fund NV v. Staatssecretaris van Financiën*, ap.32; o de 8 de noviembre de 2007, asunto C-379/05, *Amurta SGPS v. Inspecteur van de Belastingdienst/Amsterdam*, ap.17.

¹⁰²⁸ En este sentido, *vid.* BOULOGNE, F., *Shortcomings in the EU Merger Directive*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2016, p.326, quien apunta que este método presenta una ventaja desde el punto de vista de liquidez de la sede central frente al método de la exención entendido en sentido estricto.

anexo de la Propuesta de Directiva de 1969. De hecho, la eliminación del articulado de la Directiva 90/434/CEE de alguna de las disposiciones que acabamos de señalar, fue objeto de algunas críticas tempranas por parte de la doctrina que apuntaban a que la Directiva Fiscal de Fusiones, en su versión final, no eliminaba los posibles sesgos fiscales existentes entre los canjes de acciones y las fusiones transfronterizas¹⁰²⁹. En cualquier caso, debe tenerse presente que la no discriminación de los establecimientos permanentes de sociedades no residentes frente a las sociedades residentes que llevan a cabo la misma actividad ya estaría garantizada por la libertad de establecimiento prevista en el TFUE o por el CDI suscrito entre los Estados miembros en cuestión si éste incorpora la cláusula contemplada en el artículo 24.3 del MCOCDE.

Otra de las novedades introducidas por la Directiva 90/434/CEE frente a su predecesora y que refleja la preocupación de los Estados miembros por el posible incentivo que podría constituir la aprobación de la Directiva para la realización de operaciones transfronterizas de reorganización empresarial con fines abusivos, pivota sobre la concesión a los Estados miembros de la facultad de negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de la Directiva 90/434/CEE o a retirar el beneficio de las mismas cuando la operación de fusión, escisión, aportación de activos o canje de acciones tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal¹⁰³⁰, o bien tenga por resultado que una sociedad, que participe o no en la operación, ya no reúna las condiciones necesarias para la representación de los trabajadores en los órganos de la sociedad según las modalidades aplicables antes de la operación en cuestión¹⁰³¹.

Por último, no conviene perder de vista como, a diferencia de la Propuesta de Directiva de 1969, que se proyectaba sucintamente sobre el ámbito de la fiscalidad indirecta prohibiendo la exigencia de cualquier impuesto sobre las transmisiones o similar en relación con las aportaciones de activo y pasivo producidas en el marco de fusiones, escisiones y aportaciones de activos transfronterizas, la Directiva 90/434/CEE queda circunscrita de forma exclusiva al ámbito de la imposición directa.

En definitiva, y a modo de síntesis, podría afirmarse que, con anterioridad a la aprobación de la Directiva 90/434/CEE, las legislaciones fiscales de los Estados miembros, guiadas por un evidente interés recaudatorio de corte proteccionista, contemplaban las operaciones de reorganización empresarial bajo una suerte de doble rasero en función del carácter interno o transfronterizo de las mismas, de forma tal que los regímenes fiscales “especiales” diseñados para reducir la elevada carga tributaria asociada a las primeras no siempre resultaban extensibles a las segundas. Ciertamente, esto chocaba frontalmente con la visión de las instituciones comunitarias que

¹⁰²⁹ En este sentido, *vid.* LARKING, B., “The Merger Directive...”, *op.cit.*, p.363.

¹⁰³⁰ *Vid.* artículo 11.1, apartado a) de la Directiva 90/434/CEE.

¹⁰³¹ *Vid.* artículo 11.1, apartado b) de la Directiva 90/434/CEE. Nótese como, en este tipo de supuestos los Estados miembros sólo podrán hacer uso de la facultad anteriormente mencionada “en la medida en que no pueda aplicarse a las sociedades a las que se refiere la presente Directiva ninguna normativa comunitaria que incluya disposiciones equivalentes en materia de representación de los trabajadores en los órganos de la sociedad” (*vid.* artículo 11.2 de la Directiva 90/434/CEE).

contemplaban la cuestión con mayor altura de miras, conscientes de la necesidad de garantizar las Libertades Fundamentales previstas en el Tratado (especialmente el derecho de establecimiento), fomentar la cooperación entre sociedades de diferentes Estados miembros, así como mejorar la competitividad de las empresas europeas en el plano internacional¹⁰³², más aun si tenemos en cuenta que los EE.UU. iban un paso por delante de la Unión Europea al disponer de un régimen fiscal especial para facilitar la realización de determinadas operaciones de reorganización empresarial de carácter interno que, sujeto a una serie de condiciones, podía extenderse a operaciones en las que participaban entidades extranjeras¹⁰³³.

La aprobación de la Directiva 90/434/CEE, a pesar de no abordar todos los problemas que presentaban las reorganizaciones empresariales de carácter transfronterizo y dejar un considerable margen de actuación a las legislaciones domésticas de los Estados miembros en este ámbito¹⁰³⁴, vino a poner remedio a esta situación a través de la configuración de un régimen fiscal común aplicable a las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos, y canje de acciones en el que destacaba el establecimiento de un sistema de diferimiento del gravamen de las plusvalías surgidas en sede de la sociedad transmitente hasta el momento de su realización efectiva, así como una serie de medidas en diferentes ámbitos (p.ej. traslado de provisiones, reservas, y pérdidas, tratamiento fiscal de las plusvalías puestas de manifiesto en manos de los socios de la sociedad transmitente, aportación de establecimientos permanentes situados en otros Estados miembros, etc.) destinadas a garantizar la neutralidad fiscal de la operación, tanto a nivel de las sociedades participantes como desde la perspectiva de los socios de la sociedad transmitente o dominada, y a evitar, en la medida de lo posible, que las consecuencias tributarias de las operaciones de reorganización empresarial de carácter transfronterizo resultasen más onerosas que las asociadas a estas operaciones cuando eran llevadas a cabo por sociedades de un mismo Estado miembro; todo ello, sin que se produjese una pérdida de ingresos tributarios para los Estados miembros involucrados en la operación¹⁰³⁵.

De este modo, y aun cuando las dificultades para alcanzar un acuerdo entre los Estados miembros acerca de la aprobación de la Propuesta de Directiva Fiscal de 1969 terminaron por “descafeinar” en cierto modo su contenido, lo cierto es que la Directiva 90/434/CEE ha contribuido de forma decisiva a la eliminación de los principales

¹⁰³² Sobre esta cuestión, *vid.* HOFSTÄTTER, M., HOHENWARTER-MAYR, D., “The Merger Directive”, en LANG, M., PISTONE, P., SCHUCH, J., STARINGER, C. (eds.), *Introduction to European Tax Law: Direct Taxation*, 4th edition, Linde, Wien, 2016, p.158.

¹⁰³³ Sobre esta cuestión, *vid.* WELLES, D., GOLD, B., “Tax-free acquisitions by foreign corporations of US corporations owned by US persons”, *Intertax*, vol.18, nº1, 1990, pp.17-22; y LANGBEIN, S., ROSENBLUM, D., “The direct investment tax initiatives of the European Community: a view from the United States”, *Intertax*, vol.18, nº10, 1990, pp.452-463.

¹⁰³⁴ En este sentido, *vid.* HELMINEN, M., *EU Tax Law...*, *op.cit.*, p.202, quien apunta que la Directiva Fiscal de Fusiones se limita a establecer los requisitos mínimos del tratamiento fiscal de las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial cubiertas por su ámbito de aplicación.

¹⁰³⁵ En este sentido, *vid.* LARKING, B., “The Merger Directive...”, *op.cit.*, p.362; LOYENS LEFEVRE RÄDLER (EUROPEAN TAX NETWORK), *The Merger Directive: practical tax issues*, IBFD, Amsterdam, 1993, p.8; o HAMAEEKERS, H., *op.cit.*, p.7.

obstáculos fiscales que en el ámbito de la imposición directa afectaban a las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial (derivados en gran medida de las disparidades existentes entre las legislaciones nacionales de los Estados miembros), evitando que cuestiones de naturaleza tributaria pudieran constituir un elemento distorsionador de las decisiones de los agentes económicos en esta materia y facilitando a las empresas europeas el ejercicio de su derecho de establecimiento, así como la adaptación de su tamaño y estructura a las necesidades del incipiente mercado interior, con el consiguiente impacto positivo sobre la productividad y competitividad de las mismas¹⁰³⁶.

5.3. Los problemas de implementación de la Directiva 90/434/CEE en los primeros años

De acuerdo con el artículo 12 de la Directiva 90/434/CEE, el plazo general otorgado a los Estados miembros para adoptar en Derecho interno las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en su articulado finalizaba el 1 de enero de 1992¹⁰³⁷, a excepción de Portugal que tenía de plazo hasta el 1 de enero de 1993 para implementar las disposiciones de la Directiva relativas a las operaciones de aportación de activos y canje de acciones¹⁰³⁸. Ciertamente, esta última fecha no resulta en modo alguno “casual” si tenemos en cuenta que coincidía con la fijada en su momento por el Acta Única Europea para completar la realización del mercado interior, y transformar definitivamente el “mercado común” en un auténtico “mercado único”.

A este respecto, uno de los principales obstáculos a la implementación efectiva de la Directiva 90/434/CEE en los diferentes Estados miembros residía en que, en el contexto legislativo de principios de la década de los noventa no existían normas europeas en el plano del Derecho societario que se refiriesen de forma específica a las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial que integraban su ámbito de aplicación objetivo (más allá de las Directivas 78/855/CE y 82/891/CE que se proyectaban exclusivamente sobre las fusiones y escisiones de naturaleza doméstica)¹⁰³⁹, ni existía jurisprudencia del TJUE en esta materia¹⁰⁴⁰. De este modo, la

¹⁰³⁶ Nótese, asimismo, que los potenciales beneficios de la Directiva 90/434/CEE también resultaban de interés para los inversores de Estados no miembros que llevaban a cabo sus actividades en la Unión Europea a través de filiales cubiertas por el ámbito de aplicación de la Directiva.

¹⁰³⁷ *Vid.* artículo 12.1 de la Directiva 90/434/CEE.

¹⁰³⁸ *Vid.* artículo 12.2 de la Directiva 90/434/CEE.

¹⁰³⁹ De hecho, habría que esperar más de diez años desde la aprobación de la Directiva 90/434/CEE para que el Reglamento (CE) n° 2157/2001, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, estableciese una primera vía a nivel comunitario para la realización de operaciones de fusión transfronteriza en condiciones adecuadas de seguridad jurídica (si bien requería que la sociedad resultante fuese una Sociedad Europea), siendo la Directiva 2005/56/CE, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, la que finalmente consolidaría la esta posibilidad, configurando un régimen jurídico-procedimental que garantizaba las condiciones de

posibilidad de llevar a cabo operaciones transfronterizas de fusión, escisión, aportación de activos y canje de acciones quedaba supeditada, por una parte, a que los Estados miembros contemplasen en sus respectivos ordenamientos nacionales disposiciones relativas a estas operaciones y, por otra parte, a la superación de toda la problemática derivada de la interacción de las normas materiales y de conflicto de leyes de los Estados miembros involucrados en la operación. Por ello, ya desde un primer momento, surgieron voces que alertaban de que, sin el apoyo de las correspondientes Directivas en el ámbito del Derecho societario, existía el riesgo de que la Directiva 90/434/CE no pudiese cumplir sus objetivos de forma plenamente satisfactoria¹⁰⁴¹.

En este sentido, y tal y como hemos apuntado en anteriores epígrafes de este trabajo, las mayores dificultades se encontraban en el ámbito de las fusiones y escisiones transfronterizas, habida cuenta de que no todos los Estados miembros, inspirados por el temor ante las posibles consecuencias negativas que podrían derivarse para sus respectivas sociedades nacionales (y, por ende, para sus niveles de actividad económica y recaudación) en aquellos supuestos en los que la sociedad beneficiaria fuese extranjera, contemplaban en sus legislaciones domésticas disposiciones específicas aplicables a estas operaciones o incluso no las reconocían. Así, Estados miembros como Alemania, Bélgica, Dinamarca, Irlanda, Países Bajos o Reino Unido no reconocían en sus respectivas legislaciones societarias domésticas las operaciones de fusión y escisión transfronteriza¹⁰⁴².

Por el contrario, las operaciones transfronterizas de aportación de activos y canje de acciones, aun no estando exentas de problemas en el plano del Derecho societario, se veían menos afectadas por la ausencia de una norma comunitaria al respecto, habida cuenta de que sus implicaciones jurídicas resultaban más limitadas al no conllevar la disolución de la sociedad transmitente o dominada¹⁰⁴³. De hecho, los canjes de acciones, a diferencia de otras operaciones de reorganización empresarial como las escisiones, gozaban de una importante tradición en la práctica societaria de algunos Estados miembros¹⁰⁴⁴, de forma tal que no sólo se encontraban desarrollados desde el punto de vista del Derecho societario, sino que, en países como Francia, la Directiva 90/434/CEE simplemente vino a reafirmar o complementar lo establecido en su normativa fiscal

seguridad jurídica y la protección de los derechos e intereses de los socios, trabajadores y terceros afectados en el marco de estas operaciones.

¹⁰⁴⁰ En este sentido, cabría señalar como la STJUE en el asunto *Sevic*, que abriría la puerta no sólo a la realización de operaciones de fusión entre sociedades de diferentes Estados miembro, sino también a otras operaciones de reorganización empresarial realizadas en el plano transfronterizo, como escisiones o aportaciones de activos, no vería la luz hasta más de quince años después de la aprobación de la Directiva 90/434/CEE.

¹⁰⁴¹ En este sentido, *vid.* LARKING, B., "The Merger Directive...", *op.cit.*, p.367; o SCHONEWILLE, P.H., "Some questions on the Parent-Subsidiary Directive and the Merger Directive", *Intertax*, vol.20, nº1, 1992, p.18.

¹⁰⁴² En este sentido, *vid.* DE HOSSON, F., VAN NOORDENNE, C., "Current status of the implementation of the Direct Tax Directives", *EC Tax Review*, vol.1, nº3, 1992, pp.165-167; y TOMSETT, E., *op.cit.*, p.123.

¹⁰⁴³ En este sentido, *vid.* HAMAEEKERS, H., *op.cit.*, p.11.

¹⁰⁴⁴ Sobre esta cuestión, *vid.* VANISTENDAEL, F., "Taxation of corporate...", *op.cit.*, p.899.

doméstica habida cuenta de que dichas operaciones ya podían beneficiarse de un diferimiento del gravamen de las plusvalías surgidas en sede de los socios de la sociedad dominada¹⁰⁴⁵. Otros Estados miembros como Reino Unido o Irlanda también contemplaban en sus legislaciones fiscales domésticas la posibilidad de aplicar la “regla del diferimiento de las plusvalías” a los canjes de acciones transfronterizos, incluso en condiciones más flexibles que las contempladas en la propia Directiva 90/434/CEE (p.ej. no era necesario que la sociedad dominante adquiriese una participación en el capital de la sociedad dominada que le permitiese obtener la mayoría de los derechos de voto de dicha sociedad, tal y como exigía la Directiva, sino que era suficiente con que su participación como resultado de la operación fuese superior al 25%). Sin embargo, desde la óptica de Estados miembros como España, Italia o Portugal, la incorporación de la figura del canje de acciones al ámbito de aplicación de la Directiva 90/434/CEE (pues recordemos que no figuraba en la Propuesta de Directiva de 1969), resultaba totalmente necesaria en la medida en que, a pesar de reconocer estas operaciones en el plano del Derecho societario, no disponían en sus respectivos ordenamientos tributarios nacionales de medidas específicas que garantizaran la neutralidad fiscal de las mismas¹⁰⁴⁶.

Por otra parte, la transposición en plazo de la Directiva 90/434/CEE tenía que hacer frente a obstáculos de naturaleza estrictamente fiscal ya que los Estados miembros, a pesar de disponer en sus respectivas legislaciones domésticas, con carácter general, de regímenes fiscales “especiales” extensibles a determinadas operaciones transfronterizas de reorganización empresarial, no siempre se encontraban familiarizados con las medidas previstas en la citada Directiva. Asimismo, y aun en relación con aquellos Estados miembros cuyos regímenes fiscales “especiales” previos a la aprobación de la Directiva 90/434/CEE seguían una estructura similar a la prevista en la norma comunitaria (p.ej. Alemania o Francia), la implementación efectiva de la Directiva Fiscal de Fusiones en el ámbito doméstico se enfrentaba a los problemas derivados de determinadas lagunas presentes en su articulado o la insuficiente delimitación de alguna de sus disposiciones (reflejo del difícil proceso de negociación política y los compromisos alcanzados entre los Estados miembros para conseguir finalmente su aprobación)¹⁰⁴⁷, así como a cuestiones de índole lingüística por lo que respecta a la equivalencia y significado de algunos términos entre las versiones de la Directiva en los diferentes idiomas¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴⁵ En este sentido, *vid.* BOIDMAN, N., *op.cit.*, p.360.

¹⁰⁴⁶ Sobre esta cuestión, *vid.* SAUNDERS, R., “The uncertain world of international tax planning”, *Tax Planning International Review*, vol.22, nº12, 1995, pp.13-14; y SASS, G., *op.cit.*, p.5.

¹⁰⁴⁷ Así, a título de ejemplo, podría traerse a colación la falta de una delimitación clara de la cláusula anti-abuso, o la insuficiencia de las reglas de valoración contenidas en la Directiva (sobre esta cuestión, *vid.* HAMAEEKERS, H., *op.cit.*, pp.10-19; IBFD, *Survey of the implementation of the EC Corporate Tax Directives*, IBFD, Amsterdam, 1995, p.11; o LOYENS LEFEVRE RÄDLER (EUROPEAN TAX NETWORK), *op.cit.*, p.19).

¹⁰⁴⁸ Ciertamente en la medida en que se abría la puerta a la interpretación por parte de los Estados miembros, responsables en último extremo de la correcta implementación de las disposiciones de la Directiva en su Derecho nacional (*vid.* KUILE, B.H. ter, *op.cit.*, p.404), existía el riesgo no sólo de una

En todo caso, no conviene perder de vista que la Directiva 90/434/CEE podía obligar a los Estados miembros a adaptar sus legislaciones fiscales al contenido de su articulado, pero no a modificar sus ordenamientos domésticos en el ámbito del Derecho societario¹⁰⁴⁹. De este modo, la implementación de las disposiciones de la Directiva 90/434/CEE relativas a estas operaciones de reorganización empresarial “no cubiertas” parecía quedar *a priori* supeditada a una modificación previa de la legislación societaria del Estado miembro en cuestión¹⁰⁵⁰, lo que, en ausencia de un soporte normativo de referencia de naturaleza comunitaria, incrementaba de forma notable la complejidad del proceso de transposición de la Directiva Fiscal de Fusiones¹⁰⁵¹. Precisamente, éste fue el argumento que invocaron algunos Estados miembros como Alemania, Bélgica, o Reino Unido para justificar la falta de implementación completa de la Directiva 90/434/CEE en el plazo establecido, introduciendo en sus respectivas legislaciones fiscales domésticas tan sólo aquellas disposiciones de la Directiva relativas a las aportaciones de activos y a los canjes de acciones¹⁰⁵².

Sin embargo, lo cierto es que la falta de una regulación sustantiva a nivel interno para determinadas operaciones transfronterizas de reorganización empresarial (p.ej. fusiones) no fue impedimento para que Estados miembros como España, Francia, o Luxemburgo implementasen las disposiciones de la Directiva 90/434/CEE en relación con estas operaciones¹⁰⁵³. De hecho, la postura adoptada por Alemania, Bélgica, o Reino Unido fue criticada ya desde un primer momento por un sector de la doctrina al entender que resultaba contraria a la obligación general impuesta por el artículo 12 de la Directiva 90/434/CEE, en relación con lo establecido en el artículo del 5 TCEE¹⁰⁵⁴, habida cuenta de que dicha obligación no quedaba sujeta a la verificación de ningún tipo de condición adicional¹⁰⁵⁵.

implementación heterogénea de la Directiva 90/434/CEE, sino de que algunas de las disposiciones adoptadas por los Estados miembros fuesen declaradas finalmente inválidas por el TJUE (sobre esta cuestión, *vid.* HAMAEEKERS, H., *op.cit.*, pp.5-6; y FÉDÉRATION DES EXPERTS COMPTABLES EUROPÉENS, *Review on the Mergers and Divisions Directive*, Bruxelles, 1994, p.2). Por lo que respecta a los problemas vinculados a la implementación originaria de la Directiva 90/434/CEE en los diferentes Estados miembros, un análisis detallado de los mismos puede encontrarse en IBFD, *Survey of the implementation of the EC Corporate Tax Directives*, IBFD, Amsterdam, 1995.

¹⁰⁴⁹ En este sentido, *vid.* SCHONEWILLE, P.H., *op.cit.*, p.18.

¹⁰⁵⁰ En este sentido, *vid.* TOMSETT, E., *op.cit.*, p.123.

¹⁰⁵¹ En este sentido, *vid.* HAMAEEKERS, H., *op.cit.*, p.5.

¹⁰⁵² Una buena aproximación al proceso de implementación de la Directiva 90/434/CEE y a la problemática que presentaba en alguno de estos Estados miembros puede encontrarse en VALENTE, P., “Profili comparatistici delle modalità di recepimento della Direttiva Comunitaria 90/434/CEE in alcuni paesi dell’Unione Europea”, *Diritto e Pratica Tributaria*, vol.67, n°5, 1996, pp.1522-1545.

¹⁰⁵³ En este sentido, *vid.* NAVARRO EGEA, M., “La fusión de sociedades en la Unión Europea a resultas de la Directiva 90/434/CEE”, *Revista Española de Derecho Financiero*, n°101, 1999, p.111.

¹⁰⁵⁴ Dicho precepto, cuyo contenido se ha conservado en esencia en el actual artículo 4.3 del TUE, establecía que “los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión. Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado”.

¹⁰⁵⁵ En este sentido, THÖMMES, O., TOMSETT, E., *op.cit.*, p.232.

En este sentido se ha apuntado que, aun cuando los Estados miembros no hubiesen implementado la citada Directiva en el ámbito de las fusiones y escisiones transfronterizas debido a la falta de reconocimiento de dichas operaciones por parte de su Derecho societario doméstico, podrían quedar sujetos a aquellas disposiciones de la norma comunitaria que les impidiesen gravar determinadas situaciones vinculadas a fusiones y escisiones que tenían lugar en otros Estados miembros¹⁰⁵⁶. Por ejemplo, el Estado miembro X de residencia del socio de una sociedad residente en el Estado miembro Y que resulta absorbida por una sociedad residente en el Estado miembro Z, tratándose de una operación cubierta por la Directiva 90/434/CEE, tendría la obligación de no gravar las posibles plusvalías derivadas de la atribución al socio residente en su territorio de títulos de la sociedad beneficiaria (siempre que se cumplieran los requisitos previstos en la propia Directiva), aunque su normativa societaria doméstica no reconociese las fusiones transfronterizas y, por ende, no hubiese implementado la Directiva 90/434/CEE con respecto a estas operaciones. De igual modo, si en el Estado miembro X se encontrase localizado un establecimiento permanente de una sociedad residente en el Estado miembro Y que resulta absorbida por una sociedad residente en el Estado miembro Z, tratándose de una operación cubierta por la Directiva 90/434/CEE, el Estado miembro X también quedaría vinculado por las disposiciones de la Directiva previstas para estos supuestos, debiendo aplicar la regla del diferimiento del gravamen de las plusvalías y demás medidas contempladas en la Directiva como si fuese el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente¹⁰⁵⁷. No obstante, otros autores han señalado que, si bien en el caso de no transposición en plazo o transposición incompleta/incorrecta de la Directiva 90/434/CEE los particulares podrían invocar el efecto directo de sus disposiciones por ser de carácter incondicional y suficientemente precisas¹⁰⁵⁸, esta posibilidad podría no existir en los supuestos en los que el motivo de la implementación parcial de la Directiva pivotase sobre la falta de reconocimiento en el plano del ordenamiento interno de algunas de las operaciones que integraban su ámbito de aplicación objetivo¹⁰⁵⁹.

En definitiva, lo cierto es que, finalizado el plazo general establecido en la Directiva 90/434/CEE para su transposición por parte de los Estados miembros (1 de

¹⁰⁵⁶ Así lo entiende, *vid.* WIDMANN, S., *op.cit.*, p.412.

¹⁰⁵⁷ Sobre esta cuestión, *vid.* MAISTO, G., “Shaping EU company tax policy: amending the Tax Directives”, *European Taxation*, vol.42, n°8, 2002, p.297.

¹⁰⁵⁸ En este sentido, *vid.* VANDE VELDE, I., “The EU tax framework for cross-border reorganizations within the EU”, en VERMEYLEN, J., VANDE VELDE, I. (eds.), *European Cross-Border Mergers and Reorganisations*, Oxford University Press, New York, 2012, p.90; o VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.145, quien apunta, no obstante, como también es posible encontrar entre la doctrina autores que defienden la ausencia de efecto directo de algunos preceptos de la Directiva 2009/133/CE (p.ej. los artículos 4.3, 4.4, 7.2, 8.4 y 11.1) debido al margen de interpretación e implementación que otorgan a los Estados miembros.

¹⁰⁵⁹ En este sentido, *vid.* NAVARRO EGEA, M., “Régimen de fusiones. La eficacia directa de la Directiva 90/434/CEE y su proyección en el régimen tributario interno (Sentencia del TJCE, de 17 de julio 1997 [TJCE 1997, 156], *Leur-Bloem*, 28/95, *Rec.*, D. I-4190), *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, n° 18, 1999, p.23.

enero de 1992), tan sólo España¹⁰⁶⁰, Francia¹⁰⁶¹ y Luxemburgo¹⁰⁶² la habían implementado por completo en sus respectivas legislaciones fiscales domésticas, dando cobertura a las operaciones transfronterizas de fusión, escisión, aportación de activos y canje de acciones¹⁰⁶³. Esta situación contrastaba con la de la Directiva Matriz-Filial que, dejando al margen los casos de Alemania, Grecia y Portugal (para los cuales la propia Directiva contemplaba disposiciones específicas que les permitían conservar durante un cierto periodo de tiempo determinadas particularidades de sus sistemas nacionales de imposición sobre los dividendos transfronterizos¹⁰⁶⁴), había sido implementada en el plazo fijado (1 de enero de 1992) por todos los Estados miembros a excepción de Italia y Países Bajos¹⁰⁶⁵.

Sin embargo, en enero de 1997, la situación había mejorado considerablemente (tal y como muestra la tabla nº1) en la medida en que las legislaciones fiscales de Austria, Dinamarca, Finlandia, Francia, Italia, Luxemburgo, Portugal, España y Suecia ya garantizaban la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a todas las operaciones cubiertas por la Directiva 90/434/CEE. Por su parte, Alemania, Bélgica, Irlanda, y Reino Unido seguían sin implementar la Directiva en relación con las fusiones y escisiones transfronterizas, mientras que a los Países Bajos sólo le faltaba extender explícitamente su aplicación a las operaciones de escisión (si bien esta posibilidad ya se encontraba en fase de propuesta). No obstante, habría que matizar que tanto en Irlanda como en los Países Bajos, la normativa fiscal abría la puerta a la aplicación (bajo solicitud) del régimen previsto en la Directiva 90/434/CEE a estas operaciones no contempladas en sus respectivas legislaciones societarias domésticas cuando en las mismas participasen sociedades residentes en dichos Estados miembros¹⁰⁶⁶.

Tabla nº 1. Estado de situación de la implementación de la Directiva 90/434/CEE en el año 1997

Operaciones contempladas en la Directiva 90/434/CEE				
Estado miembro	Fusiones	Escisiones	Aportaciones de activos	Canjes de acciones
Alemania	No	No	Sí	Sí

¹⁰⁶⁰ Vid. Ley 29/1991, de 16 de diciembre de 1991, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas.

¹⁰⁶¹ Vid. *Loi n° 91-1323, du 30 décembre 1991, de finances rectificative pour 1991*.

¹⁰⁶² Vid. *Loi du 20 décembre 1991 concernant le budget des recettes et des dépenses de l'Etat pour l'exercice 1992* (Mém. n°83 du 20 décembre 1991, p.1545).

¹⁰⁶³ En este sentido, vid. THÖMMES, O., TOMSETT, E., *op.cit.*, p.230.

¹⁰⁶⁴ Vid. artículo 5, apartados 2,3 y 4 de la Directiva 90/435/CEE.

¹⁰⁶⁵ Sobre esta cuestión, vid. DE HOSSON, F., VAN NOORDENNE, C., *op.cit.*, pp.156-164.

¹⁰⁶⁶ Sobre esta cuestión, vid. DELOITTE TOUCHE TOHMATSU INTERNATIONAL, *Implementation of the EC Tax Directive on mergers, divisions, transfers of assets and exchanges of shares of companies in the various Member States*, 3rd Ed., 1997, pp.2-3; y NAVARRO EGEA, M., "La fusión de...", *op.cit.*, pp.109-111.

Austria	Sí	Sí	Sí	Sí
Bélgica	No	No	Sí	Sí
Dinamarca	Sí	Sí	Sí	Sí
España	Sí	Sí	Sí	Sí
Finlandia	Sí	Sí	Sí	Sí
Francia	Sí	Sí	Sí	Sí
Grecia	No	No	No	No
Irlanda	No*	No*	Sí	Sí
Italia	Sí	Sí	Sí	Sí
Luxemburgo	Sí	Sí	Sí	Sí
Países Bajos	Sí	No*	Sí	Sí
Portugal	Sí	Sí	Sí	Sí
Suecia	Sí	Sí	Sí	Sí
Reino Unido	No	No	Sí	Sí

El caso de Grecia merece una mención especial, habida cuenta de que la no implementación (ni siquiera parcialmente) de la Directiva 90/434/CEE en su ordenamiento interno finalizado el plazo fijado, dio lugar al inicio por parte de la Comisión Europea del procedimiento de incumplimiento previsto actualmente en el artículo 258 del TFUE. En el marco de dicho proceso, las autoridades helénicas, tras el silencio inicial ante el requerimiento cursado por la Comisión el 6 de agosto de 1992 para que presentasen sus observaciones, y como respuesta al posterior dictamen de la Comisión de 15 de julio de 1994 que instaba a Grecia a cumplir sus obligaciones previstas en el Tratado en un plazo de dos meses contados a partir de su notificación, alegaron, por una parte, las dificultades inherentes a su ordenamiento jurídico y, por otra parte, el hecho de que, a nivel comunitario, aún no se habían aprobado ni la propuesta de Décima Directiva relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades anónimas, ni la propuesta de Reglamento del Consejo por el que se establecía el estatuto de la Sociedad Europea. No satisfecha con estas explicaciones, la Comisión interpuso, con fecha de 15 de enero de 1997, recurso ante el TJUE, el cual, sobre la base de que un Estado miembro no podía alegar disposiciones, prácticas, o circunstancias propias de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos establecidos por una Directiva, declaró que Grecia había incumplido las obligaciones previstas en el artículo 12.1 de la Directiva 90/434/CEE, al no haber adoptado, dentro del plazo señalado, las disposiciones legislativas, reglamentarias y

administrativas necesarias para atenerse a dicha Directiva¹⁰⁶⁷. Finalmente, y unos días antes de que viera la luz la sentencia del TJUE, las autoridades griegas procederían a implementar la Directiva 90/434/CEE en su Derecho nacional a través de la Ley 2578/1998, de 13 de febrero de 1998, si bien sus disposiciones sólo resultarían aplicables en la práctica a las operaciones de aportaciones de activos y canjes de acciones, habida cuenta de que su legislación societaria doméstica no daba cobertura a las fusiones y escisiones transfronterizas.

Por tanto, y a modo de síntesis, podría decirse que los principales obstáculos a los que tenía que hacer frente la implementación de la Directiva 90/434/CEE en los primeros años desde su aprobación eran los siguientes: 1) la propia adaptación de las legislaciones fiscales nacionales de los Estados miembros por lo que respecta al tratamiento fiscal de las operaciones transfronterizas de fusión, escisión, aportación de activos y canje de acciones, habida cuenta de que no todos estaban familiarizados con el sistema de diferimiento y demás medidas previstas en la Directiva, o bien no extendían sus respectivos regímenes fiscales “especiales” al conjunto de operaciones previstas en dicha norma; 2) las lagunas presentes en el articulado de la Directiva 90/434/CEE o la delimitación insuficiente de alguna de sus disposiciones, así como determinados problemas de naturaleza lingüística por lo que respecta a la equivalencia y significado de algún término entre las diferentes versiones de la Directiva; y 3) la falta de reconocimiento por parte de las normativas societarias de algunos Estados miembros (“amparadas” por la falta de armonización en este ámbito) de determinadas operaciones que quedaban cubiertas bajo el ámbito de aplicación objetivo de la Directiva 90/434/CEE, especialmente fusiones y escisiones de naturaleza transfronteriza¹⁰⁶⁸.

De este modo, y más allá de otros problemas de índole fiscal derivados de la labor interpretativa llevada a cabo por los Estados miembros a la hora de transponer el contenido de la Directiva a sus respectivas legislaciones domésticas¹⁰⁶⁹, lo cierto es que, hasta la publicación de la Directiva 2005/56/CE relativa a las fusiones transfronterizas de sociedades de capital y la posterior transposición de su contenido al ordenamiento interno de los Estados miembros, la implementación efectiva de la Directiva 90/434/CEE tan solo quedó garantizada en el conjunto de la Unión Europea en relación con las operaciones de aportación de activos y canje de acciones, si bien es cierto que, desde mediados de la década de los noventa, la gran mayoría de los Estados miembros ya habían extendido sus disposiciones al conjunto de operaciones cubiertas. Así, y a título de ejemplo, cabría señalar como, en Alemania, hubo que esperar hasta finales del año 2006 para que viese la luz la “Ley de medidas fiscales que acompañan a la introducción de la Sociedad Europea y de modificación de otras normas tributarias”

¹⁰⁶⁷ Vid. STJUE de 19 de febrero de 1998, asunto C-8/97, *Comisión Europea v. Grecia*.

¹⁰⁶⁸ En este sentido, *vid.* JEFFCOTE, B., BARNETT, M., *op.cit.*, p.178.

¹⁰⁶⁹ Una buena aproximación a las divergencias en la implementación del contenido de la Directiva 90/434/CEE por parte de los diferentes Estados miembros poco después de la finalización del plazo previsto para su transposición puede encontrarse en DE HOSSON, F., VAN NOORDENNE, C., *op.cit.*, pp.168-177.

(*SEStEG*¹⁰⁷⁰), la cual vendría finalmente a “reconciliar” la legislación fiscal alemana en materia de imposición de las operaciones de reorganización empresarial (*Umwandlungssteuergesetz* o *UmwStG*) con las exigencias propias de la Directiva 90/434/CEE¹⁰⁷¹. Por su parte, en otros Estados miembros como Grecia o Irlanda, habría que esperar hasta la transposición de la Directiva 2005/56/CE a nivel interno, llevada a cabo respectivamente en los años 2008 y 2009, para que la normativa fiscal que implementó en su momento la Directiva Fiscal de Fusiones resultase efectivamente aplicable en la práctica a estas operaciones¹⁰⁷².

6. La Directiva 2005/19/CE, de 17 de febrero de 2005

6.1. El camino hacia la reforma de la Directiva 90/434/CEE

A pesar de que la Directiva 90/434/CEE tardó más de dos décadas en ser aprobada, fruto de intensas negociaciones entre los Estados miembros, no transcurrieron apenas tres años cuando, inspirada por alguna de las conclusiones que se extraían del denominado “Informe Ruding” (1992)¹⁰⁷³, la Comisión presentó una Propuesta de Directiva¹⁰⁷⁴ orientada, por una parte, a ampliar el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 90/434/CEE a través de la eliminación del requisito contenido en su artículo 3, apartado a), que circunscribía los beneficios de la Directiva a determinadas formas societarias propias de los diferentes Estados miembros previstas en su anexo; y, por otra parte, a adaptar el concepto de participación contemplado en el artículo 7.2 de la Directiva al previsto en el artículo 3.1 de Directiva 90/435/CEE, de forma tal que la

¹⁰⁷⁰ *Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften*, de 7 de diciembre de 2006 (BGBl I 2006, de 12 de Diciembre de 2006, p. 2782).

¹⁰⁷¹ Sobre esta cuestión, *vid.* ENGLISCH, J., “Reform of the Reorganization Tax Act and related changes”, *European Taxation*, vol.47, nº7, 2007, p.339; y RUHLMANN, M., *op.cit.*, p.567.

¹⁰⁷² En relación con el caso griego, *vid.* KPMG, *Greece: taxation of cross-border mergers and acquisitions*, 2014, p.2 (el documento resulta accesible a través del enlace <https://home.kpmg.com/content/dam/kpmg/pdf/2014/05/greece-2014.pdf>). Por lo que respecta al caso de Irlanda y la implementación de la Directiva 2005/56/CE a través del *Statutory Instrument No. 157/2008 - European Communities (Cross-Border Mergers) Regulations 2008*, donde se definían por primera vez las modalidades de fusión por constitución, fusión por absorción y fusión por absorción de una sociedad íntegramente participada en línea con lo establecido en el artículo 2.2 de la Directiva 2005/56/CE, *vid.* GNAEDINGER, G., “Company law on mergers updated”, *Tax Notes International*, vol.54, nº3, 2009, p.219.

¹⁰⁷³ *Vid.* EUROPEAN COMMISSION, *Report of the Committee of Independent Experts on Company Taxation*, Brussels, March 1992. Por lo que respecta específicamente a la Directiva 90/434/CEE, *vid.* EUROPEAN COMMISSION, *Communication to the Council and to Parliament subsequent to the conclusions of the Ruding Committee indicating guidelines on company taxation linked to the further development of the internal market*, SEC (92) 1118 final, 26 June 1992, p.13.

¹⁰⁷⁴ 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 realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, COM(93) 293 final, de 26 de julio de 1993 (DOCE nº C 225, de 20 de agosto de 1993, p.3).

posibilidad para los Estados miembros de introducir excepciones a la regla general que establece la imposibilidad de gravar las plusvalías obtenidas por la sociedad beneficiaria con motivo de la anulación de su participación en la sociedad transmitente quedaría ligada a que la participación mantenida por la sociedad beneficiaria en el capital de la sociedad transmitente no le confiriese la condición de “sociedad matriz” de acuerdo con lo establecido en la Directiva 90/435/CEE, lo que, en definitiva, permitiría avanzar en la dirección de una aplicación homogénea de ambas normas y evitar posibles discordancias entre las mismas, habida cuenta de su naturaleza complementaria. Sin embargo, lo ambicioso de esta Propuesta, especialmente por lo que respecta a la pretendida extensión del ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 90/434/CEE a todas las entidades jurídicas sujetas al Impuesto sobre Sociedades (incluyendo determinados tipos de *partnerships*) y residentes a efectos fiscales en un Estado miembro, condujo a que, ya a mediados de 1997, las discusiones del Consejo en torno a este punto se encontrasen estancadas y poco a poco se fuese imponiendo la idea de que resultaría más conveniente una actualización de la lista contenida en el anexo de la Directiva¹⁰⁷⁵, lo que terminó por relegar al olvido a la Propuesta de Directiva de 1993.

Unos años más tarde, en julio de 1999, el Consejo de Unión Europea encargó a los servicios de la Comisión la realización de un estudio acerca de la fiscalidad de las empresas en la Unión Europea, haciendo especial hincapié en la necesidad de identificar los obstáculos que todavía afectaban a la actividad transfronteriza de las empresas de los diferentes Estados miembros en el seno del mercado interior (y, por ende, a su productividad y competitividad), como paso previo a la propuesta y adopción de medidas que contribuyesen a su solución. De este modo, en el año 2001, vería la luz el estudio titulado “La fiscalidad de las empresas en el mercado interior”¹⁰⁷⁶ que, entre otras cuestiones, puso de manifiesto la subsistencia de determinadas cuestiones problemáticas en el ámbito del tratamiento fiscal de las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial, a pesar de los avances que, en su momento, había significado la aprobación de la Directiva 90/434/CEE¹⁰⁷⁷.

Así, en primer lugar, el citado estudio volvía a llamar la atención acerca de la necesidad de avanzar en el proceso de armonización del Derecho societario europeo en el ámbito de las operaciones de reorganización empresarial, especialmente en relación con las fusiones y escisiones transfronterizas. Ciertamente, el hecho de que estas operaciones no resultasen posibles de acuerdo con las legislaciones domésticas de algunos Estados miembros se traducía en que las disposiciones de la Directiva 90/434/CEE quedaban sin efecto en este tipo de supuestos, con todos los inconvenientes

¹⁰⁷⁵ Esta fue la postura mantenida en la sesión nº 2312 del Consejo ECOFIN celebrada en Bruselas los días 26 y 27 de noviembre del año 2000 (Press 453, nº 13861/00).

¹⁰⁷⁶ Vid. EUROPEAN COMMISSION, “Company taxation in the internal market”, *Commission Staff Working Paper*, SEC (2001) 1681.

¹⁰⁷⁷ Un análisis detallado de estas cuestiones, que describiremos sucintamente a continuación, puede encontrarse en EUROPEAN COMMISSION, “Company taxation in the internal market”, *Commission Staff Working Paper*, SEC (2001) 1681, pp.251-257.

que esto llevaba aparejados y a los que ya nos hemos referido en anteriores epígrafes de este trabajo.

En segundo lugar, se hacía referencia a lo limitado del ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 90/434/CEE por cuanto dejaba fuera a entidades jurídicas nacionales sujetas al Impuesto sobre Sociedades que, o bien no habían sido incluidas originariamente en la lista prevista en su anexo (p.ej. sociedades cooperativas o determinados tipos de *partnerships*), o bien habían sido creadas con posterioridad a su aprobación (p.ej. la Sociedad Europea o, en Francia, la “*société par actions simplifiée*”¹⁰⁷⁸). Asimismo, también se apuntaba como la Directiva 90/434/CEE excluía de su ámbito de aplicación subjetivo a los *partnerhips* no sujetos al Impuesto sobre Sociedades, lo cual podría determinar una importante carga fiscal para sus partícipes en el caso de que estas entidades participasen en una operación de reorganización empresarial transfronteriza; así como a las aportaciones transfronterizas de activos en favor de sociedades llevadas a cabo por empresarios individuales a cambio de títulos representativos de su capital social¹⁰⁷⁹.

En tercer lugar, y por lo que respecta a su ámbito de aplicación objetivo, se planteaban dudas acerca de si la Directiva 90/434/CEE daba cobertura a la operación comúnmente conocida como “filialización”¹⁰⁸⁰, en virtud de la cual una sociedad residente en un Estado miembro aportaba un establecimiento permanente situado en otro Estado miembro a una sociedad residente en dicho Estado miembro, habida cuenta de la exigencia prevista en el tenor literal de su artículo 4 (extensible a las aportaciones de activos según lo dispuesto en su artículo 9) relativa a la necesidad de que los elementos patrimoniales transmitidos quedasen efectivamente vinculados a un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria situado en el Estado miembro de la sociedad transmitente. Por otra parte, también se llamaba la atención acerca de que las fusiones y escisiones de sociedades *holding* que no resultasen en la creación de un establecimiento permanente en el territorio del Estado miembro de la sociedad transmitente quedaban fuera del ámbito de aplicación objetivo de la Directiva 90/434/CEE.

¹⁰⁷⁸ Un estudio acerca de esta forma societaria propia del Derecho francés creada en 1994, con repaso a su evolución histórica, ventajas y configuración de su régimen legal puede encontrarse en COURET, A., CHARUÉRIAT, A., *Société par actions simplifiée. Nouveau régime juridique, fiscal et social*, Francis Lefebvre, Levallois, 1999; y, más recientemente, en la completa obra de AZARIAN, H., *La société par actions simplifiée. Création, Fonctionnement, Évolution*, 3ª ed., LexisNexis, Paris, 2012.

¹⁰⁷⁹ Esta idea de extender los beneficios de la Directiva 90/434/CEE a las aportaciones transfronterizas de activos realizadas por empresarios individuales ya estaba presente en la Comunicación de la Comisión Europea donde se analizaban las principales conclusiones del “Informe Ruding” (*vid.* EUROPEAN COMMISSION, *Communication to the Council and to Parliament subsequent to the conclusions of the Ruding Committee indicating guidelines on company taxation linked to the further development of the internal market*, SEC (92) 1118 final, 26 June 1992, p.13).

¹⁰⁸⁰ En este sentido, *vid.* PALAO TABOADA, C., “La modificación de la Directiva de Fusiones”, en ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., GONZÁLEZ GARCÍA, E., RAMALLO MASSANET, J., LEJEUNE VALCÁRCEL, E., YÁBAR STERLING, A. (coords.), *Estudios en homenaje al profesor Pérez de Ayala*, Dykinson, Madrid, 2007, p.833.

En cuarto lugar, el estudio llevado a cabo por la Comisión puso de manifiesto la existencia de importantes divergencias en la implementación de la Directiva 90/434/CEE por parte de los diferentes Estados miembros, incluyendo supuestos en los que la compatibilidad de sus respectivas legislaciones domésticas con las disposiciones de la Directiva resultaba cuanto menos discutible, lo que impactaba directa y negativamente en la consecución de los fines para los que había sido diseñada la citada norma comunitaria. A este respecto, y a título de ejemplo, podría traerse a colación, la exigencia por parte de las legislaciones fiscales de algunos Estados miembros de condiciones no exigidas por la Directiva 90/434/CEE al objeto de evitar que operaciones transfronterizas de reorganización empresarial de carácter potencialmente abusivo pudiesen acceder al régimen de neutralidad fiscal (p.ej. requiriendo que los títulos recibidos en contrapartida por la sociedad transmitente o por sus socios fuesen mantenidos durante un determinado periodo de tiempo).

En quinto y último lugar, pero estrechamente vinculado con la implementación heterogénea de la Directiva 90/434/CEE a nivel doméstico, se hacía referencia a una serie de problemas presentes en el ámbito de las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial que las disposiciones de la Directiva no alcanzaban a resolver, y entre los que cabría destacar: 1) el surgimiento del fenómeno de la doble imposición en el ámbito de las aportaciones de activos y canjes de acciones derivados de la introducción por parte de algunos Estados miembros en sus respectivas legislaciones nacionales de la obligación de que los títulos de la sociedad beneficiaria recibidos por la sociedad transmitente fuesen incorporados por el valor fiscal que tenían los activos transmitidos (aportación de activos) o bien de que la sociedad dominante incorporase a su balance los títulos de la sociedad dominada por el valor que tenían dichos títulos en sede de los socios de esta última (canje de acciones); 2) la imposibilidad de garantizar que las pérdidas pendientes de compensación en sede de la sociedad transmitente pudiesen ser trasladadas a los establecimientos permanentes de la sociedad beneficiaria situados en el Estado miembro de la sociedad transmitente, habida cuenta de que la norma prevista al respecto en el artículo 6 de la Directiva 90/434/CEE tan sólo exigía a los Estados miembros no aplicar en esta materia un tratamiento discriminatorio a las operaciones de reorganización transfronteriza frente a supuestos puramente domésticos; 3) la posibilidad de que los Estados miembros pudiesen exigir otros impuestos indirectos en el marco de estas operaciones cuyo importe podría incrementar de forma notable el coste total de la operación (p.ej. determinados impuestos sobre las transmisiones de bienes inmuebles); o 4) la problemática derivada de que la estructura societaria resultante de la operación no pudiera beneficiarse de las disposiciones de la Directiva 90/435/CEE por lo que respecta al gravamen de los beneficios distribuidos con posterioridad a la misma (p.ej. por no alcanzar la sociedad transmitente una participación directa en el capital social de la beneficiaria que le otorgase la condición de sociedad matriz).

Las conclusiones del citado estudio serían recogidas por la Comunicación de la Comisión presentada ese mismo año bajo el título “Hacia un mercado interior sin

obstáculos fiscales. Una estrategia destinada a dotar a las empresas de una base imponible consolidada del Impuesto sobre Sociedades para sus actividades a escala comunitaria”¹⁰⁸¹. En este sentido, y al objeto de dar respuesta a los problemas identificados en el ámbito de la imposición societaria en relación con el comercio, el establecimiento, la inversión, o la actividad empresarial de naturaleza transfronteriza, la Comisión Europea se mostró partidaria de seguir una estrategia dual (*two-track strategy*) que pivotaba sobre la adopción de medidas específicas destinadas a resolver aquellos problemas más urgentes a corto y medio plazo (muchas de las cuales no requerirían, en principio, un amplio debate político para su aprobación debido a su naturaleza eminentemente técnica), a la espera de que pudiese adoptarse un acuerdo sobre la implantación de un sistema de base imponible consolidada del Impuesto sobre Sociedades en el territorio de la Unión Europea, concebido *a priori* como una solución integral y a largo plazo de los principales obstáculos que, en el ámbito de la fiscalidad directa, afectaban a la actividad transfronteriza de las empresas¹⁰⁸². A este respecto, conviene tener presente que uno de los principales objetivos a alcanzar giraba en torno a que la tributación de las sociedades en el territorio de la Unión Europea debería: a) contribuir a la competitividad internacional de las empresas europeas; b) garantizar que las cuestiones de índole fiscal distorsionasen lo menos posible las decisiones empresariales de los operadores económicos; c) evitar los costes de cumplimiento innecesarios o indebidamente elevados, así como los obstáculos fiscales a la actividad económica transfronteriza; y d) combatir todas las formas perniciosas o económicamente indeseables de competencia fiscal entre Estados miembros¹⁰⁸³.

Dentro del conjunto de iniciativas o medidas que la Comisión Europea debía adoptar en el corto plazo, se encontraba precisamente la necesidad de actualizar el contenido de la Directiva 90/434/CEE con el fin de eliminar o, al menos, mitigar los obstáculos fiscales que seguían afectando a la realización de las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial¹⁰⁸⁴. De hecho, y a la vista de los

¹⁰⁸¹ Vid. EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee. Towards an Internal Market without tax obstacles. A strategy for providing companies with a consolidated corporate tax base for their EU-wide activities*, COM (2001) 582 final, 23 October 2001.

¹⁰⁸² Una descripción sucinta de las diferentes propuestas que integraban la estrategia dual de la Comisión Europea en materia de fiscalidad empresarial, puede encontrarse en GIBERT, B., *op.cit.*, pp.311-316, que también apuntaba cómo dicha estrategia parecía combinar “lo que sería lo mejor con lo que sería realista”.

¹⁰⁸³ Vid. EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee. Towards an Internal Market without tax obstacles. A strategy for providing companies with a consolidated corporate tax base for their EU-wide activities*, COM (2001) 582 final, 23 October 2001, p.5; y, en una línea similar, EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee. Tax policy in the European Union: priorities for the years ahead*, COM (2001) 260 final, 23 May 2001, apartado 3.2.2 (DOCE nº C 284, de 10 de octubre de 2001, p.6).

¹⁰⁸⁴ Vid. EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee. Towards an Internal Market without tax obstacles. A strategy for providing companies with a consolidated corporate tax base for their EU-wide activities*, COM (2001) 582 final, 23 October 2001, p.12. Esta idea sería posteriormente reiterada, en el año 2002, por parte de Fritz Bolkestein, miembro de la Comisión Europea encargado de Mercado Interior y Fiscalidad, en el marco de una conferencia organizada por la Comisión Europea en Bruselas bajo el título “*European Conference on Company Taxation*” (vid. BOLKESTEIN, F., “Towards an Internal

problemas puestos de manifiesto por el estudio acerca de la fiscalidad de las empresas en el mercado interior, algunos autores llegaron a calificar de “marginal” el éxito obtenido por la Directiva 90/434/CEE en relación con los fines para los que fue concebida¹⁰⁸⁵. Así, a finales del año 2003, vería la luz una Propuesta de Directiva orientada a la modificación de la Directiva 90/434/CEE¹⁰⁸⁶ que, en la práctica, vendría a sustituir a la Propuesta de Directiva de 1993¹⁰⁸⁷, y cuya aprobación daría lugar a la “Directiva 2005/19/CE del Consejo, de 17 de febrero de 2005 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 realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros”¹⁰⁸⁸.

6.2. Las modificaciones operadas por la Directiva 2005/19/CE

A comienzos del nuevo milenio, las instituciones europeas eran plenamente conscientes de que la redacción original de la Directiva 90/434/CEE presentaba una serie de carencias, tanto en el plano de su ámbito de aplicación objetivo y subjetivo (excesivamente limitado) como a nivel de sus propias disposiciones (existencia de lagunas y cuestiones faltas de claridad), que comprometían su eficacia y la situaban al límite del “fuera de juego”. Por ello, debemos entender la adopción de la Directiva 2005/19/CE como un esfuerzo para adaptar el contenido de la Directiva 90/434/CEE a la evolución que, durante más de una década, había experimentado el contexto jurídico-económico, así como la práctica empresarial de la Unión Europea.

De este modo, la primera cuestión que cabría destacar giraría en torno a la extensión del ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 90/434/CEE a la Sociedad Europea y a la Sociedad Cooperativa Europea, a determinadas figuras societarias nacionales de los Estados miembros que se incorporaron a la Unión Europea en 2004 (Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Letonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta,

Market without tax obstacles”, *European Commission conference on company taxation in the European Union*, Brussels, 29 April 2002, SPEECH/02/187).

¹⁰⁸⁵ En este sentido, *vid.* BELL, S., *op.cit.*, p.119.

¹⁰⁸⁶ Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 90/434/CEE, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, de 17 de octubre de 2003, COM (2003) 613 final. A este respecto, nótese como unos meses antes había visto la luz la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 90/435/CEE relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, de 29 de julio de 2003, COM(2003) 462 final, cuyos principales objetivos eran ampliar su ámbito de aplicación subjetivo para hacerlo extensivo a otros tipos de sociedades, reducir el umbral de participación necesario para que una sociedad fuese considerada sociedad matriz con el fin de dar cobertura a un mayor número de supuestos, y perfeccionar el contenido de la Directiva 90/435/CEE, mejorando los métodos dirigidos a evitar el fenómeno de la doble imposición.

¹⁰⁸⁷ *Vid.* EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission. Withdrawal of Commission Proposals which are no longer of topical interest*, COM(2004) 542 final/3, 10 March 2005, p.25.

¹⁰⁸⁸ DOUE n° L 58, de 4 de marzo de 2005, p.19.

Polonia y República Checa), así como a otras entidades jurídicas propias de antiguos Estados miembros como Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo o Suecia que, a pesar de quedar sujetas al Impuesto sobre Sociedades en sus respectivos territorios de residencia, no se incluyeron en el anexo original de la Directiva 90/434/CEE (o en el Tratado de adhesión correspondiente), bien porque todavía no existían en el momento de su aprobación (p.ej. la “*société par actions simplifiée*”, creada en Francia en 1994¹⁰⁸⁹) o bien porque existiendo se entendió que era mejor dejarlas fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 90/434/CEE debido a su particular naturaleza (p.ej. sociedades cooperativas¹⁰⁹⁰, mutuas de seguros¹⁰⁹¹, cajas de ahorros¹⁰⁹², fondos de inversión¹⁰⁹³ o determinadas sociedades civiles¹⁰⁹⁴)¹⁰⁹⁵.

Ahora bien, no conviene perder de vista que, ya desde un primer momento, algunos Estados miembros como Bélgica, España, Francia, Italia, o Países Bajos habían extendido unilateralmente el ámbito de aplicación de la Directiva 90/434/CEE a otras entidades jurídicas sujetas al Impuesto sobre Sociedades sin posibilidad de opción que no figuraban nominalmente en su anexo¹⁰⁹⁶. No obstante, otros Estados miembros como

¹⁰⁸⁹ *Loi n° 94-1 du 3 janvier 1994 instituant la société par actions simplifiée* (JORF n°2 du 4 janvier 1994).

¹⁰⁹⁰ A título de ejemplo, podría traerse a colación la “*Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft*” (Alemania), la “*société coopérative à responsabilité illimitée*” (Bélgica), las “*coopératives*” y las “*unions de coopératives*” (Francia), la “*società cooperativa*” (Italia), la “*société coopérative*” y la “*société coopérative organisée comme une société anonyme*” (Luxemburgo), o la “*coöperatie*” (Países Bajos), todas ellas incluidas en el anexo de la Directiva 90/434/CEE tras la modificación operada por la Directiva 2005/19/CE.

¹⁰⁹¹ A título de ejemplo, cabría señalar la “*Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit*” (Alemania), las “*sociétés d’assurances mutuelles*” (Francia), la “*società di mutua assicurazione*” (Italia), o la “*association d’assurances mutuelles*” (Luxemburgo), ahora cubiertas por el ámbito de aplicación de la Directiva 90/434/CEE.

¹⁰⁹² Por ejemplo, las “*caisses d’épargne et de prévoyance*” (Francia) incorporadas al anexo de la Directiva 90/434/CEE a través de la Directiva 2005/19/CE.

¹⁰⁹³ Por ejemplo, los “*fonds voor gemene rekening*” (Países Bajos) cubiertos por la Directiva 90/434/CEE tras la modificación operada por la Directiva 2005/19/CE.

¹⁰⁹⁴ Por ejemplo, las “*sociétés civiles*” sujetas al Impuesto sobre Sociedades (Francia) ahora incluidas en el anexo de la Directiva 90/434/CEE.

¹⁰⁹⁵ Ciertamente, la lista de sociedades contemplada en el anexo original de la Directiva 90/434/CEE se circunscribía fundamentalmente a formas societarias de naturaleza mercantil, con capital divisible en acciones o participaciones sociales, y que limitaban la responsabilidad patrimonial de sus socios al valor de su aportación, habida cuenta de que *a priori* eran las formas societarias comúnmente adoptadas por las empresas que participaban en este tipo de operaciones (en este sentido, *vid.* LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *op.cit.*, pp.84-85, y su crítica al “criterio capitalista” empleado en la redacción del anexo de la Directiva 90/434/CEE). A este respecto es importante tener presente que la Directiva 2003/123/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, por la que se modifica la Directiva 90/435/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (DOCE n° L 7, de 13 de enero de 2004, p.41), ya había extendido el ámbito de aplicación de la Directiva Matriz-Filial a sociedades cooperativas, mutuas, cajas de ahorros, fondos de inversión o determinadas sociedades civiles propias de los diferentes Estados miembros, de forma tal que la reforma operada por la Directiva 2005/19/CE en la Directiva 90/434/CEE no vino sino a tratar de homogeneizar su ámbito de aplicación subjetivo con el de la Directiva 90/435/CEE.

¹⁰⁹⁶ En este sentido, podría traerse a colación el caso de Italia por cuanto el artículo 1, apartado a), del Decreto Legislativo n°544/1992 que completaba la Ley n° 142, de 19 de febrero de 1992, por la que se implementaba la Directiva 90/434/CEE en el ordenamiento italiano, extendía el régimen de neutralidad fiscal a las sociedades cooperativas, mutuas, y entidades públicas o privadas que tuvieran como objeto exclusivo o principal la realización de actividades comerciales. De un modo similar, Francia extendió de

Alemania, Dinamarca, Irlanda Luxemburgo o Portugal optaron por circunscribirse a la lista prevista en el anexo de la Directiva 90/434/CEE¹⁰⁹⁷. En cualquier caso, lo cierto es que la incorporación explícita de nuevos tipos societarios nacionales al ámbito de aplicación de la Directiva Fiscal de Fusiones contribuyó de forma decisiva a garantizar que un mayor número de empresas europeas pudiesen beneficiarse de las ventajas del mercado interior, con el consiguiente incremento de sus niveles de productividad y competitividad.

Por lo que respecta a la ampliación del ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 90/434/CEE para dar cobertura a la Sociedad Europea y a la Sociedad Cooperativa Europea, podría decirse que se trataba de una necesidad impuesta con cierta urgencia ante la aparición de estas formas societarias en el panorama jurídico de la Unión Europea a través del Reglamento (CE) n° 2157/2001 y del Reglamento (CE) n° 1435/2003, más aun si tenemos en cuenta que tanto la Sociedad Europea como la Sociedad Cooperativa Europea ya podían beneficiarse de las disposiciones previstas en la Directiva 90/435/CEE desde la modificación efectuada por la Directiva 2003/123/CE. De hecho, la propia Directiva 2005/19/CE establecía que los Estados miembros deberían extender la aplicación del régimen de neutralidad fiscal previsto en la Directiva 90/434/CE a estas formas societarias de naturaleza europea antes del 1 de enero de 2006, esto es, un año antes de la finalización del plazo general otorgado a los Estados miembros para la transposición de su contenido¹⁰⁹⁸.

No obstante, en relación con esta cuestión ya hemos apuntado como, incluso con anterioridad a esta reforma, la Sociedad Europea ya podría entenderse cubierta por la Directiva 90/434/CEE¹⁰⁹⁹, bien sobre la base de la interpretación conjunta del artículo 9.1, apartado c), subapartado ii) y del artículo 10 del Reglamento (CE) n° 2157/2001 (siempre que entendamos que el contenido de dichos preceptos puede extenderse al ámbito fiscal ante la ausencia de disposiciones de esta naturaleza en el citado Reglamento)¹¹⁰⁰, o bien partiendo de la idea de que una discriminación en el tratamiento fiscal de la Sociedad Europea frente a las sociedades anónimas de los Estados miembros

forma unilateral la aplicación del régimen previsto en la Directiva 90/434/CEE a la “*société par actions simplifiée*” con carácter previo a su introducción en el anexo de la Directiva Fiscal de Fusiones por parte de la Directiva 2005/19/CE (sobre esta cuestión, *vid.* GIBERT, B., *op.cit.*, p.312).

¹⁰⁹⁷ Una aproximación a la posición adoptada por los diferentes Estados miembros puede encontrarse en DELOITTE TOUCHE TOHMATSU INTERNATIONAL, *op.cit.*, pp.2-3.

¹⁰⁹⁸ *Vid.* artículo 2, apartados 1 y 2, de la Directiva 2005/19/CE.

¹⁰⁹⁹ A título de ejemplo, podría traerse a colación la Decisión KHO 2005/2942 del Tribunal Superior Administrativo de Finlandia que autorizó la aplicación del régimen de neutralidad fiscal previsto en la Directiva 90/434/CEE a la constitución de una Sociedad Europea (sobre esta cuestión *vid.* HELMINEN, M., *EU Tax Law...*, *op.cit.*, pp.222-223).

¹¹⁰⁰ Así lo entiende, BELL, S., *op.cit.*, p.123, e incluso la propia Comisión Europea cuando afirma, en relación con la aplicación de la Directiva 2003/49/CE a las Sociedades Europeas (que no figuran en su anexo), que “en la práctica la SE disfruta ya de las ventajas que le reconoce la Directiva, porque el Estado miembro donde tiene su domicilio social está obligado a permitir que se acoja al mismo tratamiento a que se acogería el tipo de sociedad anónima correspondiente a nivel nacional.” (*vid.* apartado 3 de la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros, COM (2011) 714 final, de 11 de noviembre de 2011).

en este ámbito resultaría contraria a la libertad de establecimiento o incluso a los preceptos constitucionales de los Estados miembros que garantizan el principio de igualdad¹¹⁰¹. Ahora bien, frente a este planteamiento “aperturista”, surgía el problema del carácter cerrado o *numerus clausus* de la lista de formas societarias contemplada en el anexo originario de la Directiva 90/434/CEE lo que *a priori* impediría su interpretación extensiva para dar cobertura a la Sociedad Europea.

Asimismo, en relación con la Sociedad Cooperativa Europea, los argumentos anteriormente invocados para justificar la inclusión de la Sociedad Europea en el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 90/434/CEE no resultarían válidos ya que, si bien el Reglamento (CE) n° 1435/2003 también contenía en su artículo 9 una cláusula que prohibía cualquier discriminación con respecto a las sociedades cooperativas nacionales, no puede perderse de vista que éstas no tenían cabida en el anexo original de la Directiva 90/434/CEE.

De este modo, podría afirmarse que la reforma operada por la Directiva 2005/19/CE resultó de gran relevancia en la medida en que permitió zanjar definitivamente la cuestión, garantizando la aplicación del régimen de neutralidad fiscal, por una parte, a la creación de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea por fusión¹¹⁰², así como a la creación de una Sociedad Europea *holding* a través de un canje de acciones entre sociedades residentes en diferentes Estados miembros¹¹⁰³ y, por otra parte, a aquellas operaciones transfronterizas de reorganización empresarial en las que participasen las propias Sociedades Europeas o Sociedades Cooperativas Europeas, siempre que se cumpliesen los requisitos previstos en la Directiva 90/434/CEE¹¹⁰⁴.

¹¹⁰¹ En este sentido, *vid.* LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., HERRERA MOLINA, P., *op.cit.*, pp.30-32 y 37, que hacen hincapié en el hecho de que la Sociedad Europea compartía las características esenciales de la mayoría de formas societarias de los Estados miembros cubiertas por la Directiva 90/434/CEE (se trata de entidades mercantiles, cuyo capital es divisible en acciones o participaciones sociales y que limitan la responsabilidad patrimonial por deudas sociales al valor de los títulos emitidos). No cabe duda de que la Sociedad Europea responde a todas estas características, así como que fue diseñada, entre otras cuestiones, precisamente para facilitar la realización de operaciones transfronterizas de reorganización empresarial, de forma tal que la no extensión a dicha figura societaria del régimen de neutralidad fiscal previsto en la Directiva 90/434/CEE resultaría contraria al artículo 49 del TFUE y al modo en que este precepto había sido interpretado, en el ámbito del régimen fiscal de las filiales, por las STJUE de 16 de julio de 1998, asunto C-264/96, *Imperial Chemical Industries plc (ICI) v. Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes)*; de 18 de noviembre de 1999, asunto C-200/98, *X AB e Y AB v. Riksskatteverket*; o de 8 de marzo de 2001, asuntos acumulados C-397/98 (*Metallgesellschaft Ltd y otras*) y C-410/98 (*Hoechst AG, Hoechst (UK) Ltd*), *v. Commissioners of Inland Revenue y HM Attorney General*.

¹¹⁰² *Vid.* artículo 2.1 del Reglamento (CE) n° 2157/2001 y artículo 2.1 del Reglamento (CE) n° 1435/2003. Sobre esta cuestión, *vid.* AIRS, G., *op.cit.*, p.9.

¹¹⁰³ *Vid.* artículo 2.2, apartado a) del Reglamento (CE) n° 2157/2001.

¹¹⁰⁴ En este sentido, cabría señalar como algunos autores también han apuntado la posibilidad de constituir la denominada “*Joint Venture European Company*” de forma fiscalmente neutra a partir de sendas aportaciones de activos realizadas por dos sociedades residentes en diferentes Estados miembros y cubiertas por el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 90/434/CEE en favor de un Sociedad Europea situada en un tercer Estado miembro (*vid.* HELMINEN, M., *EU Tax Law...*, *op.cit.*, pp.224-225).

La segunda cuestión que cabría señalar en relación con la reforma operada por la Directiva 2005/19/CE pivota sobre la extensión del ámbito de aplicación objetivo de la Directiva 90/434/CEE a las operaciones transfronterizas de escisión parcial y de traslado del domicilio social de la Sociedad Europea y de la Sociedad Cooperativa Europea. Por lo que respecta a la escisiones parciales, lo cierto es que, vigente la versión original de la Directiva 90/434/CEE, la única posibilidad de aliviar las consecuencias tributarias asociadas a estas operaciones, especialmente por lo que respecta al gravamen inmediato de las plusvalías surgidas en sede de la sociedad transmitente, consistiría en instrumentar la operación a través de una aportación de activos cubierta por la citada Directiva y a continuación proceder a la distribución de los títulos de la sociedad beneficiaria recibidos en contrapartida entre los socios de la sociedad transmitente. El problema de optar por esta “vía indirecta” residía en que, si bien la aportación de activos podría beneficiarse del régimen de neutralidad fiscal siempre que se cumplieran los requisitos previstos en la Directiva 90/434/CEE, el posterior reparto de títulos quedaría fuera del mismo y, por ende, no podría garantizarse que la operación resultase fiscalmente neutra para los socios de la sociedad transmitente¹¹⁰⁵.

Ahora bien, no conviene perder de vista que algunos Estados miembros como España, ya extendían el régimen de neutralidad fiscal previsto en la Directiva 90/434/CEE a las escisiones parciales transfronterizas desde la transposición originaria de dicha norma en sus respectivos ordenamientos internos. Así, el artículo 2.2, apartado b) de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas se adelantaba a la Directiva 2005/19/CE y ya contenía una definición de la operación de escisión parcial¹¹⁰⁶, mientras que los artículos 4.1 y 8.1 de la citada ley garantizaban, sujeto al cumplimiento de una serie de requisitos, la neutralidad fiscal de la operación en sede de la sociedad transmitente y de sus socios. De este modo, la introducción de la figura de la escisión parcial por parte de la Directiva de 2005/19/CE¹¹⁰⁷ tan sólo supuso la necesidad de adaptar ligeramente la definición prevista en la norma española para ajustarla a lo establecido por la norma comunitaria, y en particular, a la exigencia de que la sociedad

¹¹⁰⁵ Sobre esta cuestión, *vid.* LARKING, B., “The Merger Directive...”, *op.cit.*, p.364.

¹¹⁰⁶ En virtud del citado precepto la escisión parcial se definía como aquella operación a través de 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”.

¹¹⁰⁷ A este respecto, cabría señalar como algunos autores se mostraron contrarios a la opción adoptada por la Directiva 2005/19/CE de introducir la figura de la escisión parcial como una operación propia diferenciada de la escisión y no como una simple modalidad de la misma con diferentes efectos jurídicos, afirmando que se trataba de una “técnica jurídica algo confusa” que obligaba a corregir todos los preceptos de la Directiva 90/434/CEE que hacían referencia a la escisión para incorporar el concepto de la escisión parcial (en este sentido, *vid.* ÁLVAREZ-BUYLLA ORTEGA, A., “Análisis de la Directiva 2005/19/CE sobre reestructuraciones empresariales”, *Cuadernos de Formación del Instituto de Estudios Fiscales*, vol.6, nº14, 2008, p.7).

transmitente mantuviese al menos una rama de actividad con posterioridad a la operación¹¹⁰⁸.

Por lo que respecta al traslado transfronterizo del domicilio social de la Sociedad Europea o de la Sociedad Cooperativa Europea, lo cierto es que la admisión de esta operación con mantenimiento de la personalidad jurídica por parte del Reglamento (CE) n° 2157/2001¹¹⁰⁹ y del Reglamento (CE) n° 1435/2003¹¹¹⁰, requería la adopción correlativa (y urgente¹¹¹¹) de las medidas fiscales pertinentes de naturaleza comunitaria tendentes a eliminar cualquier tipo de obstáculo fiscal derivado de la aplicación de las legislaciones de los Estados miembros que pudiese afectar negativamente a la realización de en estas operaciones, configuradas como una modalidad de ejercicio de la

¹¹⁰⁸ La reforma se instrumentó a través de la Ley 25/2006, de 17 de julio, por la que se modifica el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales y del sistema portuario y se aprueban medidas tributarias para la financiación sanitaria y para el sector del transporte por carretera, cuyo artículo tercero, vino a modificar el artículo 83.2, apartado b) 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, de forma tal que la definición de escisión parcial quedó referida a aquellas operaciones en virtud de las cuales “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, manteniéndose al menos una rama de actividad en la entidad transmitente, recibiendo a cambio valores representativos del capital social de estas últimas, que deberán atribuirse a sus socios en proporción a sus respectivas participaciones, con la consiguiente reducción de capital social y reservas en la cuantía necesaria, y, en su caso, una compensación en dinero en los términos de la letra anterior”. En un sentido similar, se modificó la definición de la denominada “escisión financiera”, a saber, una variante de la operación de escisión parcial propia del ordenamiento español (introducida en la Ley del Impuesto sobre Sociedades a través de la modificación operada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social) y cuyo principal elemento diferenciador pivotaba sobre el hecho de que el objeto de la transmisión no era una rama de actividad, sino un conjunto de participaciones en el capital de otras entidades que otorgasen la mayoría del capital social en esta últimas. De este modo, en virtud de la reforma operada por la Ley 25/2006 en el artículo 83.2, apartado c) del TRLIS, la escisión financiera quedó definida como aquella operación a través de cual “una entidad segrega una parte de su patrimonio social, constituida por participaciones en el capital de otras entidades que confieran la mayoría del capital social en estas, manteniendo en su patrimonio al menos participaciones de similares características en el capital de otra u otras entidades o bien una rama de actividad, 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, 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 a) anterior”.

¹¹⁰⁹ Vid. artículo 8 del Reglamento (CE) n° 2157/2001.

¹¹¹⁰ Vid. artículo 6 del Reglamento (CE) n° 1435/2003.

¹¹¹¹ Nótese como, al igual que sucedía en relación con la extensión del ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 90/434/CEE a la Sociedad Europea y a la Sociedad Cooperativa Europea, el plazo otorgado a los Estados miembros para adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva 2005/19/CE en relación con el traslado del domicilio social de estas entidades finalizaba el 1 de enero de 2006 (vid. artículo 2.1 de la Directiva 2005/19/CE). A este respecto, cabría apuntar como, debido a la falta de implementación de las disposiciones de la Directiva 2005/19/CE relativas a la Sociedad Europea y a la Sociedad Cooperativa Europea (tanto por lo que respecta a su inclusión en el anexo de la Directiva 90/434/CEE, como en relación con la implementación de las disposiciones en materia del traslado transfronterizo de su domicilio social), el 14 de agosto de 2007, y en el marco del procedimiento previsto en el artículo 258 del TFUE, Bélgica fue llevada por la Comisión ante el TJUE (DOUE n° C 235, de 6 de octubre de 2007, p.10), el cual, en su sentencia de 8 de mayo de 2008, asunto C-392/07 declaró formalmente el incumplimiento por parte de este Estado miembro de sus obligaciones de acuerdo con lo establecido en la Directiva 2005/19/CE.

libertad de establecimiento prevista en los artículos 49 y 54 del TFUE¹¹¹². De este modo, la reforma operada por la Directiva 2005/19/CE, vino a extender las medidas previstas originariamente por la Directiva 90/434/CEE a aquellas operaciones de traslado transfronterizo del domicilio social de la Sociedad Europea o de la Sociedad Cooperativa Europea en las que sus activos quedasen efectivamente vinculados a un establecimiento permanente situado en el Estado miembro de origen, garantizando la neutralidad fiscal de operación (tanto para la sociedad como para sus socios), con independencia de que como resultado de la misma se produjese o no un cambio en la residencia fiscal de la Sociedad Europea o Sociedad Cooperativa Europea en cuestión.

Más allá de la extensión del ámbito de aplicación (objetivo y subjetivo) de la Directiva 90/434/CEE, el otro gran objetivo al que se orientaba la Directiva 2005/19/CE consistía en eliminar o, al menos, mitigar la problemática fiscal que afectaba a las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial debido tanto a supuestos de implementación incorrecta de la Directiva 90/434/CEE por parte de los Estados miembros, como a las propias divergencias existentes entre sus respectivas legislaciones nacionales por lo que a la transposición de dicha norma se refería¹¹¹³. En este sentido, y en aras de ofrecer unos mayores niveles de seguridad jurídica, la Directiva 2005/19/CE contenía una serie de disposiciones que buscaban integrar determinadas “lagunas” presentes en el articulado de la Directiva 90/434/CEE o bien clarificar alguno de sus preceptos.

De este modo, se modifica la definición de “canje de acciones” contenida en el artículo 2, apartado d) de la Directiva 90/434/CEE al objeto de dar cobertura explícita, no sólo a los supuestos en los que la sociedad dominante adquiriría una participación en el capital social de la sociedad dominada que le permitía obtener la mayoría simple de los derechos de voto de dicha sociedad, sino también a aquellos supuestos en los que la sociedad dominante ya disponía de la mayoría de los derechos de voto de la sociedad dominada y simplemente adquiriría una mayor participación en su capital social. A este respecto, no puede perderse de vista que, aun cuando la mayoría de acuerdos sociales suelen adoptarse por la concurrencia del voto favorable de la mitad más uno de las acciones con derecho a voto presentes o representadas en la Junta General de accionistas, en muchas ocasiones, la normativa societaria doméstica de los Estados miembros o los propios estatutos de la sociedad dominada podían establecer mayorías superiores para la adopción determinados acuerdos societarios que “obligaban” a la sociedad adquirente a reforzar su posición (mayoritaria) en el capital social de la sociedad dominada a través de nuevas adquisiciones de títulos con el fin de obtener el control total de esta última¹¹¹⁴.

¹¹¹² Vid. Considerando nº6 de la Directiva 2005/19/CE. En un sentido similar ya se habían manifestado, BLANQUET, F., *op.cit.*, p.88; y COLANGELO, M., *op.cit.*, p.159.

¹¹¹³ En este sentido, *vid.* LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *op.cit.*, p.112.

¹¹¹⁴ Vid. Considerando nº15 de la Directiva 90/435/CEE. De hecho, es importante tener presente que, en ocasiones, la sociedad dominante que ya posee más del 50% de los derechos de voto de la sociedad dominada podría necesitar adquirir una mayor participación en la misma a través de un canje de acciones

Ciertamente, nos encontramos ante una modificación que ya había sido reivindicada por parte de la doctrina científica desde poco después de que viera la luz la Directiva 90/434/CEE, debido a la incertidumbre que generaba la redacción original de su artículo 2, apartado d) por lo que respecta a la cobertura de los canjes de acciones en los que la sociedad dominante ya poseía la mayoría de los derechos de voto de la sociedad dominada y simplemente buscaba aumentar su participación en la misma¹¹¹⁵. En este sentido, cabría señalar que, con anterioridad a la reforma operada por la Directiva 2005/19/CE, las legislaciones fiscales de la mayoría de Estados miembros (p.ej. Alemania, Austria, Bélgica, Irlanda, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal o Reino Unido) ya extendían el régimen de neutralidad fiscal a estas operaciones, si bien existía un grupo de Estados miembros, entre los que se encontraban Dinamarca, Finlandia, Francia, Italia o España, que optaba por no hacerlo¹¹¹⁶. Por ello, la clarificación (y flexibilización) introducida por la Directiva 2005/19/CE en la definición del canje de acciones resultó de gran utilidad en la medida en que puso fin a las divergencias observadas en la implementación de la Directiva 90/434/CEE por parte de los Estados

como paso previo a la realización de otras operaciones de reorganización empresarial en las que participe la sociedad dominada (sobre esta cuestión, *vid.* AURELIO, M., “An analysis of the 2005 amendments to the Merger Directive”, *Intertax*, vol.34, nº6/7, 2006, p.337). Por ejemplo, en el caso de España y en el ámbito de las sociedades anónimas, para que la Junta General ordinaria o extraordinaria de una sociedad pueda acordar válidamente, entre otras operaciones, la transformación, fusión, escisión, cesión global de activo y pasivo, o el traslado de domicilio al extranjero, el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital exige: a) mayoría absoluta si se ha alcanzado un quorum mínimo del 50% del capital suscrito con derecho de voto en primera convocatoria (artículos 194.1 y 201.2); b) o bien el voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado en la Junta cuando en segunda convocatoria se haya alcanzado el quorum mínimo del 25% pero sin alcanzar el 50% (artículos 194.2 y 201.2). Ahora bien, es importante tener presente que los estatutos sociales podrán elevar tanto el quorum requerido en primera y segunda convocatoria como las mayorías necesarias para la adopción de dichos acuerdos (artículos 194.3 y 201.3). Sin embargo, en el caso de las sociedades limitadas, las operaciones citadas anteriormente requieren el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social (artículo 199) pudiendo asimismo exigirse vía estatutaria: a) un porcentaje de votos favorables superior al establecido por la ley, sin llegar a la unanimidad (artículo 200.1); o b) además de la proporción de votos legal o estatutariamente establecida, el voto favorable de un determinado número de socios (artículo 200.2).

¹¹¹⁵ En este sentido, *vid.* SAUNDERS, R., *op.cit.*, p.14.

¹¹¹⁶ *Vid.* DELOITTE TOUCHE TOHMATSU INTERNATIONAL, *op.cit.*, pp.14-15; y FÉDÉRATION DES EXPERTS COMPTABLES EUROPÉENS, *op.cit.*, p.40. A título de ejemplo, podría traerse a colación la Consulta de la DGT de 2 de septiembre de 2003 (1144/03), en la que se denegaba la aplicación del régimen fiscal especial a un canje de valores en el que una sociedad residente a efectos fiscales en Francia que ya disponía del 80% del capital social de una sociedad española (lo que le otorgaba, a su vez, la mayoría de los derechos de voto), pretendía hacerse con el 20% restante para obtener el control total de la sociedad. En Finlandia, por su parte, el régimen de neutralidad fiscal no se aplicaba con anterioridad a la reforma operada por la Directiva 2005/19/CE a los canjes de acciones en los que la sociedad adquirente poseía con anterioridad a la operación más de un 50% de los derechos de voto en la sociedad adquirida, salvo en aquellos supuestos en los que la oferta inicial de adquisición de títulos (a través de la cual se obtuvo el 50% de los derechos de voto) hubiese sido extendida con posterioridad para la adquisición de un mayor porcentaje de participación en el capital social de la sociedad adquirida (*vid.* WESTERLUND, G., TAAJAMAA, T., “Finland: case law: the exchange of shares”, *International Tax Review*, vol.12, nº3, 2001, p.51). De hecho, a juicio de algunos autores de la época, la posición adoptada por los Estados miembros que no daban cobertura a estas operaciones podría incluso dar lugar a la actuación del TJUE para determinar si nos encontrábamos ante un caso de implementación incorrecta de la Directiva 90/434/CEE (así lo entendía, SCHONEWILLE, P.H., *op.cit.*, p.18).

miembros en este ámbito, a la vez que posibilitó de forma definitiva que las operaciones de canje de acciones destinadas únicamente a ampliar la participación mayoritaria de la sociedad dominante en el capital de la sociedad dominada pudiesen beneficiarse del régimen de neutralidad fiscal.

Por otra parte, y ante las dudas existentes acerca de si la Directiva 90/434/CEE daba cobertura a la operación en virtud de la cual una sociedad residente en un Estado miembro aportaba un establecimiento permanente situado en otro Estado miembro a una sociedad residente en dicho Estado miembro (comúnmente conocida bajo el nombre de “filialización”), la Directiva 2005/19/CE procedió a modificar el artículo 10 de la Directiva 90/434/CEE con el fin de extender de forma explícita su aplicación a estos supuestos¹¹¹⁷, evitando de este modo la adopción de posturas divergentes por parte de los Estados miembros¹¹¹⁸. Ciertamente, y aun cuando en estos supuestos no se daba cumplimiento al requisito previsto con carácter general en el artículo 4.1 de la Directiva 90/434/CEE relativo a que los elementos patrimoniales transmitidos quedasen efectivamente vinculados a un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria situado en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente, la posición adoptada por la Directiva 2005/19/CE en el sentido de dar cobertura a las operaciones de “filialización” resulta plenamente coherente con los objetivos de la Directiva 90/434/CEE y con las necesidades de la práctica empresarial, a la vez que, sobre la base de las reglas fijadas en su artículo 10.1, no supone perjuicio alguno para los intereses financieros del Estado miembro donde se encontraba situado el establecimiento permanente (sino todo lo contrario) por cuanto los activos y pasivos transmitidos quedarán vinculados a la sociedad beneficiaria residente en su territorio.

En último lugar, la Directiva 2005/19/CE contenía una serie de reformas orientadas a adaptar el contenido de la Directiva 90/434/CEE, no sólo a su nuevo ámbito de aplicación, sino también a la evolución de otras normas de Derecho Europeo con las que se encontraba íntimamente vinculada, en particular, la Directiva

¹¹¹⁷ En concreto, se añadía un párrafo al artículo 10.1 de la Directiva 90/434/CEE (que, como sabemos, se refería a las normas aplicables en aquellos supuestos en los que entre el conjunto de bienes transmitidos en el marco de una operación de fusión, escisión, o aportación de activos, figurase un establecimiento permanente de la sociedad transmitente situado en un Estado miembro distinto del de dicha sociedad), en el que se establecía que “las presentes disposiciones serán, asimismo, aplicables en el supuesto de que el establecimiento permanente esté situado en el mismo Estado miembro que aquél en el que sea residente la sociedad beneficiaria”.

¹¹¹⁸ A este respecto, es importante tener presente que algunos Estados miembros como España ya establecían la neutralidad fiscal de estas operaciones mucho antes de la reforma operada por la Directiva 2005/19/CE. Así, el artículo 98.1 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades ya contemplaba la no integración en la base imponible, por una parte, de las rentas puestas de manifiesto como consecuencia de las transmisiones de establecimientos permanentes situados en España realizadas por entidades no residentes en territorio español, teniendo en cuenta que si la entidad adquirente residiese en el extranjero sólo se excluirían de la base imponible las rentas derivadas de la transmisión de aquellos elementos que quedasen afectados a un establecimiento permanente situado en territorio español (apartado b); y, por otra parte, de las rentas puestas de manifiesto como consecuencia de las transmisiones de establecimientos permanentes situados en el territorio de Estados miembros de la Unión Europea realizadas por entidades residentes en territorio español en favor de entidades residentes en un Estado miembro, siempre que estas últimas revistan una de las formas enumeradas en el anexo de la Directiva 90/434/CEE y estén sujetas y no exentas al Impuesto sobre Sociedades (apartado c).

90/435/CEE. Así, por una parte, y en consonancia con la inclusión en el anexo de la Directiva 90/434/CEE de determinadas entidades “híbridas”¹¹¹⁹, se introdujeron disposiciones específicas con el fin de extender, con carácter general, el régimen de neutralidad fiscal a aquellas operaciones en las que participasen este tipo de entidades, garantizando la ausencia del gravamen inmediato de las plusvalías o beneficios surgidas en sede de los socios de la sociedad transmitente no residente considerada transparente a efectos fiscales por el Estado miembro de residencia de dichos socios, así como en la esfera de las personas que ostentaran un interés en el socio de la sociedad transmitente o dominada considerado transparente a efectos fiscales por el Estado miembro donde éstas tuvieran su residencia. Ahora bien, habida cuenta de las diferencias en el trato fiscal que otorgaban los Estados miembros a estas entidades de naturaleza híbrida¹¹²⁰, la Directiva 2005/19/CE contemplaba la posibilidad de que los Estados miembros pudiesen no aplicar estas disposiciones y proceder al gravamen de las plusvalías, rentas o beneficios puestas de manifiesto como resultado de la operación en manos de los sujetos anteriormente mencionados¹¹²¹.

Por otra parte, la Directiva 2005/19/CE modificó el artículo 7.2 de la Directiva 90/434/CEE al objeto de adaptar el límite de participación por debajo del cual los Estados miembros podían introducir excepciones a la regla general de no gravamen de las plusvalías obtenidas por la sociedad beneficiaria con motivo de la anulación de su participación en el capital de la sociedad transmitente al porcentaje de participación exigido por la Directiva 90/435/CEE para otorgar a una sociedad la condición de “sociedad matriz”, habida cuenta de que las plusvalías anteriormente mencionadas

¹¹¹⁹ A este respecto, cabría señalar como, en términos generales, las entidades denominadas “híbridas” se caracterizan por ser tratadas como transparentes a efectos fiscales en un determinado Estado y como no transparentes a dichos efectos por parte de otro Estado (*vid.* OECD, *Hybrid mismatch arrangements. Tax policy and compliance issues*, OECD, Paris, 2012, p.7). De este modo, cabría señalar como, desde la óptica del Estado que considera a dichas entidades como transparentes, las rentas obtenidas a través de las mismas serán objeto de gravamen en sede de sus socios o partícipes, mientras que desde la perspectiva del Estado que las considera como opacas a efectos fiscales serán consideradas como sujetos pasivos autónomos del impuesto sobre la renta societaria en cuestión. Asimismo, y dentro de este tipo de entidades, podría distinguirse entre entidades híbridas “directas” (caracterizadas por ser consideradas como no transparentes a efectos fiscales en su Estado de constitución y como transparentes a estos mismos efectos por parte de otros Estados) y entidades híbridas “inversas” (caracterizadas por ser consideradas como transparentes a efectos fiscales en su Estado de constitución y como no transparentes a estos mismos efectos por parte de otros Estados). Sobre esta cuestión, *vid.* JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L’HOTELLERIE-FALLOIS, D., “Las asimetrías derivadas del empleo de entidades híbridas en la planificación fiscal transfronteriza en la Directiva anti-abuso”, *Documentos de Trabajo del IEF*, nº14, 2017, pp.21-22. Así, y como ejemplo de entidades híbridas “directas”, podrían traerse a colación las “*sociétés civiles*”, sujetas al Impuesto sobre Sociedades en Francia, o las “*sociétés en nom collectif*”, sujetas al Impuesto sobre Sociedades en Bélgica, pero que, sin embargo, eran consideradas transparentes a efectos fiscales en algunos Estados miembros como Alemania (sobre esta cuestión. *vid.* BENECKE, A., SCHNITGER, A., “Final amendments to the Merger Directive: avoidance of economic double taxation and application to hybrid entities, two conflicting goals”, *Intertax*, vol.33, nº4, 2005, p.174).

¹¹²⁰ *Vid.* Considerando nº 12 de la Directiva 2005/19/CE.

¹¹²¹ En todo caso, conviene tener presente que si el Estado miembro que consideraba a la sociedad transmitente o dominada no residente transparente a efectos fiscales optaba por gravar a los socios residentes en su territorio que poseían una participación directa o indirecta en la misma, debería admitir la deducción del impuesto que, de no existir las disposiciones de la Directiva 90/434/CEE, hubiera aplicado y exigido a dicha sociedad por sus rentas, beneficios o plusvalías.

también podrían recibirse de la sociedad transmitente en forma de beneficios distribuidos, los cuales estarían exentos de gravamen en virtud de lo dispuesto en la Directiva Matriz-Filial¹¹²². En este sentido cabría señalar como la redacción del artículo 7.2 de la Directiva 90/434/CEE, en su versión original, colisionaba con el artículo 3.1 de la Directiva 90/435/CEE en dos aspectos: en primer lugar, la posibilidad de aplicar la regla prevista en el artículo 7.2 de la Directiva Fiscal de Fusiones quedaba sujeta a que la participación de la sociedad beneficiaria en el capital de la sociedad transmitente no excediera del 25%, mientras que el artículo 3.1 de la Directiva Matriz-Filial exigía “una participación mínima del 25%” en el capital de una sociedad para reconocer a la sociedad que ostentaba dicha participación la condición de “sociedad matriz”, de forma tal que el supuesto límite en el que la sociedad beneficiaria ostentaba una participación del 25% en el capital de la sociedad transmitente quedaba cubierto por la Directiva Matriz-Filial pero no por la Directiva Fiscal de Fusiones; y, en segundo lugar, el límite del 25% previsto en el artículo 7.2 de la Directiva 90/434/CEE se ha habido quedado “desfasado” en relación con el previsto en el artículo 3.1 de la Directiva 90/435/CEE tras la modificación operada por la Directiva 2003/123/CE, por cuanto esta última contemplaba una reducción progresiva del mismo desde el 25% al 20% (tras su entrada en vigor), al 15% (partir del 1 de enero de 2007), y finalmente al 10% (a partir del 1 de enero de 2009).

Sin embargo, y a pesar de la importancia de la reforma operada por la Directiva 2005/19/CE al objeto de “actualizar” las disposiciones de la Directiva 90/434/CEE y eliminar alguno de los obstáculos fiscales que tras su aprobación seguían afectando a las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial, lo cierto es que el proceso de negociación para la aprobación de la Propuesta de Directiva de 2003 terminó por dejar finalmente en el tintero alguna de las modificaciones previstas, aun cuando éstas contaban con el respaldo del Comité Económico y Social Europeo¹¹²³ y del Parlamento Europeo¹¹²⁴. Así, a título de ejemplo, podría señalarse, en primer lugar, la no

¹¹²² *Vid.* Considerando nº 16 de la Directiva 2005/19/CE.

¹¹²³ De hecho, este órgano entendía que la Propuesta de Directiva tendría que haber ido incluso un paso más allá en diversas cuestiones tales como la extensión de la Directiva 90/434/CEE a otros impuestos que afectaban a las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial (p.ej. derechos de registro o impuestos sobre las transmisiones), la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a las operaciones de traslado transfronterizo del domicilio social de las formas societarias nacionales de los diferentes Estados miembros, o la posibilidad del traslado efectivo de las pérdidas pendientes de compensación en sede la sociedad transmitente más allá de la configuración de una mera norma de no discriminación (*vid.* epígrafes 5.3, 5.4, y 6.1 del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 90/434/CEE, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, COM (2003) 613 final”, CESE 312/2004, de 25 de febrero de 2004).

¹¹²⁴ Nótese como el Parlamento Europeo simplemente se limitó a proponer algunas enmiendas al contenido de la Propuesta de Directiva de 2003 relativas a la incorporación de medidas destinadas a combatir problemas de abuso o doble imposición. En este sentido, y al objeto de evitar comportamientos abusivos, se proponía el establecimiento de un periodo mínimo de tenencia de un año (extensible a dos por parte de los Estados miembros) bien de los títulos de la sociedad beneficiaria o dominante recibidos por los socios de la sociedad transmitente o dominada en el marco de operaciones de fusión, escisión y canje de acciones, o bien de los activos recibidos por la sociedad beneficiaria en el marco de operaciones de aportación de activos. Por su parte, y con el fin de evitar la supuestos de doble imposición en relación

incorporación de las medidas previstas por la Propuesta de Directiva de 2003 para eliminar los problemas de doble imposición en el ámbito de los canjes de acciones y las aportaciones de activos¹¹²⁵, así como de la disposición que garantizaba la aplicación de la Directiva 90/434/CEE a los canjes de acciones en los que los socios que transferían su participación a la sociedad dominante eran residentes en un Estado no miembro¹¹²⁶; y, en segundo lugar, la limitación de la extensión de las disposiciones de la Directiva 90/434/CEE a las operaciones de reorganización empresarial en las que participaban entidades híbridas a través de la introducción por parte de la Directiva 2005/19/CE de una cláusula de escape no prevista originariamente en la Propuesta de Directiva de 2003 que facultaba a los Estados miembros a no aplicar las disposiciones de la Directiva 90/434/CEE en este tipo de supuestos¹¹²⁷.

Asimismo, la doctrina científica ha llamado la atención acerca de algunos aspectos problemáticos propios de la reforma operada por la Directiva 2005/19/CE (y que tendremos ocasión de analizar con más detenimiento en posteriores epígrafes de este trabajo), entre los que cabría destacar el otorgamiento a la sociedad transmitente no residente o a uno de sus socios por parte de un Estado miembro de la consideración de transparente a efectos fiscales a partir de la evaluación de sus características jurídicas con arreglo a la ley del Estado miembro conforme a la cual fueron constituidos, la interpretación de las cláusulas de apertura que se incorporan al anexo de la Directiva 90/434/CEE en relación con las formas societarias cubiertas de determinados Estados miembros, o la introducción en la definición de escisión parcial de una suerte de medida específica anti-abuso consistente en que los elementos patrimoniales transmitidos deban constituir una rama de actividad y que no figura en la operación de escisión, a pesar de que el tipo de abuso que pretende evitar podría afectar a ambas operaciones¹¹²⁸. Por otra parte, también se ha criticado que la Directiva 2005/19/CE no abordase la cuestión relativa a las consecuencias fiscales del traslado transfronterizo del domicilio social de

con las operaciones de canje de acciones y aportaciones de activos, se dejaba en manos de los Estados miembros la posibilidad de, previa consulta con la Comisión, resolver el problema a través de la adopción de soluciones que se considerasen “alternativas y equivalentes” a las disposiciones previstas en la Directiva (*vid.* Informe del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 90/434/CEE, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, COM(2003) 613 final, A5-0121/2004, de 26 de febrero de 2004).

¹¹²⁵ En concreto, la Propuesta de Directiva de 2003 establecía que, en el ámbito de las aportaciones de activos, los títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria recibidos por la sociedad transmitente a cambio de la aportación realizada deberían incorporarse a su balance por el valor real que tuviesen los elementos de activo y de pasivo transferidos inmediatamente antes de la operación, mientras que, en el ámbito de los canjes de acciones, se establecía que la sociedad dominante debería valorar los títulos adquiridos en la sociedad dominada por el valor real de los títulos atribuidos en contrapartida a los socios de la sociedad dominada (*vid.* artículo 1, apartados 6 y 7 de la Propuesta de Directiva de 2003).

¹¹²⁶ No obstante, en lugar de esta disposición de naturaleza aclaratoria, se introdujo la siguiente declaración en el Acta del Consejo: “el Consejo y la Comisión acuerdan que el artículo 8 de la Directiva 90/434/CEE no priva a los socios residentes en los Estados miembros de los beneficios de la Directiva en aquellos casos en los que la mayoría de la participación se adquiera de residentes de terceros países” (*vid.* COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Note from the General Secretariat to the Committee of Permanent Representatives*, 6000/05, 2003/0239 (CNS), FISC 15, 3 February 2005, Anexo, p.3).

¹¹²⁷ *Vid.* artículo 1, apartado 11) de la Directiva 2005/19/CE.

¹¹²⁸ Sobre esta cuestión, *vid.* AURELIO, M., *op.cit.*, p.352.

las formas societarias nacionales de los Estados miembros cubiertas por el ámbito de aplicación de la Directiva 90/434/CEE, extendiendo la aplicación de sus disposiciones a estas operaciones al igual que sucedía en el caso de la Sociedad Europea y la Sociedad Cooperativa Europea¹¹²⁹.

En definitiva, podría afirmarse que la Directiva 2005/19/CE, a pesar de su decisiva contribución a la ampliación y perfeccionamiento del régimen de neutralidad fiscal previsto originariamente por la Directiva 90/434/CEE, por una parte, resultó ser menos ambiciosa que la Propuesta de Directiva 2003¹¹³⁰ (la cual, a su vez, ya no daba solución a todos los problemas identificados en el estudio elaborado por la Comisión Europea en el año 2001), pues no debemos perder de vista el delicado equilibrio entre el establecimiento de las mejores condiciones fiscales posibles para que las empresas europeas pudiesen obtener el máximo provecho de las ventajas que ofrecía el mercado interior y la necesidad de proteger los intereses financieros de los Estados miembros, y, por otra parte, supuso una oportunidad perdida para la introducción de reformas de mayor calado en el ámbito del sistema fiscal común aplicable a las operaciones de reorganización empresarial de naturaleza transfronteriza.

7. Las modificaciones de la Directiva 90/434/CEE derivadas de la incorporación de nuevos Estados miembros a la Unión Europea con posterioridad a su entrada en vigor

En el momento de aprobación de la Directiva 90/434/CEE la Unión Europea estaba integrada tan sólo por doce Estados miembros, a saber: Alemania (1958), Bélgica (1958), Dinamarca (1973), España (1986), Francia (1958), Grecia (1981), Irlanda (1973), Italia (1958), Luxemburgo (1958), Países Bajos (1958), Portugal (1986), y Reino Unido (1973). A este respecto, es importante tener presente que la Directiva 90/434/CEE, a diferencia de la Directiva 90/435/CEE, no contenía disposiciones transitorias de aplicación a determinados Estados miembros de forma tal que éstos quedaban vinculados a su contenido desde su entrada en vigor. Por ello, la progresiva adhesión de nuevos Estados miembros a la Unión Europea determinaba, por una parte, que dichos Estados tuviesen que adoptar todas las medidas necesarias para adaptar sus respectivos ordenamientos fiscales domésticos a las disposiciones de la Directiva 90/434/CEE y, por otra parte, que la citada Directiva tuviese que ser modificada para

¹¹²⁹ En este sentido, *vid.* LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *op.cit.*, p.109; y TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., *European Tax Law, op.cit.*, p.655.

¹¹³⁰ A este respecto resulta ilustrativas las palabras del Comisario de Fiscalidad y Adunas por aquel entonces, László Kovács, que, en relación con la aprobación de la Directiva 2005/19/CE afirmaba que “a pesar de algunos compromisos que tuvieron que alcanzarse para conseguir llegar a un acuerdo, esta Directiva constituye un importante paso adelante en nuestro esfuerzos para eliminar los obstáculos fiscales que actualmente se encuentran las empresas en el ejercicio de su libertad para operar a través de las fronteras del mercado interior” (*vid.* EUROPEAN COMMISSION, *Company taxation: Commission welcomes agreement on improvements to Mergers Directive*, Press Release, IP/05/193, 17 February 2005).

dar cobertura a los tipos societarios y a los impuestos sobre la renta societaria propios de cada uno de los nuevos Estados miembros.

De este modo, la primera extensión del ámbito de aplicación de la Directiva 90/434/CEE tuvo lugar en el año 1994 como resultado de la incorporación de Austria, Finlandia y Suecia que se haría efectiva el 1 de enero de 1995, fecha a partir de la cual dichos Estados deberían adaptar sus legislaciones nacionales a la Directiva Fiscal de Fusiones. En este sentido, cabría señalar como el Acta relativa a las condiciones de adhesión de dichos Estados¹¹³¹, en su versión modificada por la Decisión del Consejo de la UE de 1 de enero de 1995 por la que se adaptan los instrumentos relativos a la adhesión de los nuevos Estados miembros a la Unión Europea¹¹³², contemplaba en su anexo I, punto XI.B.I.2 la modificación del artículo 3, apartado c) y del anexo de la Directiva 90/434/CE para incorporar a su contenido, respectivamente, el Impuesto sobre Sociedades de dichos Estados miembros, así como las formas societarias nacionales que podrían beneficiarse de sus disposiciones.

Una modificación de idéntica naturaleza en la Directiva 90/434/CEE se produciría en el año 2003 como resultado de la incorporación a la Unión Europea de Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, y República Checa, que sería efectiva desde el 1 de mayo de 2004, en virtud de lo establecido en el anexo II, apartado 9.7 del Acta relativa a las condiciones de adhesión de dichos Estados miembros¹¹³³.

En el año 2006, el artículo 3, apartado c) y el anexo de la Directiva 90/434/CEE volvieron a sufrir otra modificación debido a la adhesión de Bulgaria y Rumanía a la Unión Europea, que se haría efectiva el 1 de enero de 2007. Sin embargo, a diferencia de los supuestos anteriormente comentados, las adaptaciones concretas a realizar no se establecieron en el propio Acta de adhesión¹¹³⁴, sino en el apartado 6 del anexo de la Directiva 2006/98/CE, de 20 de noviembre por la que se adaptan determinadas Directivas en el ámbito de la fiscalidad, con motivo de la adhesión de Bulgaria y Rumanía¹¹³⁵. A este respecto, no puede perderse de vista que el artículo 56 del Acta relativa a las condiciones de adhesión de Bulgaria y Rumanía autorizaba al Consejo (por

¹¹³¹ Acta relativa a las condiciones de adhesión del Reino de Noruega, de la República de Austria, de la República de Finlandia y del Reino de Suecia y a las adaptaciones de los Tratados en los que se basa la Unión Europea (DOCE n° C 241 de 29 de agosto de 1994, p.9).

¹¹³² DOCE n° L 1, de 1 de enero de 1995, p.1. Nótese como esta modificación venía motivada por el hecho de que Noruega no había depositado en plazo sus instrumentos de ratificación del Tratado de adhesión firmado en 1994 y, por ende, no se había convertido en miembro de la Unión Europea a fecha de 1 de enero de 1995.

¹¹³³ Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca, y a las adaptaciones de los Tratados en los que se fundamenta la Unión (DOUE n° L 236, de 23 de septiembre de 2003, p.33).

¹¹³⁴ Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República de Bulgaria y de Rumanía y a las adaptaciones de los Tratados en los que se fundamenta la Unión Europea (DOUE n° L 157, de 21 de junio de 2005, p.203).

¹¹³⁵ DOUE n° L 363, de 20 de diciembre de 2006, p.129.

mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión) o la propia Comisión, en caso de que el acto originario hubiera sido adoptado por ella, para adoptar las medidas necesarias tendentes a modificar aquellos actos de las instituciones comunitarias que precisasen de una adaptación como consecuencia de incorporación a la Unión Europea de dichos Estados miembros, siempre que en el propio Acta de adhesión o en sus anexos no se hubiesen previsto las necesarias adaptaciones (tal y como sucedía en el caso de Bulgaria y Rumanía).

Finalmente, en el año 2013, con motivo de la incorporación de Croacia a la Unión Europea (efectiva desde el 1 de julio de 2013), y haciendo uso de la autorización prevista en el artículo 50 del Acta de adhesión¹¹³⁶, se procedió a la modificación de la Directiva Fiscal de Fusiones a través del apartado 4 del anexo de la Directiva 2013/13/UE, de 13 de mayo de 2013, por la que se adaptan determinadas Directivas en el ámbito de la fiscalidad, con motivo de la adhesión de la República de Croacia¹¹³⁷, incorporando a su contenido el Impuesto sobre Sociedades croata, así como las formas societarias nacionales que podrían beneficiarse de sus disposiciones.

8. La codificación del régimen fiscal común aplicable a las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial a través de la Directiva 2009/133/CE, de 19 de octubre de 2009

Tal y como hemos tenido ocasión de comprobar, el contenido de la Directiva 90/434/CEE fue modificado en diversas ocasiones con motivo de la adhesión de nuevos Estados miembros a la Unión Europea, si bien los cambios de mayor calado se introdujeron a través de la Directiva 2005/19/CE por cuanto supuso, no sólo la ampliación de su ámbito de aplicación a nuevas operaciones de reorganización empresarial (p.ej. escisiones parciales o traslado transfronterizo del domicilio social de la SE o la SCE) y formas societarias nacionales (p.ej. cooperativas), sino también la introducción de nuevas disposiciones en su articulado (p.ej. en relación con las entidades híbridas), así como la clarificación de algunas de las ya existentes (p.ej. la definición de canje de acciones, o la cobertura de las operaciones de “filialización”).

Por ello, en el año 2009, y al objeto facilitar su aplicación por parte de los agentes económicos, se procedió a su codificación a través de la Directiva 2009/133/CE, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de

¹¹³⁶ Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República de Croacia y a las adaptaciones del Tratado de la Unión Europea, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (DOUE nº L 112, de 24 de abril de 2012, p.21).

¹¹³⁷ DOUE nº L 141, de 28 de mayo de 2013, p.30.

una SE o una SCE de un Estado miembro a otro¹¹³⁸, de forma tal que, con su entrada en vigor (el 15 de diciembre de 2009¹¹³⁹), el texto original de la Directiva 90/434/CEE y sus modificaciones quedaron automáticamente derogados¹¹⁴⁰.

Por lo que respecta a su estructura, cabría señalar como la Directiva 2009/133/CE se organiza en torno a seis “Capítulos” que dan cabida a un total de diecinueve artículos, a los que habría que añadir tres anexos.

El primero de ellos, como es lógico, se centra en la determinación del ámbito de aplicación de la norma (objetivo y subjetivo), definiendo, por una parte, las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial cubiertas por la Directiva, así como alguno de sus elementos esenciales¹¹⁴¹ y estableciendo, por otra parte, los requisitos que deberán cumplir las entidades jurídicas que pretendan beneficiarse de las disposiciones contempladas en la Directiva¹¹⁴².

El segundo Capítulo, que es donde se destila buena parte de la esencia de la Directiva 2009/133/CE, recoge un conjunto de medidas o normas aplicables a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canje de acciones, que abordan el tratamiento fiscal de cuestiones tales como: a) las plusvalías surgidas en sede de la sociedad transmitente por la diferencia entre el valor real y el valor fiscal de los elementos patrimoniales transmitidos¹¹⁴³; b) las provisiones o reservas constituidas con exención parcial o total del impuesto por la sociedad transmitente¹¹⁴⁴; c) las pérdidas de la sociedad transmitente no compensadas fiscalmente¹¹⁴⁵; d) las plusvalías puestas de manifiesto en sede de la sociedad beneficiaria con motivo de la anulación de su participación en el capital de la sociedad transmitente¹¹⁴⁶; y e) las rentas, beneficios o plusvalías obtenidas por el socio de la sociedad transmitente o dominada como resultado de la atribución de títulos de la sociedad beneficiaria o dominada¹¹⁴⁷.

Los Capítulos tercero y cuarto, ambos de artículo único, contienen una serie de medidas que abordan, respectivamente, la problemática que, desde la óptica fiscal, plantean dos supuestos cuya singularidad y complejidad aconsejan una atención especial, a saber: la aportación, en el marco de una operación transfronteriza de reorganización empresarial, de un establecimiento permanente de la sociedad transmitente situado en el territorio de un Estado miembro distinto a aquél donde reside dicha sociedad¹¹⁴⁸; y la participación de entidades “híbridas” en las operaciones de

¹¹³⁸ DOUE n° L 310, de 25 de noviembre de 2009, p.34.

¹¹³⁹ Vid. artículo 18 de la Directiva 2009/133/CE.

¹¹⁴⁰ Vid. artículo 17 de la Directiva 2009/133/CE.

¹¹⁴¹ Vid. artículos 1 y 2 de la Directiva 2009/133/CE.

¹¹⁴² Vid. artículo 3 de la Directiva 2009/133/CE.

¹¹⁴³ Vid. artículos 4 y 9 de la Directiva 2009/133/CE.

¹¹⁴⁴ Vid. artículos 5 y 9 de la Directiva 2009/133/CE.

¹¹⁴⁵ Vid. artículos 6 y 9 de la Directiva 2009/133/CE.

¹¹⁴⁶ Vid. artículo 7 de la Directiva 2009/133/CE.

¹¹⁴⁷ Vid. artículo 8 de la Directiva 2009/133/CE.

¹¹⁴⁸ Vid. artículo 10 de la Directiva 2009/133/CE.

reorganización empresarial cubiertas por el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE¹¹⁴⁹.

El Capítulo quinto se ocupa de fijar las normas aplicables al traslado entre Estados miembros del domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea, con independencia de que implique o no un cambio en la residencia fiscal de la sociedad, por lo que respecta al tratamiento fiscal de: a) las posibles plusvalías surgidas en el Estado miembro de origen¹¹⁵⁰, b) las provisiones o reservas constituidas con exención parcial o total del impuesto por parte de la SE o la SCE¹¹⁵¹, c) las pérdidas no compensadas a efectos fiscales por parte de la SE o la SCE¹¹⁵², así como d) las posibles rentas, beneficios o plusvalías puestas de manifiesto en sede de sus socios¹¹⁵³. En definitiva, el Capítulo quinto de la Directiva 2009/133/CE no trata sino de adaptar las medidas previstas en sus artículos 4, 5, 6 y 8 (aplicables a las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos y canje de acciones) al supuesto específico del traslado entre Estados miembros del domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea.

Por su parte, el Capítulo sexto se ocupa de recoger las disposiciones finales, entre las que destaca, más allá de la regulación de cuestiones de índole formal¹¹⁵⁴, la introducción de una “cláusula anti-abuso” que faculta a los Estados miembros a no aplicar total o parcialmente el régimen fiscal especial contemplado en la Directiva 2009/133/CE cuando la operación de reorganización empresarial en cuestión tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal, o bien tenga por resultado que una sociedad (participante o no en la operación), ya no reúna las condiciones necesarias para la representación de los trabajadores en los órganos de la sociedad según las modalidades aplicables antes de la operación en cuestión¹¹⁵⁵.

En último lugar, la Directiva 2009/133/CE contiene tres anexos, de los cuales sólo el primero presenta una cierta sustancia al establecer tanto la lista de formas societarias propias de los distintos Estados miembros susceptibles de poder beneficiarse del régimen fiscal especial previsto en la Directiva, como la denominación de los impuestos nacionales a los que deben quedar sujetas dichas entidades jurídicas, sin posibilidad de opción y sin estar exentas, para que las disposiciones de la Directiva

¹¹⁴⁹ Vid. artículo 11 de la Directiva 2009/133/CE, en relación con el artículo 4.3 de la citada norma.

¹¹⁵⁰ Vid. artículo 12 de la Directiva 2009/133/CE.

¹¹⁵¹ Vid. artículo 13.1 de la Directiva 2009/133/CE.

¹¹⁵² Vid. artículo 13.2 de la Directiva 2009/133/CE.

¹¹⁵³ Vid. artículo 14 de la Directiva 2009/133/CE.

¹¹⁵⁴ Dentro de este grupo de disposiciones se encontraría, en primer lugar, el establecimiento de la obligación para los Estados miembros de comunicar a la Comisión el texto de las disposiciones básicas de Derecho interno que adopten en el ámbito regulado por la Directiva 2009/133/CE (artículo 16); en segundo lugar, la derogación de la Directiva 90/434/CEE con sus modificaciones posteriores (artículo 17); en tercer lugar, la fijación del plazo de entrada en vigor de la Directiva 2009/133/CE (artículo 18); y, en cuarto lugar, la concreción de sus destinatarios, a saber, los Estados miembros (artículo 19).

¹¹⁵⁵ Vid. artículo 15 de la Directiva 2009/133/CE.

puedan resultarles de aplicación¹¹⁵⁶. Por lo que respecta a los anexos II y III, lo cierto es que su contenido resulta meramente aclarativo y deben ser vistos como una consecuencia necesaria del proceso de codificación, estableciendo de forma respectiva, por una parte, la referencia a la Directiva 90/434/CEE (junto con los instrumentos jurídicos que modificaron su contenido) en su condición de norma derogada¹¹⁵⁷; y, por otra parte, una tabla de correspondencias entre el articulado de la Directiva 90/434/CEE y el de la Directiva 2009/133/CE.

9. La problemática fiscal asociada a las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial en el ámbito de los impuestos no contemplados por la Directiva 2009/133/CE

9.1. La falta de una definición explícita de los impuestos a los que resulta de aplicación el régimen previsto en la Directiva Fiscal de Fusiones

Tal y como ya hemos señalado en anteriores epígrafes de este trabajo, uno de los elementos centrales del régimen fiscal común aplicable a las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial diseñado por la Directiva 2009/133/CE pivotaba sobre la configuración de un sistema de diferimiento del gravamen de las plusvalías puestas de manifiesto como resultado de la operación hasta el momento de su realización efectiva, con el fin de garantizar la neutralidad fiscal de la misma, tanto en sede la sociedad transmitente como desde la perspectiva de los socios de la sociedad transmitente o dominada. Así, tratándose de fusiones, escisiones (totales o parciales), y aportaciones de activos, el artículo 4 de la Directiva, puesto en relación con su artículo 9, establece que su realización no implicará para la sociedad transmitente “gravamen alguno sobre las plusvalías determinadas por la diferencia entre el valor real de los elementos de activo y de pasivo transferidos y su valor fiscal”, siempre que: 1) el conjunto patrimonial transmitido quede efectivamente vinculado a un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria situado en el Estado miembro de la sociedad

¹¹⁵⁶ En este punto, se observa una diferencia con la Directiva 90/434/CEE por cuanto ésta última, si bien desarrollaba en un anexo la lista de sociedades a las cuales podría resultar de aplicación la Directiva, optaba por recoger en su cuerpo principal (artículo 3, apartado c) la denominación de los impuestos a los que debían estar sujetas dichas formas societarias para que pudiese entrar en juego el régimen especial. Sin duda, la fórmula empleada por la Directiva 2009/133/CE parece más acertada desde la óptica de la claridad expositiva, habida cuenta del incremento considerable de Estados miembros entre la promulgación de una y otra norma comunitaria, lo que ha determinado que ambas listas hayan incrementado de forma considerable su extensión, y, por ende, resulte mucho más adecuado recogerlas en un anexo y remitirse a ellas por referencia en el artículo de la Directiva en cuestión.

¹¹⁵⁷ Nótese, asimismo, como el anexo II, en su parte B, también hace referencia a los plazos de transposición y aplicación, tanto de la Directiva 90/434/CEE, como de las Directivas 2005/19/CE y 2006/98/CE que modificaron su contenido, lo que debe ser puesto en relación con el artículo 17 de la Directiva 2009/133/CE donde se establece que la derogación de la Directiva 90/434/CEE (en su versión modificada), no afecta a las obligaciones de los Estados miembros relativas a los plazos de transposición al Derecho nacional, y de aplicación de las Directivas citadas anteriormente.

transmitente y contribuya a la obtención de resultados en dicho Estado; y 2) la sociedad beneficiaria calcule las nuevas amortizaciones y plusvalías/minusvalías correspondientes a los elementos de activo y de pasivo transferidos en las mismas condiciones en que lo habrían hecho la sociedad o sociedades transmitentes si no se hubiera llevado a cabo la operación. De un modo similar, el artículo 12.1 de la Directiva dispone que el traslado del domicilio social o el cese de la residencia de la SE o de la SCE “no dará lugar a la aplicación de impuesto alguno sobre las plusvalías, en el Estado miembro del que haya sido trasladado el domicilio social”, siempre que, por una parte, los elementos de activo y pasivo de la SE o la SCE queden efectivamente vinculados con posterioridad a la operación a un establecimiento permanente de dicha sociedad situado en el Estado miembro de origen y contribuyan a la obtención de resultados en dicho Estado miembro; y, por otra parte, la SE o la SCE calcule las nuevas amortizaciones y las plusvalías o minusvalías correspondientes a los elementos de activo y de pasivo que permanezcan afectados al establecimiento permanente como si el traslado del domicilio social no hubiera tenido lugar o la SE o la SCE no hubieran dejado de ser residentes fiscales del Estado miembro en cuestión.

Por su parte, y en relación con los socios de la sociedad transmitente o dominada, el artículo 8 de la Directiva 2009/133/CE establece que la atribución a los mismos, con motivo de una fusión, escisión (total o parcial), o canje de acciones, de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria o dominante a cambio de sus títulos representativos del capital de la sociedad transmitente o dominada, “no dará lugar, por sí misma, a la aplicación de impuesto alguno sobre las rentas, los beneficios o las plusvalías de dicho[s] socio[s]”, siempre que se verifique que el valor fiscal atribuido a los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria o dominante (o, tratándose de una escisión parcial, al total agregado de los títulos recibidos y los que posean en la sociedad transmitente) no fuese superior al valor fiscal que tuviesen en sus manos los títulos representativos del capital de la sociedad transmitente o dominada.

Por último, y aunque al margen de la regla de diferimiento, también cabría señalar como en aquellos supuestos en los que la sociedad beneficiaria ostente una participación en el capital de la sociedad transmitente, el artículo 7.1 de la Directiva contempla una auténtica exención impositiva al disponer que, en el marco de operaciones de fusión y escisión (total o parcial), “no podrá aplicarse ningún gravamen sobre la plusvalía obtenida por la sociedad beneficiaria con motivo de la anulación de su participación” en el capital de la sociedad transmitente.

Ciertamente, a la vista del tenor literal de los citados preceptos resulta evidente que la Directiva 2009/133/CE no hace referencia a ningún impuesto concreto, sino que se limita a establecer una suerte de “prohibición” genérica para los Estados miembros en relación con la exigencia inmediata en el marco de estas operaciones de impuestos nacionales que graven las posibles plusvalías puestas de manifiesto en sede de la sociedad transmitente o beneficiaria, o bien las rentas, beneficios o plusvalías surgidas en manos de los socios de la sociedad transmitente o dominada. A este respecto, es importante tener presente que uno de los requisitos impuestos por la Directiva

2009/133/CE para que la operación de reorganización empresarial en cuestión pueda beneficiarse de sus disposiciones reside en que las entidades jurídicas participantes en la misma deberán estar sujetas, sin posibilidad de opción y sin estar exentas, al Impuesto sobre Sociedades del Estado miembro de su residencia o a cualquier otro impuesto que los sustituyera¹¹⁵⁸. Sin embargo, por lo respecta a los socios de la sociedad transmitente o dominada, a los efectos de la aplicación de la regla prevista en el artículo 8 de la Directiva no se exige la concurrencia de ningún requisito especial, de forma tal que la condición de socio podrían recaer, de acuerdo con el Derecho societario nacional del Estado miembro en cuestión, en personas físicas¹¹⁵⁹, sociedades, asociaciones o incluso entidades jurídicas no sujetas a imposición (*non-taxable entities*), pues nada se opone a que los socios estén exentos del impuesto en su Estado de residencia fiscal o puedan disfrutar del derecho de opción¹¹⁶⁰.

A este respecto, cabría señalar como la jurisprudencia del TJUE en el asunto *Zwijnenburg* (sobre la que volveremos más adelante en este trabajo a la hora de analizar la cláusula anti-abuso prevista en el artículo 15.1 de la Directiva) se ha limitado a afirmar que “los únicos impuestos que pueden acogerse a las ventajas establecidas por la Directiva 90/434/CEE (...) son los expresamente contemplados por ella. Pues bien, en el marco de las ventajas establecidas, la Directiva 90/434, aun reconociendo una posición particular a la tributación de las plusvalías, se refiere esencialmente a los impuestos que gravan las sociedades y a los adeudados por los socios”¹¹⁶¹. De este modo, si tenemos en cuenta lo dicho anteriormente en relación con la aplicación de las reglas previstas en los artículos 4 y 8 de la Directiva, parece que la alusión del Tribunal a los impuestos “expresamente contemplados por ella” no se circunscribe únicamente al Impuesto sobre Sociedades (que, como sabemos, es el único que aparece explícitamente contemplado en la parte B del anexo I de la Directiva), sino que también se extendería a otras figuras impositivas donde, de acuerdo con la normativa tributaria doméstica del Estado miembro en cuestión, se integren las posibles plusvalías, rentas o beneficios puesta de manifiesto como resultado de la operación en sede de las sociedades participantes en la misma y de sus socios, y cuyo gravamen pretenda evitar la Directiva 2009/133/CE (p.ej. las plusvalías surgidas en sede de la sociedad transmitente por la diferencia entre el valor real y el valor fiscal de los elementos de activo y de pasivo transferidos, las plusvalías surgidas en sede de la sociedad beneficiaria con motivo de la anulación de su participación en el capital de la sociedad transmitente, o las rentas, beneficios y plusvalías puestas de manifiesto en manos de los socios de la sociedad transmitente o dominada como resultado del intercambio de sus títulos en el capital de

¹¹⁵⁸ Vid. artículo 3, apartado c) y parte B del anexo I de la Directiva 2009/133/CE.

¹¹⁵⁹ No obstante, cabría señalar como, en un primer momento, Estados miembros como Italia o Irlanda negaban los beneficios de la Directiva 2009/133/CE a los socios cuando estos no presentaban un forma societaria (Vid. DELOITTE TOUCHE TOHMATSU INTERNATIONAL, *op.cit.*, pp.14-15).

¹¹⁶⁰ En este sentido, vid. NAVARRO EGEA, M., “La fusión de...”, *op.cit.*, p.99.

¹¹⁶¹ Vid. STJUE de 20 de mayo de 2010, asunto C-352/08, *Modehuis A. Zwijnenburg BV v. Staatssecretaris van Financiën*, aps.50 y 51.

dicha sociedad por títulos representativos del capital de la sociedad beneficiaria o dominante)¹¹⁶².

Ahora bien, en todo caso es importante tener presente que la Directiva 2009/133/CE no ha llevado a cabo una completa armonización de los impuestos y tributos que pueden devengarse con ocasión de la realización de una de las operaciones de reorganización empresarial transfronteriza a las que da cobertura¹¹⁶³, de forma tal que todos aquellos impuestos cuyo objeto difiera del gravamen de las plusvalías, rentas o beneficios anteriormente señalados quedarían fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE y, por tanto, bajo la competencia tributaria de los Estados miembros (p.ej. el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales), salvo que cayesen dentro del ámbito de aplicación de otra norma comunitaria¹¹⁶⁴. Éste sería el caso, por ejemplo, de aquellos impuestos directos que gravasen otros elementos de renta de la sociedad transmitente distintos de las plusvalías latentes vinculadas a los elementos patrimoniales transferidos en el momento de realización de la operación, o de los impuestos indirectos que podrían exigirse en conexión, no sólo con las transmisiones patrimoniales y de títulos que se producen en el marco de las diferentes operaciones de reorganización empresarial, sino también en relación con los actos y formalidades necesarios para su realización.

Ciertamente, y aun cuando los impuestos indirectos han quedado extramuros de la Directiva 2009/133/CE, lo cierto es que la facultad de los Estados miembros para su exigencia en el marco de las operaciones de reorganización empresarial debe acomodarse, en su caso, a lo dispuesto en otras normas de Derecho de la UE, como la Directiva 2008/7/CE, de 12 de febrero de 2008, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales¹¹⁶⁵ o la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del Impuesto sobre el Valor

¹¹⁶² En este sentido, ya se había pronunciado la Abogado General Kokott al afirmar que “ciertamente, el artículo 3 de la Directiva 90/434 hace referencia, al objeto de definir el concepto de sociedad, a la sujeción al pago del impuesto de sociedades. Ahora bien, de ello se sigue únicamente que las operaciones de fusión a efectos del artículo 2 de la Directiva 90/434 sólo pueden ser realizadas por las sociedades que están sujetas al impuesto de sociedades o a un impuesto que sustituya a aquél. En cambio, las *ventajas fiscales* que la Directiva 90/434 concede con vistas a tales operaciones de fusión no se limitan en modo alguno al impuesto de sociedades. Así lo pone de manifiesto en buena medida un examen del artículo 8, apartado 1, y del octavo considerando que la Directiva 90/434, que tratan de la *tributación personal de los socios*, lo cual incluye necesariamente el impuesto sobre la renta (véase al respecto la sentencia Kofoed, citada en la nota 11, en particular el apartado 20)” (*vid.* Conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas el 16 de julio de 2009, asunto C-352/08, *Modehuis A. Zwijnenburg BV*, ap.56, nota 29). De este modo, y en el caso de España, la cláusula anti-abuso prevista en el artículo 89.2 de la LIS podría proyectarse (en relación con las disposiciones de favor que integran el régimen de neutralidad fiscal) sobre el Impuesto sobre Sociedades, el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o el Impuesto sobre la Renta de No Residentes (sobre esta cuestión *vid.* LÓPEZ TELLO, J., “La cláusula antiabuso del régimen fiscal de fusiones tras la sentencia del TJCE de 20 de mayo de 2010, *Modehuis A. Zwijnenburg BV*”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, nº27, 2010, pp.51-53).

¹¹⁶³ *Vid.* STJUE de 20 de mayo de 2010, asunto C-352/08, *Modehuis A. Zwijnenburg BV v. Staatssecretaris van Financiën*, ap.49.

¹¹⁶⁴ En este sentido, *vid.* BOULOGNE, F., *Shortcomings in the..., op.cit.*, p.148.

¹¹⁶⁵ DOUE nº L 46, de 21 de febrero de 2008, p.11.

Añadido¹¹⁶⁶, y, por ende, también a la interpretación que de sus preceptos ha realizado el TJUE.

9.2. La exigencia por parte de los Estados miembros de determinados impuestos indirectos en el marco de estas operaciones: una cuestión no resuelta por la Directiva 2009/133/CE

9.2.1. Introducción

Si nos situamos en el contexto legislativo de mediados de los años sesenta, lo cierto es que los obstáculos fiscales a las operaciones de reorganización empresarial no se circunscribían al ámbito de la imposición directa, sino que las transmisiones patrimoniales que se producían en el marco de las mismas, así como las formalidades necesarias para su realización (p.ej. constitución de sociedades, aumento de capital, etc.), también solían llevar aparejada la exigencia de una serie de impuestos de naturaleza indirecta por parte de los Estados miembros, fundamentalmente, impuestos sobre las aportaciones de capital (*capital duty* o *droit d'apport*) o derechos de registro (*registration duty* o *droit d'enregistrement*), impuestos sobre transmisiones patrimoniales (*transfer duty* o *droit de mutation*), impuestos de timbre sobre los títulos emitidos (*stamp duty* o *droit de timbre*), o impuestos sobre el volumen de negocios (*turnover tax* o *impôt sur le chiffre d'affaires*).

Así, y a título de ejemplo, podría traerse a colación el caso de Bélgica por cuanto las aportaciones de capital realizadas en el marco de operaciones de fusión o escisión debían soportar un gravamen (reducido) del 1,25% sobre su valor neto si la sociedad beneficiaria era residente a efectos fiscales en Bélgica (con independencia del lugar de residencia de la sociedad transmitente), o bien del 2,5% si la sociedad beneficiaria residía fuera del territorio belga. Sin embargo, las transmisiones de elementos patrimoniales realizadas en el marco de estas operaciones no estaban sujetas al impuesto sobre el volumen de negocios (a diferencia de lo que sucedía si se trataba de una venta). Las aportaciones parciales de activos, por su parte, también podían beneficiarse del tipo reducido del 1,25%, siempre que se cumplieran una serie de condiciones, a saber: 1) la sociedad beneficiaria debía ser residente fiscal en Bélgica, pudiendo la rama de actividad transmitida estar situada en su propio territorio o en otro Estado miembro; 2) los activos transmitidos debían constituir una división o parte de la empresa susceptible de funcionamiento autónomo (rama de actividad); y 3) la compensación recibida por la sociedad transmitente debía consistir únicamente en títulos de la sociedad beneficiaria. No obstante, de no cumplirse estos requisitos, el tipo de gravamen a aplicar pasaría a ser del 2,5% (pudiendo llegar al 12,5% en relación con los bienes inmuebles transmitidos),

¹¹⁶⁶ DOUE n° L 347, de 11 de diciembre de 2006, p.1.

e incluso se abriría la puerta a la aplicación de un impuesto sobre el volumen de negocios a un tipo del 7%¹¹⁶⁷.

Siguiendo una línea similar a Bélgica, la normativa fiscal neerlandesa exigía, con carácter general, un impuesto del 2,5% sobre el valor nominal de los títulos emitidos o sobre el valor neto de los activos aportados en el marco de una operación de fusión (en función de cuál fuera mayor). Ahora bien, en virtud de la resolución de 28 de septiembre de 1962 (D2/7216), modificada por la resolución de 12 de octubre de ese mismo año (D2/8516), la Administración tributaria podía reducir este tipo impositivo al 0,75% tanto en las operaciones de fusión, como en las escisiones, aportaciones parciales de activos, e incluso en los canjes de acciones siempre que se cumplieran una serie de requisitos. Asimismo, es importante señalar como en los Países Bajos las transmisiones de activos que se producían en el marco de operaciones de reorganización empresarial no daban lugar a la exigencia de un impuesto sobre el volumen de negocios propiamente dicho, sino a un impuesto sobre el valor añadido¹¹⁶⁸ que la sociedad beneficiaria podía deducir como IVA soportado, pudiendo incluso el Ministro de Finanzas autorizar la exención del citado impuesto en aquellos supuestos en los que la sociedad beneficiaria continuase con el negocio de la sociedad transmitente y se diese cumplimiento a una serie de requisitos¹¹⁶⁹. Por su parte, en Alemania, la Ley relativa al impuesto sobre el valor añadido de 29 de mayo de 1967 (*Umsatzsteuergesetz* o *UStG*) también contemplaba el gravamen de este tipo de transmisiones patrimoniales a un tipo del 11% o del 5,5% en función de la naturaleza de los activos transmitidos, si bien la sociedad beneficiaria podía, con carácter general, deducir su importe. Asimismo, y aun en aquellos supuestos en los que este impuesto no pudiese deducirse por gravar determinados tipos de bienes, en el marco de operaciones de fusión propiamente dichas, la normativa alemana establecía la posibilidad de obtener una exención del IVA si los bienes transmitidos ya habían quedado sujetos al impuesto sobre aportaciones de capital¹¹⁷⁰.

Ciertamente, la problemática que ya de por sí planteaba la exigencia de impuestos indirectos en el ámbito de las operaciones de reorganización empresarial de carácter doméstico por el coste adicional que suponían, se intensificaba si nos trasladábamos al ámbito transfronterizo, pues la aplicación de un trato discriminatorio por parte de los Estados miembros en función de la naturaleza de la operación, el surgimiento del fenómeno de la doble imposición¹¹⁷¹, o las disparidades existentes entre

¹¹⁶⁷ Sobre esta cuestión, *vid.* “Belgium: Taxation of mergers and similar transactions”, *European Taxation*, vol.8, nº6, 1968, pp.138-140.

¹¹⁶⁸ Artículo 3.1, apartado e) de la Ley del Impuesto sobre el valor añadido de 1968 (*Wet op de omzetbelasting 1968*).

¹¹⁶⁹ Sobre esta cuestión, *vid.* “Netherlands: Taxation of mergers”, *European Taxation*, vol.9, nº4, 1969, pp.77-78.

¹¹⁷⁰ Sobre esta cuestión, *vid.* “Germany: Taxation of mergers and similar transactions”, *European Taxation*, vol.9, nº5, 1969, p.101.

¹¹⁷¹ A título de ejemplo, podríamos traer a colación el caso de Alemania cuya normativa fiscal establecía que la aportación a una sociedad extranjera de un establecimiento permanente que desarrollaba su actividad en Alemania, ya fuese titularidad de una sociedad alemana o extranjera, daba lugar a la

los tipos impositivos aplicados por los Estados miembros terminaban por constituir un importante obstáculo a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones de carácter transfronterizo, así como a la libre circulación de capitales en el seno de mercado común¹¹⁷².

9.2.2. Luces y sombras del proceso de armonización de los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales

La situación que acabamos de describir comenzó a cambiar con la aprobación de la Directiva 69/335/CEE¹¹⁷³ donde se establecía, entre otras cuestiones, la percepción por parte de los Estados miembros de un impuesto armonizado y de aplicación única sobre las aportaciones de capital a sociedades que, con carácter general, no podría superar el 2% ni ser inferior al 1%¹¹⁷⁴, o la supresión del impuesto de timbre sobre los títulos¹¹⁷⁵, así como la imposibilidad de establecer otros impuestos indirectos de naturaleza análoga¹¹⁷⁶. No obstante, de acuerdo con la citada Directiva, los Estados miembros podrían seguir percibiendo determinados impuestos indirectos en relación con estas operaciones, tales como impuestos sobre las transmisiones a una sociedad de bienes inmuebles o fondos de comercio situados en su territorio (incluyendo, en su caso, los derechos de inscripción en el Registro de la Propiedad)¹¹⁷⁷, o el Impuesto sobre el Valor Añadido¹¹⁷⁸.

Por ello, y aun cuando la Directiva 69/335/CEE al objeto de mitigar la carga que suponía el Impuesto sobre las aportaciones de capital en el marco de operaciones transfronterizas de fusión, escisión y aportación de activos, establecía una reducción mínima del 50% del tipo impositivo en el supuesto de que una o varias sociedades de capital aportasen la totalidad de su patrimonio, o una o más ramas de su actividad, a una o a varias sociedades de capital en vías de constitución o ya existentes, siempre que se cumpliesen una serie de condiciones¹¹⁷⁹, lo cierto es que la no supresión de este

exigencia de un impuesto sobre las aportaciones de capital al tipo normal del 2,5%, con independencia de que el Estado de residencia de la sociedad beneficiaria pudiese gravar dicha transmisión patrimonial con su propio impuesto sobre las aportaciones de capital (sobre esta cuestión, *vid.* ROELANS, J., *op.cit.*, p.104).

¹¹⁷² En este sentido, *vid.* LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., HERRERA MOLINA, P., *op.cit.*, p.48.

¹¹⁷³ Directiva 69/335/CEE, de 19 de julio de 1969 relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales (DOCE nº L 249, de 3 de octubre de 1969, p.25).

¹¹⁷⁴ *Vid.* artículo 7.1, apartado a) de la Directiva 69/335/CEE.

¹¹⁷⁵ *Vid.* artículo 11 de la Directiva 69/335/CEE.

¹¹⁷⁶ *Vid.* artículos 10 y 11 de la Directiva 69/335/CEE. A estos efectos, conviene recordar como la calificación de un impuesto, gravamen, derecho o exacción a la luz del Derecho de la UE corresponde efectuarla al TJUE en función de las características objetivas del mismo y con independencia de la calificación que le atribuya el Derecho nacional (en este sentido, *vid.* STJUE de 30 de marzo de 2006, asunto C-46/04, *Aro Tubi Trafilerie SpA v. Ministero dell'Economia e delle Finanze*, ap.26).

¹¹⁷⁷ *Vid.* artículo 12.1, apartado b) de la Directiva 69/335/CEE.

¹¹⁷⁸ *Vid.* artículo 12.1, apartado f) de la Directiva 69/335/CEE.

¹¹⁷⁹ En concreto, el artículo 7.1, apartado b) de la Directiva 69/335/CEE exigía, por una parte, que las aportaciones estuvieran remuneradas de forma exclusiva mediante la atribución de participaciones

impuesto, junto con la posibilidad por parte de los Estados miembros de exigir otros impuestos indirectos en relación con las aportaciones de capital producidas en el marco de estas operaciones seguía constituyendo un importante obstáculo a su realización. De hecho, conviene recordar como la ambiciosa Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones de 1969 intentaba hacer frente a esta problemática prohibiendo la exigencia de cualquier impuesto sobre las transmisiones o similar (*droit de mutation*) en relación con las aportaciones de activo y pasivo producidas en el marco de fusiones, escisiones y aportaciones de activos transfronterizas¹¹⁸⁰, si bien finalmente la Directiva 90/434/CEE optó por no incorporar disposición alguna en su articulado relativa a los impuestos indirectos, lo cual fue criticado por una buena parte de la doctrina científica de la época en la medida en que podría comprometer la consecución de los objetivos para los que fue concebida originariamente la citada Directiva¹¹⁸¹.

Con el paso del tiempo, la Directiva 69/335/CEE fue objeto de diversas modificaciones que, por lo que respecta al ámbito de las reorganizaciones empresariales, estuvieron orientadas a introducir criterios de flexibilidad así como a reducir el coste adicional que el impuesto sobre las aportaciones de capital suponía para las mismas (incluyendo los canjes de acciones)¹¹⁸². Así, podría decirse que desde el 1 de enero de 1986, y en virtud de la reforma operada por la Directiva 85/303/CEE¹¹⁸³, las operaciones más comunes de reorganización empresarial ya se encontraban exentas del

sociales, pudiendo los Estados miembros extender la reducción a aquellos supuestos en los que las aportaciones fueran remuneradas conjuntamente con participaciones sociales y un desembolso en efectivo no superior al 10% de su valor nominal; y, por otra parte, que las sociedades que interviniesen en la operación tuvieran la sede de su dirección efectiva o su domicilio social en el territorio de un Estado miembro. Ciertamente, nos encontramos ante una excepción al régimen fiscal común que tiene por finalidad evitar que las transferencias de activos entre sociedades se encuentren con obstáculos fiscales, de modo que se favorezca la realización de procesos de reorganización y concentración empresarial (en este sentido, *vid.* STJUE de 13 de octubre de 1992, asunto C-50/91, *Commerz-Credit-Bank AG-Europartner v. Finanzamt Saarbrücken*, ap.11).

¹¹⁸⁰ *Vid.* artículo 7.2 de la Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones de 1969.

¹¹⁸¹ En este sentido, *vid.* LARKING, B., “The Merger Directive...”, *op.cit.*, p.364; FÉDÉRATION DES EXPERTS COMPTABLES EUROPÉENS, *op.cit.*, p.2; o THÖMMES, O., TOMSETT, E., *op.cit.*, p.228, que llegó a calificar de “omisión fundamental” la ausencia de disposiciones de esta naturaleza en la Directiva 90/434/CEE.

¹¹⁸² A este respecto, podría señalarse como la Directiva 73/79/CEE, de 9 de abril de 1973 (DOCE nº L 103, de 18 de abril de 1973, p.13) extendió, a través de la introducción del apartado b) *bis* en el artículo 7.1 de la Directiva 69/335/CEE, la reducción en el tipo del impuesto sobre las aportaciones de capital a la adquisición de participaciones por parte de una sociedad existente o en vías de constitución que representasen al menos el 75% del capital social de otra sociedad de capital, si bien en el caso de que dicho porcentaje se alcanzase a través de dos o más operaciones tan sólo podría beneficiarse del tipo reducido la operación a través de la cual se alcanzase dicho porcentaje y las subsiguientes que lo incrementasen. Asimismo, se establecía que la sociedad adquirente debía mantener durante un periodo mínimo de cinco años desde la realización de la operación todas sus participaciones adquiridas en la otra sociedad (que representasen al menos el 75% de su capital social). Por su parte, la Directiva 73/80/CEE, de 9 de abril de 1973, (DOCE nº L 103, de 18 de abril de 1973, p.15) modificó nuevamente el artículo 7 de la Directiva 69/335/CEE con el objetivo de eliminar obstáculos a las operaciones de reorganización empresarial, estableciendo un tipo general para el impuesto del 1% a partir del 1 de enero de 1976, mientras que las operaciones contempladas en los apartados b) y b) *bis*, antes descritas, estarían sujetas a un tipo que los Estados miembros podrían situar entre el 0% y el 0,5% a partir del 1 de enero de 1976.

¹¹⁸³ Directiva 85/303/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1985, por la que se modifica la Directiva 69/335/CEE relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales (DOCE nº L 156, de 15 de junio de 1985, p.23).

impuesto sobre las aportaciones de capital¹¹⁸⁴. Finalmente, y casi cuarenta años después de su aprobación, la Directiva 69/335/CEE sería finalmente reemplazada por la Directiva 2008/7/CE¹¹⁸⁵ (vigente en la actualidad) donde se establece que, con carácter general, los Estados miembros no podrán someter a las sociedades de capital a ninguna forma de imposición indirecta por lo que se refiere a las denominadas “operaciones de reestructuración”, pasando de configurar un supuesto de exención a impuestos de esta naturaleza a un supuesto de no sujeción¹¹⁸⁶.

A este respecto, conviene precisar que la Directiva 2008/7/CE contiene en su artículo 4 una definición propia de las operaciones de reestructuración empresarial respecto de las cuales no podrán exigirse impuestos indirectos. Así, en primer lugar, tendríamos la “transmisión, por una o varias sociedades de capital, de la totalidad de su patrimonio, o de una o más ramas de su actividad, a una o más sociedades de capital en vías de constitución o ya existentes, siempre que la contrapartida de dicha transmisión consista, al menos parcialmente, en valores representativos del capital de la sociedad adquirente”¹¹⁸⁷. En segundo lugar, estaría “la adquisición, por una sociedad de capital en vías de constitución o ya existente, de participaciones que representen la mayoría de los derechos de voto de otra sociedad de capital, siempre que la contrapartida de las participaciones adquiridas consista, al menos parcialmente, en valores representativos del capital de la primera de dichas sociedades”¹¹⁸⁸. En este sentido cabría señalar como, en aquellos supuestos en los que la mayoría de los derechos de voto se alcance mediante dos o más operaciones, sólo tendrán la consideración de operaciones de reestructuración a los efectos de la Directiva 2008/7/CE la operación de canje de valores que permita alcanzar la mayoría de los derechos de voto de la sociedad dominada y las operaciones de canje posteriores que contribuyan a ampliar dicha mayoría. En tercer y último lugar, la Directiva hace referencia a “la transferencia a una sociedad de capital de todo el patrimonio de otra sociedad de capital que pertenezca totalmente a la primera sociedad”¹¹⁸⁹, lo cual permite extender la regla de no sujeción a las denominadas “fusiones impropias” en las que la sociedad beneficiaria es titular del 100% de las participaciones en el capital social de la sociedad transmitente y que no encajarían en la

¹¹⁸⁴ Vid. artículo 1, apartado 2 de la Directiva 85/303/CEE. A este respecto, es importante señalar cómo esta exención también se proyectaba sobre los derechos de registro o tasas de inscripción registral (*droit d'enregistrement*) exigidos por algunos Estados miembros en conexión con las aportaciones de capital realizadas en el marco de estas operaciones en la medida en que sus características objetivas permitían incluirlos en el concepto de “impuestos sobre las aportaciones del capital” a los efectos de aplicación de la Directiva 69/335/CEE (vid. STJUE de 13 de febrero de 1996, asuntos acumulados *Bautiaa* (C-197/94) y *Société française maritime* (C-252/94), ap.43, donde se establecía que “el apartado 1 del artículo 7 de la Directiva 69/335, en su versión modificada por la Directiva 73/80, que entró en vigor el 1 de enero de 1976, y posteriormente por la Directiva 85/303, que entró en vigor el 1 de enero de 1986, se opone a la aplicación de una normativa nacional que mantiene un tipo de gravamen del 1,20 % para la tasa de inscripción registral que recae sobre las aportaciones de bienes muebles efectuadas en el marco de una fusión”).

¹¹⁸⁵ Directiva 2008/7/CE del Consejo, de 12 de febrero de 2008 relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales (DOUE n° L 46, de 21 de febrero de 2008, p.11).

¹¹⁸⁶ Vid. artículo 5.1, apartado e) de la Directiva 2008/7/CE.

¹¹⁸⁷ Vid. artículo 4.1, apartado a) de la Directiva 2008/7/CE.

¹¹⁸⁸ Vid. artículo 4.1, apartado b) de la Directiva 2008/7/CE.

¹¹⁸⁹ Vid. artículo 4.2, de la Directiva 2008/7/CE.

primera modalidad de operaciones de reestructuración anteriormente señalada en la medida en que el tenor literal del artículo 4.1, apartado a) de la Directiva 2008/7/CE, exige la entrega de títulos representativos del capital de la sociedad beneficiaria en contrapartida de la aportación patrimonial realizada por la sociedad transmitente¹¹⁹⁰.

Por el contrario, las operaciones de fusión inversa en las que la sociedad transmitente posee la totalidad de las participaciones sociales de la sociedad beneficiaria no plantean problemas de encaje en el citado precepto, puesto que los socios de la sociedad transmitente pueden recibir títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria en contrapartida de la aportación realizada, alguno de los cuales podría incluso proceder del conjunto patrimonial transmitido por la sociedad transmitente y que, evidentemente, incluiría sus títulos en el capital social de la sociedad beneficiaria. De hecho, con anterioridad a la aprobación de la Directiva 2008/7/CE, el TJUE ya había declarado que estas operaciones quedaban cubiertas por el artículo 7.1 de la Directiva 69/335/CEE y, por ende, tras la modificación operada por la Directiva 85/303/CEE ya se encontraban exentas del impuesto sobre las aportaciones de capital¹¹⁹¹.

Ciertamente, un análisis de las definiciones contempladas en el artículo 4 de la Directiva 2008/7/CE pone de manifiesto cómo, si bien se encuentran presentes algunos de los principales elementos que configuran las definiciones previstas en la Directiva 2009/133/CE para las operaciones de fusión¹¹⁹², escisión¹¹⁹³, escisión parcial¹¹⁹⁴, aportación de activos¹¹⁹⁵ y canje de acciones¹¹⁹⁶, se han “omitido” determinados requisitos propios de las definiciones contenidas en la Directiva 2009/133/CE para estas operaciones que contribuyen a restar flexibilidad a su aplicación (p.ej. la limitación de la posible compensación en efectivo que perciban los socios de la sociedad transmitente o dominada al 10% del valor de los títulos representativos del capital de la sociedad beneficiaria que reciban en el marco de fusiones, escisiones, escisiones parciales y canjes de acciones, la exigencia de que la atribución de títulos representativos del capital de la sociedad beneficiaria a los socios de la sociedad transmitente en el marco de operaciones de escisión total o parcial se realice con arreglo a una norma proporcional, o la necesidad de que en el marco de operaciones de escisión parcial la sociedad transmitente mantenga al menos una rama de actividad con posterioridad a la

¹¹⁹⁰ De hecho, vigente la Directiva 69/335/CEE, el TJUE ya declaró que estas operaciones quedaban al margen del ámbito de aplicación de la norma comunitaria por no encajar en ninguno de los supuestos previstos en su artículo 4 (en este sentido, *vid.* STJUE de 27 de octubre de 1998, asunto C-152/97, *Abruzzi Gas SpA (Agas) v. Amministrazione Tributaria di Milano*, aps.22-26).

¹¹⁹¹ En este sentido, *vid.* STJUE de 30 de marzo de 2006, asunto C-46/04, *Aro Tubi Trafilerie SpA y Ministero dell'Economia e delle Finanze*, aps.43-47. Un interesante comentario a esta sentencia puede encontrarse en NAVARRO EGEA, M., “Comentario a la STJCE de 30 de marzo de 2006 (as. C-46/04), relativa a la aplicación de la Directiva 69/335/CEE con motivo de una fusión «inversa»”, *Noticias de la Unión Europea*, nº276, 2008, pp.67-71.

¹¹⁹² *Vid.* artículo 2, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE.

¹¹⁹³ *Vid.* artículo 2, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE.

¹¹⁹⁴ *Vid.* artículo 2, apartado c) de la Directiva 2009/133/CE.

¹¹⁹⁵ *Vid.* artículo 2, apartado d) de la Directiva 2009/133/CE.

¹¹⁹⁶ *Vid.* artículo 2, apartado e) de la Directiva 2009/133/CE.

operación). De este modo, podría afirmarse que la Directiva 2008/7/CE permite no sólo dar cobertura a las operaciones de fusión, escisión total o parcial, aportación de activos y canje de acciones previstas en la Directiva 2009/133/CE, sino también a otras operaciones de similar naturaleza pero que no cumplen todos los requisitos previstos en la Directiva Fiscal de Fusiones, garantizando, con carácter general, que no podrán ser sometidas a ninguna forma de imposición indirecta.

Por ello, la posición adoptada por España a la hora de implementar la Directiva 2008/7/CE a nivel interno resulta cuanto menos criticable (sino directamente incorrecta) en la medida en que el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados no ha incorporado las definiciones de “operaciones de reestructuración empresarial” previstas en el artículo 4 de la citada Directiva, sino que a la hora de establecer la no sujeción de estas operaciones a la modalidad de “operaciones societarias” del impuesto¹¹⁹⁷, así como la exención a la modalidad de “transmisiones patrimoniales” y de “actos jurídicos documentados”¹¹⁹⁸, se remite a las definiciones de fusión, escisión, aportación de activos, y canje de valores contempladas actualmente en los artículos 76 y 87 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades¹¹⁹⁹. De este modo, y en la medida en que estas definiciones se inspiran en las previstas en el artículo 2 de la Directiva 2009/133/CE, contienen algunos elementos (a los que ya hemos hecho referencia) que las hacen más restrictivas que las previstas en el artículo 4 de la Directiva 2008/7/CE y, por ende, “estrechan” de forma injustificada su ámbito de aplicación objetivo; esto se traduce en que todas aquellas operaciones de fusión, escisión, aportación de activos, canje de acciones o similares que no puedan subsumirse en el concepto previsto en la LIS quedarán sujetas a las diferentes modalidades del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en relación con los diferentes actos y formalidades necesarios para su realización (p.ej. disolución/constitución de sociedades, ampliación de capital, etc.), salvo que el contribuyente invoque el efecto directo de la Directiva 2008/7/CE al resultar sus disposiciones incondicionales, claras y precisas¹²⁰⁰.

¹¹⁹⁷ Vid. artículos 19.2, apartado 1º, y 21 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

¹¹⁹⁸ Vid. artículo 45.IB.10 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

¹¹⁹⁹ Ahora bien, esto no significa en modo alguno que la no sujeción a la modalidad de “operaciones societarias”, así como la exención a la modalidad de “transmisiones patrimoniales” y de “actos jurídicos documentados” del impuesto de la que se benefician estas operaciones quede condicionada a la aplicación del régimen fiscal especial previsto en el Capítulo VII del Título VII de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, tal y como sucedía con anterioridad a la reforma operada por la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, por la que se suprime el gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio, se generaliza el sistema de devolución mensual en el Impuesto sobre el Valor Añadido, y se introducen otras modificaciones en la normativa tributaria, que tiene su origen en el procedimiento de infracción contra España iniciado por la Comisión Europea y que terminó en una declaración de incumplimiento por parte del TJUE en su sentencia de 9 de julio de 2009, asunto C-397/07, *Comisión Europea v. España*.

¹²⁰⁰ Sobre esta cuestión, vid. GRACIA ESPINAR, E., VIÑAS RUEDA, L., “Revisión del régimen fiscal de las reestructuraciones: propuestas de modificación”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº323,

A la vista de lo anterior, parece que la solución al problema pasaría, no por la flexibilización del ámbito de aplicación objetivo del régimen especial previsto en el Capítulo VII del Título VII de la Ley 27/2014, sino por la adecuación del artículo 21 del Texto refundido de la Ley del ITP-AJD a las definiciones contempladas en el artículo 4 de la Directiva 2008/7/CE.

Asimismo, es importante tener presente que la Directiva 2008/7/CE no contiene una definición del concepto de “rama de actividad” (“*branch of activity*”, “*branche d’activité*”) que, por el contrario, sí figura en el artículo 2, apartado j) de la Directiva 2009/133/CE. En nuestra opinión, el uso por parte del legislador europeo en el ámbito de la Directiva 2008/7/CE del mismo término que figura en la Directiva 2009/133/CE (a diferencia de otras normas comunitarias en materia de imposición indirecta, como la Directiva 2006/112/CE relativa al sistema de IVA que opta en su artículo 19 por el concepto de “universalidad total o parcial de bienes”), unido a la falta de una definición del mismo, así como a la necesidad de garantizar unos adecuados niveles de seguridad jurídica para los contribuyentes, debería traducirse en que, a los efectos de la aplicación del artículo 4.1, apartado a) de la Directiva 2008/7/CE se tomase como referencia la definición de “rama de actividad” contenida en la Directiva 2009/133/CE y, por ende, su interpretación por parte del TJUE¹²⁰¹. Tal planteamiento sería coherente con el hecho de que la regla de no sujeción de las operaciones de reorganización empresarial a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales se orienta, al igual que la Directiva 2009/133/CE en el ámbito de la imposición directa, a la eliminación de los obstáculos fiscales que afectan a la realización de estas operaciones¹²⁰².

Sin embargo, lo cierto es que existen una serie de elementos que impiden que pueda afirmarse sin fisuras esta identidad entre el concepto de rama de actividad que opera en el ámbito de la Directiva 2008/7/CE y el que opera en el ámbito de la Directiva 2009/133/CE, a saber: en primer lugar, cabría señalar la falta de una remisión expresa por parte de la Directiva 2008/7/CE a la definición del concepto de rama de actividad que figura en la Directiva Fiscal de Fusiones; en segundo lugar, aunque en relación con lo anterior, puede observarse como, si bien de acuerdo con lo establecido en la sentencia del TJUE en el asunto *Muwi Bouwgroep*, el carácter autónomo de la explotación parece configurarse como un elemento central del concepto de rama de actividad que opera en el ámbito de la Directiva 2008/7/CE¹²⁰³ (al igual que sucede en el ámbito de la Directiva 2009/133/CE), lo cierto es que en la posterior sentencia del TJUE en el asunto *Commerz-Credit-Bank*, el citado concepto se define como “cualquier parte de empresa

2010, pp.70-71; y DE PABLO VARONA, C., “La Directiva 2008/7/CE del Consejo, de 12 de febrero, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales”, *Noticias de la Unión Europea*, nº294, 2009, pp.100-101.

¹²⁰¹ En un sentido similar, *vid.* DE PABLO VARONA, C., *op.cit.*, p.97.

¹²⁰² En este sentido, aunque en relación con la exención prevista en el artículo 7.1 de la Directiva 69/335/CEE tras la modificación operada por la Directiva 85/303/CEE para las aportaciones de ramas de actividad, *vid.* STJUE de 13 de octubre de 1992, asunto C-50/91, *Commerz-Credit-Bank AG-Europartner v. Finanzamt Saarbrücken*, ap.11.

¹²⁰³ *Vid.* STJUE de 13 de diciembre de 1991, asunto C-164/90, *Muwi Bouwgroep BV v. Staatssecretaris van Financiën*, ap.22.

que constituya un conjunto organizado de bienes y de personas que contribuyan a realizar una actividad determinada”¹²⁰⁴. De este modo, nos encontramos con que se introducen dos elementos que no figuran explícitamente en la definición de rama de actividad contenida en el artículo 2, apartado j) de la Directiva 2009/133/CE y a los que tampoco hace referencia directa la sentencia del TJUE en el asunto *Andersen og Jensen*, como son la “capacidad de contribuir” de la rama de actividad en la sociedad beneficiaria, y la necesidad de concurrencia del “elemento personal”.

En cualquier caso, a nuestro juicio, la definición de rama de actividad que opera en el ámbito de la Directiva 2009/133/CE resulta en términos globales más estricta o restrictiva que la aportada por el TJUE en el asunto *Commerz-Credit-Bank* ya que, dejando a un lado el requisito relativo a la “capacidad de contribuir” del conjunto patrimonial transmitido (que, no obstante, podría resultar exigible en el marco del “test de motivos económicos válidos”), lo cierto es que la presencia de medios personales propios afectos al conjunto patrimonial transmitido no sólo parece un requisito inherente a la “autonomía funcional” de la explotación que exige el TJUE en la sentencia *Andersen og Jensen*, sino que ésta introduce de forma adicional el criterio relativo a la “autonomía financiera” del conjunto patrimonial transmitido (y, en conexión con el mismo, el análisis global de la capacidad de supervivencia financiera de la sociedad beneficiaria de la aportación)¹²⁰⁵. De este modo, entendemos que las operaciones de escisión parcial o aportación de activos que puedan acceder al régimen de neutralidad fiscal contemplado en la Directiva 2009/133/CE también podrán beneficiarse *a priori* de las disposiciones de la Directiva 2008/7/CE. Ciertamente, esto estaría en línea con el hecho de que las definiciones de las operaciones de reorganización empresarial que figuran en el artículo 4 de la Directiva 2008/7/CE resultan más flexibles que las contempladas en el artículo 2 de la Directiva 2009/133/CE.

Por lo que respecta al traslado entre Estados miembros del domicilio social de la Sociedad Europea y de la Sociedad Cooperativa, a saber, otra de las operaciones que puede beneficiarse del régimen de neutralidad fiscal previsto por la Directiva 2009/133/CE, lo cierto es que, aun cuando la Directiva 2008/7/CE no se refiere específicamente a esta operación (que lógicamente queda fuera de la definición de “operaciones de reestructuración” contemplada en su artículo 4), establece la prohibición para los Estados miembros de someter a las sociedades de capital a cualquier forma de imposición indirecta derivada de la modificación de sus escrituras de constitución o estatutos y, en particular, del traslado, de un Estado miembro a otro Estado miembro, de su sede de dirección efectiva o de su domicilio social¹²⁰⁶. Ciertamente, la fórmula empleada por la Directiva 2008/7/CE debe ser saludada en la medida en que, a diferencia de la Directiva 2009/133/CE, por una parte, da cobertura

¹²⁰⁴ Vid. STJUE de 13 de octubre de 1992, asunto C-50/91, *Commerz-Credit-Bank AG-Europartner v. Finanzamt Saarbrücken*, ap.12.

¹²⁰⁵ Vid. STJUE de 15 de enero de 2002, asunto C-43/00, *Andersen og Jensen*, aps.35-36.

¹²⁰⁶ Vid. artículo 5.1, apartado d), subapartado ii) de la Directiva 2008/7/CE.

tanto al traslado de la sede social como al traslado de la sede de dirección efectiva, y por otra parte, no se circunscribe a las formas societarias europeas, sino que se extiende a las “sociedades de capital” de los diferentes Estados miembros.

Ahora bien, el hecho de que el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 2008/7/CE pivote sobre el concepto de sociedad de capital, el cual, evidentemente incluye a la Sociedad Europea¹²⁰⁷, plantea ciertas dudas acerca de si la Sociedad Cooperativa Europea podría beneficiarse de sus disposiciones. En este sentido, no puede perderse de vista que el artículo 2 de la citada Directiva extiende su ámbito de aplicación subjetivo: 1) a toda sociedad que adopte una de las formas enumeradas en su anexo (entre las que no se encuentra la Sociedad Cooperativa Europea, al no constituir una sociedad de capital)¹²⁰⁸; 2) a toda sociedad, asociación o persona jurídica cuyas partes representativas del capital o del patrimonio social puedan ser negociadas en bolsa¹²⁰⁹; 3) a toda sociedad, asociación o persona jurídica que persiga fines lucrativos, cuyos miembros tengan derecho a transmitir, sin previa autorización, sus partes en la sociedad a terceros y solo sean responsables de las deudas de la sociedad, asociación o persona jurídica por el importe de su participación¹²¹⁰; y 4) a cualesquiera otras sociedades, asociaciones o personas jurídicas que persigan fines lucrativos (que, a los efectos de aplicación de la Directiva, se entenderán asimiladas a las sociedades de capital)¹²¹¹. De este modo, sólo si entendemos que la Sociedad Cooperativa Europea persigue un fin lucrativo quedaría garantizada su cobertura por parte de la Directiva 2008/7/CE.

A este respecto, el principal problema que se plantea, no sólo en relación con la SCE, sino también relación con las sociedades cooperativas nacionales (que pueden o no tener ánimo de lucro), gira en torno a que, por definición, el lucro lo perciben los propios cooperativistas¹²¹². De hecho, el objeto principal de la SCE reside, bien en la

¹²⁰⁷ Nótese como la Sociedad Europea constituye una de las formas societarias contempladas en el anexo I de la Directiva 2008/7/CE lo que, en virtud de lo establecido en su artículo 2.1, apartado a) la sitúa dentro del ámbito de aplicación subjetivo de la citada Directiva.

¹²⁰⁸ *Vid.* artículo 2.1, apartado a) de la Directiva 2008/7/CE.

¹²⁰⁹ *Vid.* artículo 2.1, apartado b) de la Directiva 2008/7/CE.

¹²¹⁰ *Vid.* artículo 2.1, apartado c) de la Directiva 2008/7/CE. A este respecto, aunque en relación con el antiguo artículo 3.2 de la Directiva 69/335/CEE, el TJUE ya había afirmado que el objetivo de la introducción de esta “cláusula de cierre” para la determinación del ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva era “evitar que la elección de determinada forma jurídica pueda dar lugar a que actividades que son equivalentes desde el punto de vista económico reciban un tratamiento fiscal distinto. A tal fin, dicha disposición pretende abarcar, a los fines de la percepción del impuesto sobre las aportaciones, las concentraciones de capitales que, aunque tengan la misma función económica que las sociedades de capital propiamente dichas, es decir, la búsqueda del beneficio a través de la puesta en común de capitales en un patrimonio separado, no cumplan los criterios del concepto de sociedades de capital (...)” (*vid.* SSTJUE de 16 de mayo de 2002, asunto C-508/99, *Palais am Stadtpark Hotelbetriebsgesellschaft mbH & Co. KG v. Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland*, ap.8; y de 12 de noviembre de 1987, asunto C-112/86, *Amro Aandelen Fonds v. Inspecteur der Registratie en Successie*, aps.10-11).

¹²¹¹ *Vid.* artículo 2.2 de la Directiva 2008/7/CE.

¹²¹² En este sentido, *vid.* RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE, A., *Manual de Derecho Mercantil*, 3ª Ed., Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2007, p.459, donde también se apunta que “la razón de ser de la cooperativa es precisamente desarrollar una actividad de organización que permita a sus socios obtener una serie de productos o servicios más económicos”. De hecho, desde la óptica española, algunos autores han llegado a señalar que la sociedad cooperativa presenta en sí misma una finalidad o causa no

satisfacción de las necesidades y el fomento de las actividades económicas y sociales de sus socios, en particular mediante la conclusión de acuerdos con ellos para el suministro de bienes o servicios o la ejecución de obras en el desempeño de la actividad que ejerza o haga ejercer la SCE, o bien en la satisfacción de las necesidades de sus socios mediante el fomento de su participación en actividades económicas, en el modo mencionado, en una o más SCE o sociedades cooperativas nacionales¹²¹³. A nuestro juicio, el concepto de lucro debería ser interpretado en un sentido amplio, más allá de la búsqueda de un beneficio distribuable¹²¹⁴, de forma tal que tanto la Sociedad Cooperativa Europea como las sociedades cooperativas de los Estados miembros (a excepción de las que expresamente se constituyan sin ánimo de lucro) quedarían equiparadas a las sociedades de capital a los efectos de aplicación de la Directiva 2008/7/CE y, por tanto, podría beneficiarse de sus disposiciones¹²¹⁵. A título de ejemplo, podría traerse a colación la STJUE de 15 de junio de 2006, asunto C-264/04, *Badischer Winzerkeller eG v. Land Baden-Württemberg*, donde el Tribunal admitió la aplicación de la Directiva 2008/7/CE a una sociedad cooperativa alemana (*Genossenschaft*) en relación con la percepción de una tasa por parte de la Oficina del Registro de la Propiedad (*Grundbuchamt*) con motivo de la modificación de los datos de titularidad de bienes inmuebles que figuraban en el Registro de la Propiedad a raíz de una operación de fusión entre dos cooperativas.

Ciertamente, la aplicación de la cláusula de cierre contenida en el artículo 2.2 de la Directiva 2008/7/CE, especialmente por lo que respecta a la exigencia de fines lucrativos, podría plantear problemas, no sólo en relación con las sociedades cooperativas, sino también en relación con otras entidades jurídicas contempladas en el anexo de la Directiva 2009/133/CE, tales como las mutualidades de seguros (p.ej. la “*Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit*”, propia del Derecho alemán, las “*sociétés d’assurances mutuelles*”, propias del Derecho francés, la “*società di mutua assicurazione*”, propia del Derecho italiano, o la “*association d’assurances mutuelles*”, propia del Derecho luxemburgués) o los fondos de inversión (p.ej. los “*Fonds voor gemene rekening*”, propios del Derecho neerlandés). En este sentido, y dada la redacción actual del artículo 2 de la Directiva 2008/7/CE, la extensión de los beneficios previstos por la citada norma a estas entidades jurídicas, que consideramos deseable al objeto de garantizar en la medida de lo posible también la neutralidad fiscal de las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial en las que participen estas

lucrativa (en este sentido, *vid.* PASTOR SEMPERE, C., “La Sociedad Cooperativa Europea domiciliada en España”, *Revista de Estudios Cooperativos*, nº97, 2009, p.136).

¹²¹³ *Vid.* artículo 1.3 del Reglamento (CE) nº 1435/2003.

¹²¹⁴ Ahora bien, en todo caso, lo cierto es que el artículo 67 del Reglamento (CE) nº 1435/2003 establece la posibilidad de que SCE pueda distribuir los excedentes disponibles después de dotar la reserva legal, en el orden y proporción que fijen los estatutos, para los siguientes fines: 1) constituir un nuevo remanente; 2) dotar reservas; o 3) remunerar los capitales desembolsados y los capitales asimilados (pudiéndose proceder al pago en metálico o por atribución de participaciones). No obstante, los estatutos de la SCE podrán excluir cualquier distribución.

¹²¹⁵ En este sentido, *vid.* FUSTER ASENSIO, C., “Tratamiento fiscal de la constitución de la Sociedad Cooperativa Europea y el traslado del domicilio social”, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, nº69, 2010, p.200.

entidades en el ámbito de la imposición indirecta, pasaría necesariamente y al igual que sucedía con las sociedades cooperativas, por una interpretación laxa del concepto de lucro vinculada a la mera obtención de cualquier ventaja económica o patrimonial por parte de los socios o partícipes¹²¹⁶.

Por otra parte, no conviene perder de vista como la Directiva 2008/7/CE, al igual que su predecesora la Directiva 69/335/CEE, deja abierta la puerta a la percepción por parte de los Estados de determinados tributos de naturaleza indirecta en relación con las aportaciones de capital, a saber: a) impuestos sobre la transmisión de valores mobiliarios; b) impuestos sobre las transmisiones, incluidos los derechos de inscripción en el Registro de la Propiedad, que graven las aportaciones, a una sociedad de capital, de bienes inmuebles o de fondos de comercio¹²¹⁷ situados en su territorio; c) impuestos sobre las transmisiones que graven los bienes de cualquier naturaleza que se aporten a una sociedad de capital, en la medida en que la transmisión de esos bienes tenga una contrapartida que no sean participaciones sociales; d) impuestos que graven la constitución, inscripción o cancelación de privilegios e hipotecas; e) derechos que tengan un carácter remunerativo; y f) el impuesto sobre el valor añadido¹²¹⁸. Ahora bien, la propia Directiva, a modo de límite, exige, por una parte, que la cuota percibida por los impuestos y derechos contemplados en los apartados b) a f) antes mencionados no podrá variar en función de que la sede de dirección efectiva o el domicilio social de la sociedad de capital se encuentre dentro o fuera del territorio del Estado miembro que los perciba, y, por otra parte, que dichas cuotas no sean superiores a las de los derechos e impuestos aplicables a operaciones similares en el Estado miembro que los perciba¹²¹⁹, para lo cual habrá que tener en cuenta tanto su objeto como sus efectos¹²²⁰.

¹²¹⁶ De hecho, por lo que respecta a los fondos de inversión, el propio TJUE ya afirmó en su momento que “una asociación de personas que no disfruta de personalidad jurídica, y cuyos miembros aportan capital a un patrimonio separado destinado a la obtención de beneficios, debe, en virtud del apartado 2 del artículo 3 de la Directiva 69/335, asimilarse a una sociedad de capital, sin ninguna otra exigencia suplementaria (...)”. A este respecto, autores como DE PABLO VARONA, C., *op.cit.*, pp.76-77, se han mostrado partidarios de extender la cobertura de la Directiva 2008/7/CE, no sólo a las sociedades cooperativas sino también a los fondos de inversión y a las mutuas de seguros.

¹²¹⁷ En este sentido, cabría apuntar como el alcance del significado del término “fondo de comercio” empleado por la versión en lengua española de la Directiva 2008/7/CE, y que sigue la línea de versión en francés de la Directiva (“*fonds de commerce*”), no resulta preciso si lo comparamos con los términos usados por las versiones lingüísticas de la citada norma en inglés (“*businesses*”), italiano (“*aziende commerciali*”), o portugués (“*estabelecimentos comerciais*”) que parecen reflejar un significado más amplio del término, alejándose de la naturaleza intangible o inmaterial asociada al fondo de comercio (*goodwill*).

¹²¹⁸ Vid. artículo 6.1 de la Directiva 2008/7/CE. A este respecto, conviene señalar que esta lista de impuestos y derechos distintos del impuesto sobre las aportaciones que pueden exigir los Estados miembros en relación con las aportaciones de capital presenta un carácter exhaustivo o de *numerus clausus* (en este sentido, vid. STJUE 2 de febrero de 1988, asunto C-36/86, *Ministeriet for Skatter og Afgifter v. Investeringsforeningen Dansk Sparinvest*, ap.9).

¹²¹⁹ Vid. artículo 6.2 de la Directiva 2008/7/CE.

¹²²⁰ En este sentido, el TJUE ha declarado, por ejemplo, que “la transmisión de bienes inmuebles como consecuencia de una sucesión no puede ser asimilada, ni por su objeto ni por sus efectos, a una operación (...) consistente en la transmisión de bienes inmuebles como consecuencia de la fusión de dos operadores económicos” (vid. STJUE de 15 de junio de 2006, asunto C-264/04, *Badischer Winzerkeller eG v. Land Baden-Württemberg*, ap.39).

A la vista de esta enumeración, parece que un potencial obstáculo a la realización de operaciones transfronterizas de reorganización empresarial en el ámbito de la imposición indirecta podría venir dado por aquellos tributos cuyo hecho imponible esté relacionado objetivamente con la transmisión de la propiedad de “bienes inmuebles o de fondos de comercio”¹²²¹. En este sentido, y a título de ejemplo, podrían citarse los impuestos sobre las transmisiones patrimoniales configurados por los diferentes Estados miembros, así como, en menor medida, las tasas registrales exigidas por un Estado miembro con motivo de la inscripción en el Registro de la Propiedad de los bienes inmuebles aportados en el marco de una operación de reorganización empresarial o de la modificación de los datos de titularidad de los mismos¹²²². A este respecto, ni que decir tiene que, más allá del límite previsto en el artículo 6.2 de la Directiva 2008/7/CE, la exigencia de este tipo de tributos por parte de los Estados miembros no podrá introducir un trato discriminatorio en función de la naturaleza interna o transfronteriza de la operación¹²²³. Por otra parte, y aunque en el marco de las operaciones de reorganización empresarial también pueden exigirse derechos de carácter remunerativo, entendidos como “aquellos tributos que pretendan compensar el coste que conlleva algún servicio público prestado a las sociedades con ocasión de las operaciones societarias que entren en el ámbito de aplicación de la Directiva”, lo cierto es que la intensa labor del TJUE en el sentido establecer un estrecho vínculo entre la cuantía exigible por este concepto y el coste del servicio prestado¹²²⁴ ha determinado que su importe no represente un auténtico obstáculo a la realización de estas operaciones.

¹²²¹ En este sentido, *vid.* SSTJUE de 15 de junio de 2006, asunto C-264/04, *Badischer Winzerkeller eG v. Land Baden-Württemberg*, aps.32-33; o de 11 de diciembre de 1997, asunto C-42/96, *Società Immobiliare SIF SpA v. Amministrazione delle Finanze dello Stato*, aps.34 y 35.

¹²²² A este respecto, cabría señalar como la STJUE de 15 de junio de 2006, asunto C-264/04, *Badischer Winzerkeller eG v. Land Baden-Württemberg*, ap.45, admitió la recaudación por parte de Alemania de una tasa vinculada a la modificación en el Registro de la Propiedad de los datos de titularidad de bienes inmuebles como resultado de una operación de fusión. En una línea similar, la STJUE de 11 de diciembre de 1997, asunto C-42/96, *Società Immobiliare SIF SpA v. Amministrazione delle Finanze dello Stato*, ap.38, ya había admitido la percepción por parte de Italia de una serie de impuestos vinculados al aumento de capital de una sociedad efectuado mediante la aportación de bienes inmuebles, a saber: 1) el impuesto de registro (“*imposta di registro*”), que gravaba la inscripción registral de determinados actos de las sociedades entre los que figuraban el aumento del capital social o del patrimonio debido a la transmisión de la propiedad o de un derecho real de uso y disfrute de bienes inmuebles destinados específicamente al ejercicio de actividades comerciales; 2) el impuesto hipotecario (“*imposta ipotecaria*”), que gravaba las formalidades de inscripción, renovación y anotación efectuadas en el Registro de la Propiedad; y 3) el impuesto catastral (“*imposta catastale*”), que gravaba el cambio de nombre del titular del derecho de propiedad u otro derecho real sobre un bien inmueble inscrito en el Registro de la Propiedad.

¹²²³ En este sentido, la STJUE de 12 de abril de 1994, asunto C-1/93, *Halliburton Services BV v. Staatssecretaris van Financiën*, ap.23, ya dejó claro que los artículos 49 y 54 del TFUE relativos a la libertad de establecimiento “se oponen a que una legislación de un Estado miembro reserve las exenciones del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, que se adeuda normalmente en caso de cesiones o ventas, que tienen lugar con motivo de una reorganización en el seno de un grupo de sociedades, únicamente a los supuestos en que la sociedad beneficiaria de dicha exención adquiere bienes inmuebles de una sociedad constituida de conformidad con el Derecho nacional y niegue esta ventaja en caso de que la sociedad transmitente esté constituida de conformidad con el Derecho de otro Estado miembro”.

¹²²⁴ Sobre esta cuestión, *vid.* DE PABLO VARONA, C., *op.cit.*, pp.104-108.

De hecho, ya en el estudio elaborado por la Comisión Europea en el año 2001 bajo el título “La fiscalidad de las empresas en el mercado interior”, se dejaba constancia de la problemática que presentaba la exacción de impuestos sobre las transmisiones de bienes inmuebles y, por ello, se recomendaba que, al menos en el caso de las fusiones, escisiones, y aportaciones de activos cubiertas por la Directiva 90/434/CEE, se eximiese automáticamente de cualquier tributo de naturaleza indirecta a las transmisiones/aportaciones de bienes inmuebles de una sociedad a otra en el marco de estas operaciones¹²²⁵. En este sentido, no puede perderse de vista que, a finales de la década de los noventa, los tipos de estos impuestos podían ir desde el 3,5% (p.ej. Austria o Alemania) hasta el 10% del valor del inmueble (p.ej. Luxemburgo y Portugal)¹²²⁶.

Ciertamente, la posición mantenida por la Comisión en el citado estudio se alineaba con el espíritu de la Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones de 1969, si bien finalmente, y en buena medida debido a su impacto sobre los intereses recaudatorios de los Estados miembros, no encontró reflejo ni en la Directiva 2008/7/CE, ni en la Directiva 2005/19/CE (que carecía de cualquier referencia a la imposición indirecta¹²²⁷). De este modo, y aun cuando nada impide que los Estados miembros puedan, de forma unilateral, eximir de este tipo de impuestos a las transmisiones de bienes inmuebles que se produzcan en el marco de operaciones de reorganización empresarial (tal y como sucede, por ejemplo, en Alemania¹²²⁸, España¹²²⁹, o Hungría¹²³⁰), convendría plantearse

¹²²⁵ Vid. EUROPEAN COMMISSION, “Company taxation in the internal market”, *Commission Staff Working Paper*, SEC (2001) 1681, pp. 256 y 349.

¹²²⁶ Vid. DELOITTE TOUCHE TOHMATSU INTERNATIONAL, *op.cit.*, pp.26-27.

¹²²⁷ Nótese como ésta fue una de las críticas efectuadas por el Comité Económico y Social Europeo a la Propuesta de Directiva de 2003 que finalmente daría lugar a la Directiva 2005/19/CE (*vid.* Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 90/434/CEE, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, COM (2003) 613 final”, CESE 312/2004, de 25 de febrero de 2004, epígrafe 5.3).

¹²²⁸ Sobre esta cuestión, *vid.* EHLERMANN, C., ROTTENMOSER, G., “Group reorganizations under Germany’s revised real estate transfer tax”, *Tax Notes International*, vol.71, n°12, 2013, pp.1117-1119.

¹²²⁹ A este respecto, cabría señalar como el artículo 7.5 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, establece como norma general la sujeción a la modalidad de “transmisiones patrimoniales” del impuesto, por una parte, de las entregas o arrendamientos de bienes inmuebles, así como la constitución y transmisión de derechos reales de uso y disfrute que recaigan sobre los mismos, cuando gocen de exención en el IVA y, por otra parte, de las entregas de bienes inmuebles que estén incluidos en la transmisión de la totalidad de un patrimonio empresarial, cuando por las circunstancias concurrentes la transmisión de este patrimonio no quede sujeta al IVA. No obstante, tratándose de fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canjes de valores, o traslados de la sede de dirección efectiva o del domicilio social de sociedades de un Estado miembro de la Unión Europea, el artículo 19.2, apartados 1º y 2º, del citado Real Decreto, puesto en relación con su artículo 21, establece la no sujeción de estas operaciones a la modalidad de “operaciones societarias” del impuesto, mientras que el artículo 45.I.B.10 de la citada norma contempla la exención de dichas operaciones a la modalidad de “transmisiones patrimoniales” y de “actos jurídicos documentados” del impuesto. Por ello, en líneas generales, podría decirse que la aportación de bienes inmuebles en el marco de operaciones de reorganización empresarial no daría *per se* lugar a la exigencia de ningún impuesto sobre los mismos, salvo en aquellos supuestos en los que resultase de aplicación lo dispuesto en el artículo 314.2 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores. Este precepto podría entrar en juego, por ejemplo, en el marco de fusiones en las

la necesidad de que fuera la propia Directiva 2008/7/CE la que cerrase la puerta a la exigencia por parte de los Estados miembros de este tipo de impuestos salvo en supuestos de fraude o abuso, los cuales podrían ser combatidos a través de las propias cláusulas anti-abuso contempladas en las legislaciones fiscales domésticas de los Estados miembros o incluso mediante la introducción de disposiciones anti-abuso en el texto de la propia Directiva.

Ahora bien, en todo caso, es importante tener presente que otros impuestos vinculados a la transmisión de bienes inmuebles tradicionalmente contemplados en las legislaciones de los Estados miembros, pero que gravan la plusvalía obtenida por su propietario en el momento de su transmisión por la diferencia entre el valor de adquisición y el valor real de los mismos, quedan al margen de la Directiva 2008/7/CE al tratarse de impuestos de naturaleza directa que no gravan la aportación en sí misma, sino la eventual plusvalía obtenida de la transmisión del bien inmueble en cuestión¹²³¹; no obstante, la exigencia de este tipo de impuestos en el marco de operaciones transfronterizas de reorganización empresarial resultaría incompatible con la Directiva 2009/133/CE en virtud de lo dispuesto en su artículo 4.1.

9.2.3. Especial referencia al Impuesto sobre el Valor Añadido

Por otra parte, y en relación con el Impuesto sobre el Valor Añadido, ya hemos señalado como la Directiva 2008/7/CE, siguiendo la línea fijada en su momento por la Directiva 69/335/CEE, permite su devengo en el marco de aportaciones de capital a sociedades¹²³² al objeto de evitar distorsiones en el principio de neutralidad que inspira la aplicación de este impuesto¹²³³. Ciertamente, antes de que, a finales de los años sesenta, se produjera el tránsito hacia un sistema de Impuesto sobre el Valor Añadido en el seno de la Unión Europea sobre la base de las Directivas 67/227/CEE¹²³⁴ y

que dentro del patrimonio empresarial transmitido figurasen participaciones en el capital de una sociedad cuyo activo estuviese constituido fundamentalmente por bienes inmuebles (*vid.* Consulta de la DGT, de 8 de abril de 2015, V1064-15), en el marco de escisiones financieras en las que el conjunto de valores transmitidos correspondiese a una sociedad cuyo activo estuviese fundamentalmente integrado por bienes inmuebles y éstos no se encontrasen afectos a la actividad de la empresa (*vid.* Consulta vinculante de la DGT, de 19 de enero de 2015, V0170-15), o en el marco de canjes de acciones en las que los bienes inmuebles que integran mayoritariamente el activo de la sociedad adquirida no se encontrasen afectos a la actividad de la empresa (*vid.* Consulta vinculante de la DGT, de 16 de diciembre de 2014, V3339-14).

¹²³⁰ Sobre esta cuestión, *vid.* BÉKÉS, B., “Year in review: Hungary”, *Tax Notes International*, vol.56, nº12, 2009, p.955.

¹²³¹ En este sentido, *vid.* STJUE de 11 de diciembre de 1997, asunto C-42/96, *Società Immobiliare SIF SpA v. Amministrazione delle Finanze dello Stato*, aps.24 y 26.

¹²³² *Vid.* artículo 12.1, apartado f) de la Directiva 69/335/CEE, y artículo 6.1, apartado f) de la Directiva 2008/7/CE.

¹²³³ En este sentido, *vid.* DE PABLO VARONA, C., “*op.cit.*”, p.108.

¹²³⁴ Primera Directiva del Consejo, de 11 de abril de 1967, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de los negocios (DOCE nº L 71, de 14 de abril de 1967, p.3).

67/228/CEE¹²³⁵, la exigencia por parte de algunos Estados miembros del Impuesto sobre el Volumen de Negocios en relación con las transmisiones patrimoniales realizadas en el contexto de determinadas operaciones de reorganización empresarial, tales como fusiones, escisiones o aportaciones de activos¹²³⁶, constituía un importante obstáculo fiscal a su realización, tanto por el coste adicional que suponía, como por la divergencia en cuanto a su estructura y tipos impositivos en función del Estado miembro en cuestión.

La implantación progresiva del Impuesto sobre el Valor Añadido contribuyó de forma decisiva a eliminar, cuanto menos, el obstáculo fiscal vinculado al coste que suponía este impuesto habida cuenta de que, si bien las transmisiones patrimoniales producidas en el marco de operaciones de reorganización empresarial solían quedar sujetas al impuesto, con carácter general, la sociedad beneficiaria de la aportación podía deducir posteriormente su importe como IVA soportado (p.ej. en Alemania o en Países Bajos). De hecho, en algunos Estados miembros como los Países Bajos, existía la posibilidad de que el Ministro de Finanzas autorizase la exención del citado impuesto en aquellos supuestos en los que la sociedad beneficiaria continuase con el negocio de la sociedad transmitente y se diese cumplimiento a una serie de requisitos¹²³⁷. Ahora bien, también pueden encontrarse Estados miembros como Alemania que denegaban la deducción del IVA soportado en relación con la transmisión de determinados tipos de bienes, si bien admitían, en el marco de operaciones de fusión propiamente dichas, la posibilidad de obtener una exención del IVA si los bienes transmitidos ya habían quedado sujetos al Impuesto sobre Aportaciones de Capital¹²³⁸.

En todo caso, y aun cuando los Estados miembros admitiesen con posterioridad la deducción del IVA soportado por la sociedad beneficiaria, lo cierto es que, desde la óptica financiera, la sujeción al impuesto de las transmisiones patrimoniales producidas en el marco de las operaciones de reorganización empresarial seguía constituyendo un obstáculo a su realización. A este respecto, la aprobación de la Directiva 77/388/CEE¹²³⁹ supuso un paso adelante al otorgar a los Estados miembros, en su

¹²³⁵ Segunda Directiva del Consejo, de 11 de abril de 1967, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios. Estructura y modalidades de aplicación del sistema común de Impuesto sobre el Valor Añadido (DOCE nº L 71, de 14 de abril de 1967, p.6).

¹²³⁶ En este sentido, ya hemos apuntado como en Bélgica, si bien las transmisiones patrimoniales realizadas en el marco de operaciones de fusión o escisión no estaban sujetas al Impuesto sobre el Volumen de Negocios si la sociedad beneficiaria era residente a efectos fiscales en Bélgica (con independencia del lugar de residencia de la sociedad transmitente), las aportaciones parciales de activos en las que no se verificara el cumplimiento de una serie de requisitos podían quedar sujetas a la aplicación de este impuesto a un tipo del 7% (sobre esta cuestión, *vid.* “Belgium: taxation of mergers and similar transactions”, *European Taxation*, vol.8, nº6, 1968, pp.138-140).

¹²³⁷ Sobre esta cuestión, *vid.* “Netherlands: Taxation of mergers”, *European Taxation*, vol.9, nº4, 1969, pp.77-78.

¹²³⁸ Sobre esta cuestión, *vid.* “Germany: Taxation of mergers and similar transactions”, *European Taxation*, vol.9, nº5, 1969, p.101.

¹²³⁹ Sexta Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados Miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios. Sistema

artículo 5.8, la facultad de considerar que la transmisión, a título oneroso o gratuito o bajo la forma de aportación a una sociedad, de una universalidad total o parcial de bienes no supone la realización de una entrega de bienes y que el beneficiario continúa la personalidad del cedente, pudiendo, asimismo, adoptar todas las medidas necesarias para evitar posibles distorsiones de la competencia siempre que el beneficiario no sea sujeto pasivo total en el sentido de dicha Directiva o sólo actúe como sujeto pasivo respecto a una parte de sus actividades¹²⁴⁰. En la actualidad, esta posibilidad se encuentra recogida en el artículo 19 de la Directiva 2006/112/CE¹²⁴¹ que, en lo esencial, ha mantenido el tenor literal del artículo 5.8 de su predecesora añadiendo, no obstante, la posibilidad de que los Estados miembros puedan adoptar las medidas necesarias para evitar que la aplicación de este precepto dé lugar a supuestos de fraude o evasión fiscal.

De este modo, cuando un Estado miembro haya hecho uso de esta facultad, la transmisión de una universalidad total o parcial de bienes no podrá ser considerada como una entrega de bienes a efectos de la Sexta Directiva¹²⁴² y, por tanto, no estará sujeta a IVA¹²⁴³. Así, podría afirmarse que la “regla de no sujeción” prevista en el artículo 19 de la Directiva 2006/112/CE responde a una finalidad de naturaleza dual, a saber: económica, por cuanto pretende favorecer la continuidad de las actividades empresariales; y financiera, por cuanto se orienta a eliminar el sobrecoste financiero que para el adquirente tendría la sujeción a IVA de la transmisión¹²⁴⁴. En este sentido, conviene tener presente que la no aplicación de esta regla podría dar lugar a la no realización de determinadas operaciones de reorganización empresarial debido al impacto del pago del impuesto en la tesorería de la sociedad beneficiaria. Ciertamente, en el momento de la transmisión del conjunto patrimonial en cuestión, se produciría una salida de tesorería por el importe del impuesto, que no se recuperaría hasta el momento en que se practicara la deducción del IVA soportado. Es precisamente en este lapso temporal donde se generan los costes financieros para la sociedad beneficiaria, los cuales dependerán evidentemente de la cantidad pagada en concepto de IVA, pero

común del Impuesto sobre el Valor Añadido: base imponible uniforme (DOCE nº L 145, de 23 de junio de 1977, p.1).

¹²⁴⁰ En este sentido, *vid.* STJUE de 10 de noviembre de 2011, asunto C-444/10, *Christel Schriever v. Bundesfinanzhof*, ap.21.

¹²⁴¹ Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido (DOUE nº L 347, de 11 de diciembre de 2006, p.1).

¹²⁴² *Vid.* artículo 2.1 de la Directiva 2006/112/CE.

¹²⁴³ En este sentido, *vid.* SSTJUE de 29 de octubre de 2009, asunto C-29/08, *AB SKF v. Skatteverket*, ap.36; de 27 de noviembre de 2003, asunto C-497/01, *Zita Modes v. Administration de l'enregistrement et des domaines*, ap.29; y de 22 de febrero de 2001, asunto C-408/98, *Abbey National plc v. Commissioners of Customs & Excise*, ap.30.

¹²⁴⁴ De hecho, el propio TJUE ha declarado que la finalidad de esta “regla de no sujeción” reside en “facilitar las transmisiones de empresas o partes de empresas, simplificándolas y evitando sobrecargar la tesorería del beneficiario con una carga fiscal desmesurada que, en cualquier caso, recuperaría posteriormente mediante una deducción del IVA soportado” (*vid.* SSTJUE de 10 de noviembre de 2011, asunto C-444/10, *Christel Schriever v. Bundesfinanzhof*, ap.23, y de 27 de noviembre de 2003, asunto C-497/01, *Zita Modes Sàrl v. Administration de l'enregistrement et des domaines*, ap.39).

también de otros factores como el hecho de que se haya tenido que acudir a financiación externa para acometer el pago del citado impuesto¹²⁴⁵.

Por otra parte, no puede perderse de vista que el artículo 19 de la Directiva 2006/112/CE no contiene una definición del concepto de “transmisión, a título oneroso o gratuito o bajo la forma de aportación a una sociedad, de una universalidad total o parcial de bienes” ni se remite expresamente al Derecho nacional de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance, por lo que, de acuerdo con la jurisprudencia reiterada del TJUE, debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión Europea que tenga en cuenta el contexto de la disposición en cuestión así como el objetivo perseguido por Directiva¹²⁴⁶. En este sentido, el TJUE ha dejado claro que el concepto anteriormente señalado da cobertura a “la transmisión de un establecimiento mercantil o de una parte autónoma de una empresa, con elementos corporales y, en su caso, incorporales que, conjuntamente, constituyen una empresa o una parte de una empresa capaz de desarrollar una actividad económica autónoma”, pero no a supuestos de mera cesión de bienes, tales como la venta de existencias¹²⁴⁷.

A la vista de esta definición, podría decirse que, con carácter general, el hecho de que la gran mayoría de Estados miembros haya optado por ejercer la facultad prevista en el artículo 19 de la Directiva 2006/112/CE (p.ej. Bélgica¹²⁴⁸, Eslovenia¹²⁴⁹, España¹²⁵⁰, Francia¹²⁵¹, Luxemburgo¹²⁵² o Portugal¹²⁵³) permite garantizar la no sujeción al Impuesto sobre el Valor Añadido de las operaciones de fusión, escisión y aportación de activos contempladas en la Directiva 2009/133/CE. Ciertamente, por lo que respecta a las operaciones de fusión, escisión total y aportación total de activos, pocas dudas admite el hecho de que, en el marco de las mismas, se produce la transmisión de una “universalidad total” de bienes desde la sociedad transmitente hacia la sociedad beneficiaria; mientras que, por lo que respecta a las escisiones parciales y aportaciones parciales de activos, cabría señalar como la definición de “rama de actividad” prevista en el artículo 2, apartado j) de la Directiva 2009/133/CE (elemento nuclear en la configuración de estas operaciones), coincide a grandes rasgos con el alcance que el TJUE le ha dado al concepto de “universalidad parcial de bienes” a

¹²⁴⁵ En este sentido, *vid.* CALDERÓN CARRERO, J.M., QUINTAS SEARA, A., “El IVA en la transmisión del patrimonio empresarial: la progresiva flexibilización comunitaria de la regla de no sujeción”, *Revista de Técnica Tributaria*, nº102, 2013, pp.95-117.

¹²⁴⁶ *Vid.*, entre otras, las SSTJUE de 15 de octubre de 2015, asunto C-494/14, *Unión Europea v. Axa Belgium SA*, ap.21; de 4 de septiembre de 2014, asunto C-162/13, *Damijan Vnuk v. Zavarovalnica Triglav d.d.*, ap.42; o de 27 de febrero de 2003, asunto C-373/00, *Adolf Truley GmbH v. Bestattung Wien GmbH*, ap.35.

¹²⁴⁷ En este sentido, *vid.* STJUE de 27 de noviembre de 2003, asunto C-497/01, *Zita Modes Sàrl v. Administration de l'enregistrement et des domaines*, ap.40.

¹²⁴⁸ *Vid.* artículos 11 y 18.3 del *Code de la Taxe sur la Valeur Ajoutée*.

¹²⁴⁹ *Vid.* ZORMAN, G., JANEZIC, K., “Tax-Neutral Cross-Border Reorganizations in Slovenia”, *European Taxation*, vo.48, nº11, 2008, p.600.

¹²⁵⁰ *Vid.* artículo 7.1 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

¹²⁵¹ *Vid.* artículo 257 bis del *Code Général des Impôts*.

¹²⁵² *Vid.* artículo 9.2 del *Texte coordonné de la Loi du 12 février 1979 concernant la Taxe sur la Valeur Ajoutée*.

¹²⁵³ *Vid.* artículo 3.4 del *Código do Imposto sobre o Valor Acrescentado*.

efectos de la Directiva de IVA, si bien en todo caso debe tenerse presente que no existe una identidad perfecta entre ambos conceptos derivada, a su vez, de las diferentes finalidades que persiguen la Directiva 2009/133/CE y la Directiva 2006/112/CE¹²⁵⁴.

Asimismo, y aun cuando el TJUE ha exigido como condición adicional para la aplicación de la regla de no sujeción prevista en el artículo 19 de la Directiva 2006/112/CE que el beneficiario de la transmisión “tenga la intención de explotar el establecimiento mercantil o la parte de la empresa transmitida y no simplemente de liquidar de inmediato la actividad en cuestión”¹²⁵⁵, no parece que esta cuestión plantee problemas en el concreto ámbito de las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial por cuanto aquellas fusiones, escisiones y aportaciones de activos en las que la sociedad beneficiaria procediese a la inmediata liquidación de la actividad en cuestión difícilmente superarían el test de motivos económicos válidos previsto en el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE.

¹²⁵⁴ De hecho, lo cierto es que, en materia de IVA, el TJUE ha introducido una serie de matices que flexibilizan el concepto de “universalidad total o parcial de bienes” frente al de “rama de actividad” (en este sentido, *vid.* SÁNCHEZ MANZANO, J.D., “Análisis de determinadas soluciones administrativas en torno al concepto de rama de actividad”, *Quincena Fiscal*, nº13, 2012, pp.93-94). Así, en aquellos supuestos en los que la actividad económica transmitida no requiera la utilización de locales específicos o equipados de instalaciones fijas necesarias para llevarla a cabo, la operación podría quedar cubierta por el artículo 19 de la Directiva 2006/112/CE incluso sin que se produzca la transmisión de los derechos de propiedad del inmueble en el que se desarrollaba la actividad transmitida (p.ej. en aquellos casos en los que la transmisión de las existencias y del equipamiento comercial resulta suficiente para permitir la continuidad de una actividad económica autónoma en sede de la sociedad beneficiaria). Asimismo, también podrá tener lugar una transmisión de bienes en el sentido del artículo 19 de la Directiva “si se ponen a disposición del cesionario los locales comerciales mediante un contrato de arrendamiento o si éste dispone él mismo de un inmueble apropiado al que trasladar el conjunto de bienes transmitidos y donde puede continuar desarrollando la actividad económica de que se trate” (*vid.* STJUE de 10 de noviembre de 2011, asunto C-444/10, *Christel Schriever v. Bundesfinanzhof*, aps.27 y 29). A este respecto, nótese como el hecho de que algunos Estados miembros como Bélgica o Portugal hayan optado en sus respectivas legislaciones tributarias domésticas en materia de IVA por hacer referencia al término “rama de actividad” frente al de “universalidad total o parcial de bienes” que se deriva de la Directiva 2006/112/CE no determina necesariamente que en el ámbito del IVA deba emplearse la definición del concepto de rama de actividad que opera en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades (*vid.* artículo 11 del *Code sur la Taxe sur la Valeur Ajoutée* belga; y artículo 3.4 del *Código do Imposto sobre o Valor Acrescentado* portugués). En este sentido, algunas voces entre la doctrina han llamado la atención acerca de la necesidad de una “definición clara y una interpretación unívoca” del concepto de rama de actividad que resulte aplicable a todos los ámbitos impositivos que emplean el citado concepto con el fin de evitar la litigiosidad interna y el elevado número de consultas planteadas a las autoridades tributarias en relación con esta cuestión (*vid.* CALICIS, A., ALEXANDRE, C., “La notion de branche d’activité en droit interne par rapport aux directives européennes”, *Revue Générale de la Fiscalité*, vol.40, nº5, 2009, p.17). Por el contrario, otros Estados miembros como España, Francia o Luxemburgo han optado directamente por emplear en sus respectivas normas domésticas en materia de IVA una terminología más próxima a la de la Directiva 2006/112/CE (*vid.* artículo 7.1 de la *Ley 37/1992*, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido; artículo 257 *bis* del *Code Général des Impôts* francés; o artículo 9.2 del *Texte coordonné de la Loi du 12 Février 1979 concernant la Taxe sur la Valeur Ajoutée* luxemburgués).

¹²⁵⁵ *Vid.* STJUE de 27 de noviembre de 2003, asunto C-497/01, *Zita Modes Sàrl v. Administration de l’enregistrement et des domaines*, ap.44. A este respecto, el propio Tribunal ha matizado que las intenciones del adquirente pueden o, en determinados casos, deben tomarse en consideración al apreciar globalmente las circunstancias de una operación, siempre que éstas puedan deducirse a partir de elementos objetivos (en este sentido, *vid.* STJUE de 10 de noviembre de 2011, asunto C-444/10, *Christel Schriever v. Bundesfinanzhof*, ap.38, y jurisprudencia citada).

En último lugar, y en relación con las operaciones de canje de acciones, cabría señalar como el artículo 135.1, apartado f) de la Directiva 2006/112/CE impone a los Estados miembros la obligación de eximir del IVA a “las operaciones, incluida la negociación, pero exceptuados el depósito y la gestión, relativas a acciones, participaciones en sociedades o asociaciones, obligaciones y demás títulos-valores”. No obstante, de acuerdo con el precepto anteriormente citado, se exceptúan de la regla general, entre otras, las operaciones relativas o bien a títulos representativos de mercaderías o bien a participaciones y acciones cuya posesión asegure, de derecho o de hecho, la atribución de la propiedad o del disfrute de un inmueble o de una parte del mismo, que quedarían sujetas y no exentas de IVA¹²⁵⁶. De este modo, y en la medida en que la transmisión de títulos que se produce en el marco de un canje de acciones (pero también en el marco de las operaciones de fusión, escisión y aportación de activos) tiene la consideración de operación relativa a las mismas, sin que pueda ser calificada como servicios de depósito o gestión, podría afirmarse que, *a priori*, estas operaciones quedarían exentas del IVA¹²⁵⁷, si bien, en los supuestos anteriormente comentados, no existiría inconveniente en que los Estados miembros sujetasen y no eximiesen de IVA a estas operaciones.

Ahora bien, lo cierto es que en aquellos canjes de acciones en los que la sociedad dominante adquiera la totalidad de los títulos representativos del capital social de la sociedad dominada a un único socio de esta última, podría entenderse, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, que nos encontramos ante una operación equivalente a una transmisión en bloque de la totalidad de la empresa susceptible de encajar en el supuesto del artículo 19 de la Directiva 2006/112/CE, de forma tal que si el Estado miembro en cuestión ha optado por ejercer la facultad prevista en dicho precepto, la transmisión de títulos no constituiría una actividad económica sujeta al IVA¹²⁵⁸. Sin embargo, si la totalidad de las participaciones fuesen adquiridas por parte de la sociedad dominante a una pluralidad de socios de la sociedad dominada, el propio Tribunal ha denegado la posibilidad de asimilar esta operación a la transmisión de una universalidad de bienes de bienes en el sentido del artículo 19 de la Directiva 2006/112/CE¹²⁵⁹.

¹²⁵⁶ Vid. artículo 135.1, apartado f) *in fine*, en relación con el artículo 15.2, apartado c) de la Directiva 2006/112/CE.

¹²⁵⁷ En otro orden de cosas, y aun sin ánimo de entrar en esta cuestión, debe apuntarse la problemática que se plantea en algunas ocasiones en relación con la deducibilidad del IVA soportado en relación con determinados servicios vinculados a la adquisición de participaciones en el capital de otras sociedades (especialmente por parte de sociedades de cartera), tal y como muestran, entre otras, las SSTJUE de 17 de octubre de 2018, asunto C-249/17, *Ryanair Ltd v. The Revenue Commissioners*; o de 5 de julio de 2018, asunto C-320/17, *Marle Participations SARL v. Ministre de l'Économie et des Finances*.

¹²⁵⁸ En este sentido, *vid.* STJUE de 29 de octubre de 2009, asunto C-29/08, *AB SKF v. Skatteverket*, aps.35-41.

¹²⁵⁹ En este sentido, *vid.* STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-651/11, *X BV v. Staatssecretaris van Financiën*, ap.51.

CAPÍTULO VI. LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO DE LA DIRECTIVA 2009/133/CE

1. Consideraciones generales

Como ya hemos adelantado en anteriores epígrafes de este trabajo, el principal objetivo de la Directiva 2009/133/CE pivota sobre la eliminación de los obstáculos que, en el ámbito de la fiscalidad directa, afectan a las operaciones de reorganización empresarial de naturaleza transfronteriza, a través del diseño de una serie de medidas que, en su conjunto, tratan de garantizar la neutralidad fiscal de dichas operaciones tanto a nivel de las sociedades participantes como desde la perspectiva de sus socios. En concreto, y de acuerdo con el artículo 1 de la citada Directiva, los Estados miembros deberán aplicar sus disposiciones a las operaciones de fusión, escisión (total o parcial), aportación de activos, y canje de acciones en las que intervengan sociedades de dos o más Estados miembros, así como a los traslados del domicilio social de un Estado miembro a otro llevados a cabo por Sociedades Anónimas Europeas o Sociedades Cooperativas Europeas.

No obstante, el acceso a los beneficios previstos por la Directiva 2009/133/CE queda supeditado a la verificación de una serie de requisitos relativos, no sólo a los caracteres definidores de la operación en cuestión y a la forma de llevarla a cabo, sino también a las sociedades participantes en la misma (a título de transmitente o dominada, o bien en el papel de beneficiaria o dominante). De este modo, el artículo 3 de la Directiva es el encargado de delimitar su ámbito de aplicación subjetivo a través del establecimiento de las condiciones que deberán cumplir dichas sociedades para ser calificadas como “sociedades de un Estado Miembro” a los efectos de la aplicación de las disposiciones contenidas en la citada norma comunitaria.

A este respecto, es importante realizar las siguientes apreciaciones preliminares: en primer lugar, los requisitos fijados por el citado precepto coinciden con los previstos en el artículo 2 de la Directiva 2011/96/UE, lo que resulta plenamente coherente con el carácter complementario de ambas normas de Derecho de la UE al que ya nos hemos referido; en segundo lugar, nos encontramos ante un conjunto de requisitos de carácter acumulativo¹²⁶⁰, si bien no se requiere que los mismos tengan que ser satisfechos en el mismo Estado miembro¹²⁶¹; en tercer lugar, se trata de una lista de requisitos cerrada y

¹²⁶⁰ En este sentido, *vid.* STJUE de 1 de octubre de 2009, asunto C-247/08, *Gaz de France – Berliner Investissement SA v. Bundeszentralamt für Steuern*, ap.29, en relación con los requisitos establecidos en el artículo 2 de la Directiva 2011/96/UE y que coinciden con los recogidos en el artículo 3 de la Directiva 2009/133/CE.

¹²⁶¹ En este sentido, *vid.* SCHONEWILLE, P.H., *op.cit.*, p.14; HELMINEN, M., *EU Tax Law...*, *op.cit.*, p.187; o HOFSTÄTTER, M., HOHENWARTER-MAYR, D., *op.cit.*, p.160. Sin embargo, y como bien ha apuntado VANDE VELDE, I., *op.cit.*, p.96, el hecho de que algunos Estados miembros extiendan el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE (vía “cláusula de apertura” recogida en el anexo de la

de interpretación estricta que impide a los Estados miembros establecer condiciones adicionales para que una sociedad pueda beneficiarse de las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE; y, en cuarto lugar, si alguna de las sociedades participantes en la operación transfronteriza de reorganización empresarial en cuestión no cumpliera alguno de los requisitos recogidos en el artículo 3 de la Directiva, la operación en su conjunto quedaría fuera del régimen de neutralidad fiscal.

2. Análisis de los requisitos que deben cumplir las sociedades participantes en la operación para que ésta pueda acogerse al régimen de neutralidad fiscal previsto por la Directiva 2009/133/CE

2.1. El requisito relativo a la forma que deben adoptar las sociedades participantes en la operación

La primera de las condiciones prevista por el artículo 3 de la Directiva 2009/133/CE gira en torno a la exigencia de que las sociedades participantes en la operación revistan una de las formas enumeradas en la parte A del anexo I de la citada Directiva¹²⁶², donde se recoge, junto con la referencia a la Sociedad Europea y a la Sociedad Cooperativa Europea, el conjunto de formas societarias nacionales susceptibles quedar incluidas dentro del ámbito subjetivo de la Directiva 2009/133/CE en función del Estado miembro del que son propias.

De este modo, las sociedades constituidas e incorporadas en un Estado miembro que no revistan alguna de las formas contempladas en el anexo de la Directiva tendrán vedado su acceso al régimen de neutralidad fiscal con independencia de que pudieran cumplir el resto de requisitos previstos en el artículo 3 de la citada norma, relativos a la exigencia de residencia fiscal “efectiva” en un Estado miembro (lo que implica que, en virtud de un CDI celebrado con un tercer Estado, no pueda desplazarse la residencia fiscal de la sociedad en cuestión fuera de la UE) y sujeción al Impuesto sobre Sociedades de un Estado miembro (sin posibilidad de opción y sin estar exenta)¹²⁶³. La misma conclusión debe predicarse en relación con aquellas sociedades constituidas e incorporadas en un Estado no miembro, aun cuando tuviesen su residencia fiscal y estuviesen sujetas al Impuesto sobre Sociedades en un Estado miembro (p.ej. por tener su sede de dirección efectiva en dicho Estado). Ahora bien, no debe perderse de vista que dichas sociedades podrían beneficiarse “indirectamente” de las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE en virtud de la aplicación del CDI suscrito entre el Estado no

citada norma) a las sociedades constituidas con arreglo a su legislación doméstica y sujetas a su Impuesto sobre Sociedades (p.ej. Alemania, Bélgica, Croacia, Dinamarca, Francia, Luxemburgo, o Países Bajos), determina que, en relación con estas formas societarias, los requisitos previstos en el artículo 3, apartados a) y c) de la Directiva 2009/133/CE deban ser satisfechos en el mismo Estado miembro.

¹²⁶² Vid. artículo 3, apartado a), de la Directiva 2009/133/CE.

¹²⁶³ Vid. artículo 3, apartados b) y c) de la Directiva 2009/133/CE.

miembro de constitución de la sociedad en cuestión y el Estado miembro en que reside a efectos fiscales. Ciertamente, y en la medida en que dicho Convenio incorpore una cláusula anti-discriminación inspirada en el artículo 24.1 del Modelo de Convenio OCDE, el Estado miembro de residencia de la sociedad constituida en un tercer Estado deberá extender a dicha sociedad las medidas fiscales contempladas en su ordenamiento fiscal doméstico en el ámbito de las reorganizaciones empresariales transfronterizas y que resulten de aplicación a las sociedades constituidas con arreglo a su Derecho nacional¹²⁶⁴.

Tal y como hemos apuntado en anteriores epígrafes de este trabajo, la fórmula adoptada por la Directiva 90/434/CEE para delimitar su ámbito de aplicación subjetivo y que consistía en la elaboración de una lista en la que figurasen las formas societarias nacionales que *a priori* podrían beneficiarse de sus disposiciones, contrastaba con la idea original plasmada en la Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones de 1969, cuyo artículo 3 optaba directamente por extender su ámbito de aplicación a las sociedades constituidas de acuerdo con el Derecho belga, alemán, francés, italiano, luxemburgués y neerlandés que estuviesen sujetas al Impuesto sobre Sociedades de alguno de estos Estados miembros o a cualquier otro impuesto que los sustituyera, omitiendo cualquier tipo de referencia a la forma jurídica concreta que debían adoptar dichas sociedades.

A este respecto, es importante tener presente que, aun cuando la extraordinaria amplitud de la fórmula con la que la Propuesta de Directiva de 1969 concebía su ámbito de aplicación subjetivo no consiguió sobrevivir a dos décadas de intensas negociaciones entre los Estados miembros, lo cierto es que, apenas tres años después de la aprobación de la Directiva 90/434/CEE e inspirada por alguna de las conclusiones que se extraían del “Informe Ruding” (1992)¹²⁶⁵, la Comisión Europea presentó una Propuesta de Directiva¹²⁶⁶ en la que se contemplaba la supresión del requisito relativo la forma jurídica que debían adoptar las sociedades nacionales de los diferentes Estados miembros para poder acceder a los beneficios de la Directiva 90/434/CEE. De este modo, se pretendía dar cobertura bajo el paraguas del régimen de neutralidad fiscal a

¹²⁶⁴ En este sentido, *vid.* FEENEY, M., *The Taxation of Companies*, Bloomsbury Professional, Dublin, 2011, p.1301, o BOULOGNE, F., *Shortcomings in the... , op.cit.*, pp.42-43, quien apunta que el artículo 28.1 del CDI suscrito entre Países Bajos y EEUU (inspirado en el artículo 24.1 MCOCDE) impediría que una sociedad constituida en EEUU, residente a efectos fiscales en los Países Bajos y sujeta a su Impuesto sobre Sociedades, que es absorbida por una sociedad constituida con arreglo al Derecho luxemburgués, residente fiscal en Luxemburgo y sujeta a su Impuesto sobre Sociedades, fuese tratada de forma menos favorable desde el punto de vista fiscal que una sociedad constituida en Países Bajos, y residente a efectos fiscales en dicho territorio (p.ej. debido a la no aplicación del régimen de neutralidad fiscal configurado el legislador neerlandés para las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial).

¹²⁶⁵ *Vid.* EUROPEAN COMMISSION, *Report of the Committee of Independent Experts on Company Taxation*, Brussels, March 1992. Por lo que respecta específicamente a la Directiva 90/434/CEE, *vid.* EUROPEAN COMMISSION, *Communication to the Council and to Parliament subsequent to the conclusions of the Ruding Committee indicating guidelines on Company taxation linked to the further development of the internal market*, SEC (92) 1118 final, 26 June 1992, p.13.

¹²⁶⁶ 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 realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, COM(93) 293 final, de 26 de julio de 1993 (DOCE n° C 225, de 20 de agosto de 1993, p.3).

todas las sociedades que tuviesen su residencia fiscal “efectiva” en el territorio comunitario y que estuviesen sujetas (y no exentas) al Impuesto sobre Sociedades en un Estado miembro o, en su caso, a un impuesto idéntico o similar (aun cuando hubiesen sido constituidas con arreglo a la legislación de un Estado no miembro)¹²⁶⁷, lo cual, a juicio de algunos autores, permitiría, por una parte, dar solución a los problemas de “desventaja competitiva” a los que se enfrentaban las formas societarias que, a pesar de estar sujetas al Impuesto sobre Sociedades, quedaban excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 90/434/CEE¹²⁶⁸; y, por otra parte, evitaría futuras negociaciones para la ampliación de la lista de sociedades que figuraban en el anexo de la citada norma vinculadas a la incorporación de nuevos Estados miembros a la Unión Europea o bien a la creación de nuevas formas societarias nacionales o europeas¹²⁶⁹.

Sin embargo, ya a mediados de 1997, las discusiones del Consejo en torno a la ampliación por esta vía del ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 90/434/CEE estaban en punto muerto de forma tal que, paulatinamente, se fue imponiendo la idea de que resultaría más conveniente adoptar un enfoque más conservador y llevar a cabo una actualización de la lista contenida en el anexo de la Directiva¹²⁷⁰, lo que terminó por relegar al olvido a la Propuesta de Directiva de 1993. De hecho, la Propuesta presentada por la Comisión en el año 2003 para modificar el contenido de la Directiva 90/434/CEE¹²⁷¹, y que sería la que finalmente daría origen a la Directiva 2005/19/CE, ya se decantaba por la mera ampliación de las formas societarias contempladas en el anexo de la Directiva Fiscal de Fusiones habida cuenta de los potenciales problemas derivados a las “asimetrías observadas en las disposiciones de Derecho mercantil que

¹²⁶⁷ Vid. artículo 1 de la Propuesta de Directiva de 1993 antes citada. De hecho, el Comité Económico y Social, en su dictamen de 24 de noviembre de 1993, sobre 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 realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, CES 1167/93, apartados 2.3 y 2.4, respaldó esta medida al entender que la sujeción de las sociedades participantes en la operación transfronteriza de reorganización empresarial en cuestión a la misma figura impositiva (Impuesto sobre Sociedades) era una condición “necesaria y suficiente” para el correcto funcionamiento del sistema de diferimiento en el que se basaba la Directiva 90/434/CEE, de forma tal que no existían razones para restringir el ámbito de aplicación subjetivo de la citada Directiva por razón de la forma societaria elegida.

¹²⁶⁸ En este sentido, vid. MAISTO, G., “Shaping EU Company...”, *op.cit.*, p.297, que también apunta como esta problemática presentaba una mayor intensidad en el ámbito de la Directiva Matriz-Filial, habida cuenta de que, en la práctica, las operaciones de reorganización empresarial transfronterizas contempladas en la Directiva Fiscal de Fusiones eran llevadas a cabo mayoritariamente por entidades constituidas bajo una de las formas societarias nacionales contempladas en su anexo (principalmente sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada), a diferencia de las más comunes y generalizadas operaciones de distribución transfronteriza de dividendos.

¹²⁶⁹ En este sentido, vid. LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., HERRERA MOLINA, P., *op.cit.*, p.38; y en una línea similar, defendiendo el planteamiento de la Comisión en la Propuesta de Directiva de 1993, TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., *European Tax Law, op.cit.*, pp.700-701; o FIBBE, G.K., *op.cit.*, p.99.

¹²⁷⁰ Esta fue la postura mantenida en la sesión nº 2312 del Consejo ECOFIN celebrada en Bruselas los días 26 y 27 de noviembre del año 2000 (Press 453, nº 13861/00).

¹²⁷¹ Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 90/434/CEE, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, de 17 de octubre de 2003, COM (2003) 613 final.

regulan la forma jurídica de las sociedades y la diversidad de regímenes fiscales aplicables a dichas sociedades en los Estados miembros (...)”¹²⁷².

Ciertamente, la fórmula empleada por la Directiva 90/434/CEE presenta la ventaja fundamental para los Estados miembros de facilitar la evaluación acerca de si se cumplen los requisitos necesarios para la aplicación de la Directiva a sociedades de otros Estados miembros, evitando posibles conflictos de calificación en relación con entidades extranjeras¹²⁷³, si bien por lo que respecta a las entidades híbridas, ya hemos visto como su incorporación a la lista de sociedades con acceso al régimen de neutralidad fiscal determinó la necesidad de introducir disposiciones específicas en el texto de la Directiva para evitar posibles problemas de doble imposición. Sin embargo, resulta evidente que la lista de formas societarias recogida en el anexo de la Directiva 2009/133/CE presenta, en contrapartida, una serie de problemas derivados de su propia naturaleza y a los que nos referiremos a continuación.

2.1.1. La limitación de las formas societarias nacionales cubiertas por la Directiva 2009/133/CE

A este respecto, cabría comenzar haciendo referencia a la posibilidad de que empresas que lleven a cabo actividades transfronterizas en el seno de la Unión Europea puedan quedar fuera del ámbito de aplicación de la Directiva Fiscal de Fusiones debido a la forma societaria bajo la que fueron constituidas. Esta crítica resultaría plenamente fundada en relación con la lista de sociedades contemplada en el anexo originario de la Directiva 90/434/CEE por cuanto, al circunscribirse fundamentalmente a formas societarias de naturaleza mercantil, con capital divisible en acciones o participaciones sociales, y que limitaban la responsabilidad patrimonial de sus socios al valor de su aportación a la sociedad¹²⁷⁴, dejaba fuera a buen número de entidades jurídicas nacionales sujetas al Impuesto sobre Sociedades en sus respectivos territorios de residencia debido a su carácter personalista o especial naturaleza (p.ej. sociedades cooperativas, mutuas de seguros, cajas de ahorros, fondos de inversión o determinadas sociedades civiles)¹²⁷⁵.

No obstante, la reforma operada por la Directiva 2005/19/CE, aun siendo menos ambiciosa que la Propuesta de Directiva de 1993, contribuyó de forma decisiva a superar esta situación y a reconectar parcialmente con el espíritu originario de la Propuesta de Directiva de 1969, al extender el ámbito de aplicación subjetivo de la

¹²⁷² Vid. apartado 19 de la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva de 2003, antes citada.

¹²⁷³ En este sentido, vid. BELL, S., *op.cit.*, p.126; y, en la misma línea, aunque en relación con el anexo previsto en la Directiva 2011/96/UE, vid. MAISTO, G., “Current issues on the interpretation of the Parent-Subsidiary Directive”, en WEBBER, D. (ed.), *EU Income Tax Law: Issues for the Years Ahead*, IBFD, Amsterdam, 2013, p.4.

¹²⁷⁴ En este sentido, vid. LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *op.cit.*, pp.84-85.

¹²⁷⁵ En este sentido, vid. EUROPEAN COMMISSION, “Company taxation in the internal market”, *Commission Staff Working Paper*, SEC (2001) 1681, p.235.

Directiva 90/434/CEE a muchas de estas entidades¹²⁷⁶, algunas de las cuales ya se beneficiaban de las disposiciones de la Directiva Fiscal de Fusiones en virtud de la ampliación unilateral de su ámbito de aplicación subjetivo llevada a cabo por algunos Estados miembros como Bélgica, España, Francia, Italia o Países Bajos en el momento de su implementación a nivel doméstico. Así, y a título de ejemplo, podría traerse a colación el caso de Italia, donde el artículo 1, apartado a), del Decreto Legislativo nº544/1992 que completaba la Ley nº 142, de 19 de febrero de 1992, por la que se implementaba la Directiva 90/434/CEE en el ordenamiento italiano, ya extendía el régimen de neutralidad fiscal a las sociedades cooperativas, mutuas, y entidades públicas o privadas que tuvieran como objeto exclusivo o principal la realización de actividades comerciales.

Sin embargo, a este respecto, no puede dejar de señalarse que, en la medida en que algunas de las formas jurídicas nacionales incorporadas al anexo de la Directiva 90/434/CE a través de la reforma operada por la Directiva 2005/19/CE no tienen acceso a las disposiciones de la actual Directiva 2017/1132/UE en materia de fusiones y escisiones transfronterizas por no encajar en el concepto de “sociedad de capital” al que se refieren sus artículos 119.1 y 160 *ter*, podría verse frustrada la finalidad de la ampliación del ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva Fiscal de Fusiones en el marco de dichas operaciones debido a la existencia de obstáculos jurídico-procedimentales que vendrían a dificultar o incluso imposibilitar en la práctica su realización efectiva¹²⁷⁷. De hecho, si comparamos la lista de entidades jurídicas nacionales que figura actualmente en el anexo I de la Directiva 2009/133/CE con la contemplada en el anexo II de la Directiva 2017/1132/UE (al que se remiten sus artículos 119.1 y 160 *ter*), puede observarse la mayor amplitud de la primera frente a la segunda, la cual, en relación con un buen número de Estados miembros pivota sobre la tradicional “trilogía societaria” (sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada y sociedad comanditaria por acciones).

Esta circunstancia resulta especialmente relevante en el ámbito de las operaciones de escisión transfronteriza, habida cuenta de que tan sólo tendrán la

¹²⁷⁶ A este respecto, cabría señalar como las sociedades cooperativas fueron las formas jurídicas nacionales que mayor importancia relativa tuvieron en la modificación operada por la Directiva 2005/19/CE, pues fueron incorporadas al anexo de la Directiva 90/434/CEE por Estados miembros tales como Alemania (“*Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft*”), Bélgica (“*société coopérative à responsabilité illimitée*”), Francia (“*coopératives*” y “*unions de coopératives*”), Italia (“*società cooperativa*”), Luxemburgo (“*société coopérative*” y “*société coopérative organisée comme une société anonyme*”), o Países Bajos (“*coöperatie*”). Asimismo, se añadieron al anexo de la Directiva 90/434/CEE varias mutuas de seguros propias de Estados miembros como Alemania (“*Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit*”), Francia (“*sociétés d’assurances mutuelles*”), Italia (“*società di mutua assicurazione*”), o Luxemburgo (“*association d’assurances mutuelles*”). Por su parte, y aunque con carácter más limitado, también se incorporaron al anexo de la citada Directiva, cajas de ahorro (p.ej. las “*caisses d’épargne et de prévoyance*”, propias del Derecho francés), fondos de inversión (p.ej. los “*fonds voor gemene rekening*”, propios del Derecho neerlandés), o sociedades personalistas (p.ej. las “*sociétés civiles*”, propias del Derecho francés).

¹²⁷⁷ Ahora bien, esta conclusión debe ser matizada en la medida en que los Estados miembros hayan extendido de forma unilateral a dichas entidades el ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a las fusiones y escisiones transfronterizas previstas en la Directiva 2017/1132/UE.

consideración de “sociedad de capital” las entidades jurídicas que figuran en el citado anexo II. Por el contrario, tratándose de operaciones de fusión transfronteriza, los efectos de las divergencias existentes entre los anexos de la Directiva 2009/133/CE y de la Directiva 2017/1132/UE podrían verse mitigados (aunque no de forma sustancial) si tenemos en cuenta que el concepto de “sociedad de capital” también se proyecta sobre cualquier forma societaria que con capital social que: a) goce de personalidad jurídica, b) posea un patrimonio separado que responda por sí solo de las deudas de la sociedad, y c) esté sujeta por su legislación nacional a las garantías previstas por el título I, capítulo II, sección 2, y capítulo III, sección 1, de la Directiva 2017/1132/UE para proteger los intereses de socios y terceros¹²⁷⁸. Asimismo, es importante tener presente que algunas de las formas societarias recogidas en el anexo de la Directiva 2009/133/CE a las que *a priori* no resultarían de aplicación las disposiciones contenidas en la Directiva 2017/1132/UE en materia de fusiones y escisiones transfronterizas podrían beneficiarse de las mismas en virtud de la extensión unilateral de su ámbito de aplicación subjetivo llevado a cabo por parte de los Estados miembros.

Sin embargo, y desde la perspectiva inversa, también debe señalarse la existencia de determinadas formas societarias recogidas en el anexo II de la Directiva 2017/1132/UE (tales como la “*ετερόρρυθμη κατά μετοχές εταιρία*” griega, la “*komanditsabiedrība*” letona, o la “*spółka komandytowo-akcyjna*” polaca) que no figuran explícitamente en el anexo I de la Directiva 2009/133/CE ni pueden ser incluidas en el mismo vía cláusula de apertura, lo cual determina que, aun cuando las operaciones de fusión y escisión transfronteriza en las que participen las citadas entidades jurídicas puedan acceder a las disposiciones que en el plano del Derecho societario contiene la Directiva 2017/1132/UE, quedarían extramuros del régimen de neutralidad fiscal configurado por la Directiva 2009/133/CE.

Ciertamente, el hecho de que una parte importante de los Estados miembros optase por el uso de listas nominativas como instrumento para la determinación del ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 90/434/CEE, unido a lo limitado de las formas societarias recogidas en las mismas en relación con algunos Estados miembros y a la necesidad de una interpretación estricta, derivada del principio de seguridad jurídica, que impedía la aplicación de la Directiva por analogía a otros tipos de sociedades aunque fueran comparables¹²⁷⁹, se ha traducido en que, en no pocas

¹²⁷⁸ Vid. artículo 119.1, apartado b) de la Directiva 2017/1132/UE.

¹²⁷⁹ En este sentido, vid. LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., HERRERA MOLINA, P., *op.cit.*, p.37, que apuntan como la lista de formas societarias contemplada en el anexo de la Directiva 2009/133/CE es fruto “de un acuerdo de compromiso entre los Estados miembros que quedaría desequilibrado si fuera posible una interpretación flexible”. Asimismo, lo cierto es que, en relación con la Directiva 90/435/CEE, en primer lugar, el TJUE ya tuvo ocasión de afirmar que “el objetivo de la Directiva 90/435 no es instaurar un régimen común para todas las sociedades de los Estados miembros (...)” (vid. SSTJUE de 2 de abril de 2020, asunto C-458/18, *GVC Services v. Direktor na Direktsia «Obzhalvane i danachno-osiguritelna praktika»*, ap.34; o de 1 de octubre de 2009, asunto C-247/08, *Gaz de France – Berliner Investissement SA v. Bundeszentralamt für Steuern*, ap.36); en segundo lugar, que “las exigencias del principio fundamental de seguridad jurídica se oponen a que se interprete la lista de sociedades contenida en el punto f) del anexo de dicha Directiva como una lista incluida con carácter indicativo, siendo así que tal interpretación no se deduce de su letra ni del sistema de la Directiva 90/435/CEE” (ap.38); y, en tercer

ocasiones, el acceso de determinadas formas societarias a los beneficios de la Directiva Fiscal de Fusiones vino determinado, no por la acción del legislador europeo, sino por la acción unilateral de algunos Estados miembros (p.ej. Bélgica, España, Francia, Italia, o Países Bajos)¹²⁸⁰, bien a la hora de implementar la citada Directiva en sus respectivos ordenamientos domésticos o bien con posterioridad¹²⁸¹.

Por otra parte, es importante tener presente que, aun cuando el anexo de la Directiva 2009/133/CE contiene, en relación con buena parte de los Estados miembros, una lista donde se recogen nominativamente las formas societarias nacionales que podrán beneficiarse de sus disposiciones (p.ej. en los casos de Austria, Grecia, Hungría, Finlandia, o Suecia), también puede observarse la presencia de fórmulas generales (p.ej. en el caso de Portugal) y “cláusulas de apertura” (p.ej. en los casos de Alemania, Bélgica, Francia, Luxemburgo o Países Bajos) que flexibilizan y amplían el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva. En este sentido, cabría señalar como, a través de la reforma operada por la Directiva 2005/19/CE, se introdujeron cláusulas de apertura en el anexo de la Directiva 90/434/CEE en relación con varios Estados miembros que originariamente habían optado por una lista nominativa de entidades jurídicas susceptibles de acceder al régimen de neutralidad fiscal (p.ej. Alemania, Dinamarca, Luxemburgo, o Países Bajos).

Ciertamente, el enfoque consistente en la elaboración de una lista *numerus clausus* de interpretación estricta donde se relacione de forma nominativa el conjunto de formas societarias de un determinado Estado miembro que pueden acceder al régimen de neutralidad fiscal previsto por la Directiva 2009/133/CE podría plantear problemas vinculados a la posible existencia de una restricción no justificada de la libertad de establecimiento en el caso de aquellas formas societarias de naturaleza similar que, cumpliendo el resto de requisitos previstos en el artículo 3 de la Directiva, hubiesen sido excluidas del ámbito de aplicación subjetivo de la misma por no figurar en su anexo¹²⁸².

lugar, que “no puede admitirse la ampliación de la aplicación de dicha Directiva por analogía a otros tipos de sociedades, (...) aunque fueran comparables” (ap.43). En nuestra opinión, estas afirmaciones resultan plenamente aplicables al ámbito de la Directiva 2009/133/CE, no sólo por la ya mencionada naturaleza complementaria de ambas normas europeas, sino porque una comparación del artículo 2 de la Directiva 2011/96/UE y del artículo 3 de la Directiva 2009/133/CE revela la existencia de una clara identidad en el modo de delimitar sus respectivos ámbitos de aplicación subjetivos. Una análisis del razonamiento seguido por el TJUE en el asunto *Gaz de France* desde una perspectiva crítica puede encontrarse en BOULOGNE, F., GEURSEN, W., “Gaz de France: dividends to companies not listed in the Parent-Subsidiary Directive are not exempt”, *European Taxation*, vol.50, nº4, 2010, pp.129-140.

¹²⁸⁰ Otros Estados miembros como Alemania, Dinamarca, Irlanda Luxemburgo o Portugal optaron, sin embargo, por circunscribirse a la lista prevista en el anexo de la Directiva 90/434/CEE (vid. DELOITTE TOUCHE TOHMATSU INTERNATIONAL, *op.cit.*, pp.2-3).

¹²⁸¹ En este sentido, y como ejemplo de extensión unilateral del ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 90/434/CEE con posterioridad a su implementación en Derecho interno, podría traerse a colación el caso de Francia que garantizó el acceso al régimen de neutralidad fiscal a la “*société par actions simplifiée*” antes de su introducción formal en el anexo de la Directiva 90/434/CEE a través de la reforma operada por la Directiva 2005/19/CE (sobre esta cuestión, vid. GIBERT, B., *op.cit.*, pp.312).

¹²⁸² En este sentido, vid. BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, pp.29-30, quien pone en duda que la diferencia de trato entre las entidades jurídicas nacionales que figuran en el anexo de la Directiva y las que no, pueda justificarse con arreglo a un criterio “objetivo y razonable”; o LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *op.cit.*, p.84, que hace hincapié en la admisión por parte del TJUE de la libertad de elegir la forma de

A este respecto, no conviene perder de vista que en el ámbito de la Directiva 2011/96/UE (la cual, como sabemos, emplea una fórmula similar a la Directiva Fiscal de Fusiones para delimitar su ámbito de aplicación subjetivo), el TJUE ya ha declarado en su sentencia de 18 de junio de 2009, asunto C-303/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy* la existencia de una vulneración del Derecho de la UE en aquellos supuestos en los que un Estado miembro denegaba a una sociedad no residente que no se encontraba incluida dentro de la lista de sociedades cubiertas por Directiva Matriz-Filial un trato similar al que otorgaría a una sociedad nacional de dicho Estado miembro¹²⁸³.

De este modo, podría afirmarse que, sobre la base del principio de no discriminación y de la libertad de establecimiento prevista en los artículos 49 y 54 del TFUE, los Estados miembros deberán extender, con carácter general, el tratamiento

inversión (vid. SSTJUE de 29 de abril de 1999, asunto C-311/97, *Royal Bank of Scotland plc v. Grecia*; de 21 de septiembre de 1999, asunto C-307/97, *Compagnie de Saint-Gobain y Zweigniederlassung Deutschland v. Finanzamt Aachen-Innenstadt*; de 29 de abril de 1999, asunto C-311/97, *Royal Bank of Scotland plc v. Grecia*; o de 28 de enero de 1986, asunto C-270/83, *Comisión Europea v Francia*) frente a la fórmula empleada por la Directiva 2009/133/CE que parece “forzar” a las empresas a adoptar una forma concreta para beneficiarse de sus disposiciones.

¹²⁸³ La citada sentencia, tiene su origen en el marco de un litigio entre la sociedad finlandesa (*Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy*) y las autoridades finlandesas en relación con la retención en origen de los dividendos distribuidos por parte de esta sociedad a una “*société d’investissement à capital variable*” (*Aberdeen Property Nordic Fund I SICAV*) luxemburguesa y con residencia fiscal en dicho Estado miembro. En este sentido, los argumentos esgrimidos por las autoridades tributarias finlandesas para imponer la citada retención en origen eran fundamentalmente los siguientes: 1) en primer lugar, se hacía referencia a que las SICAV luxemburguesas no figuraban en la lista prevista en el anexo de la Directiva 90/435/CEE y no pagaban impuestos sobre la renta en el Estado miembro en el que estaban establecidas (en Luxemburgo, dicha sociedad sólo era objeto de un impuesto sobre el capital con un tipo del 0,01%), de forma tal que no se podían considerar como “sociedades” en el sentido de la citada Directiva, y, por tanto, quedaba al margen de sus disposiciones (aps.20 y 46); y 2) en segundo lugar, se alegaba que existían una serie de diferencias que determinaban que la SICAV luxemburguesa no pudiese resultar comparable, a los efectos del Derecho de la UE, a una sociedad anónima finlandesa (“*osakeyhtiö*”) que sí figuraba en el anexo de la Directiva 90/435/CEE y podía beneficiarse de sus disposiciones (ap.21). No obstante, dichos argumentos fueron rechazados por el TJUE al afirmar, por una parte, que “el hecho de que no exista en el Derecho finlandés un tipo de sociedades que tengan una forma jurídica idéntica a la de una SICAV luxemburguesa no puede por sí mismo justificar un trato diferenciado, en la medida en que, dado que el Derecho de sociedades de los Estados miembros no está totalmente armonizado a escala comunitaria, ello privaría a la libertad de establecimiento de cualquier efecto útil” (ap.50); y, por otra parte, que “la inexistencia de gravamen de los beneficios de una SICAV en Luxemburgo, aun suponiéndola probada, no establece una diferencia entre ésta y una sociedad anónima residente que justifique un trato diferenciado en lo que se refiere a la retención en origen de los dividendos percibidos por ambas categorías de sociedades” (ap.51). De este modo, y tras concluir que una restricción de esta naturaleza a la libertad de establecimiento no encontraba justificación en razones imperiosas de interés general como la lucha contra la evasión fiscal, el reparto equilibrado de la potestad tributaria o la coherencia del sistema fiscal (aps.63-75), el Tribunal llegó a la conclusión de que los actuales artículos 49 y 54 del TFUE “se oponen a la normativa de un Estado miembro que exime de retención en origen a los dividendos distribuidos por una filial residente en dicho Estado a una sociedad anónima establecida en este mismo Estado, pero que somete a dicha retención en origen a dividendos similares abonados a una sociedad matriz de tipo SICAV residente en otro Estado miembro, que reviste una forma jurídica que no está prevista en el ordenamiento jurídico del primer Estado, que no está incluida en la lista de sociedades recogidas en el artículo 2, letra a), de la Directiva 90/435, y que está exenta del impuesto sobre la renta en virtud de la normativa del otro Estado miembro”. Sobre esta cuestión, MAISTO, G., “Current issues on...”, *op.cit.*, p.7, ha apuntado que la forma jurídica podría ser considerada a efectos de justificar posibles restricciones de la libertad de establecimiento, si bien a los efectos de determinar si un régimen fiscal es discriminatorio, deberían tenerse en cuenta esencialmente elementos de naturaleza sustantiva como la estructura, organización y funcionamiento de la sociedad.

fiscal previsto en sus respectivas legislaciones nacionales para las operaciones de reorganización empresarial de carácter interno a aquellas operaciones de reorganización empresarial en las que participen sociedades comparables establecidas en otro Estado miembro, a pesar de que éstas no figuren en el anexo de la Directiva 2009/133/CE¹²⁸⁴. No obstante, y aun cuando esto no suponga una ampliación del ámbito de aplicación subjetivo de la citada Directiva, lo cierto es que en la medida en que dichos Estados miembros hayan decidido alinear su Derecho nacional con las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE (otorgando el mismo tratamiento fiscal a operaciones de reorganización empresarial domésticas e intra-europeas), se estaría abriendo la puerta a una suerte de “aplicación indirecta” de las disposiciones de la Directiva Fiscal de Fusiones a supuestos que, *a priori*, quedarían excluidos de su ámbito de aplicación en virtud de lo establecido en su artículo 3, apartado a).

Ahora bien, lo cierto es que el propio TJUE ya ha tenido ocasión de dejar claro que las instituciones europeas pueden armonizar sólo progresivamente una materia o aproximar en varias etapas las legislaciones domésticas de los Estados miembros, de forma tal que una cosa es que la Directiva Matriz-Filial no autorice a un determinado Estado miembro a dispensar un tratamiento fiscal menos favorable a los beneficios distribuidos entre sociedades de los demás Estados miembros que no estén comprendidas en su ámbito de aplicación, en relación con los beneficios distribuidos entre sociedades comparables establecidas en su territorio, y otra bien distinta que la mera exclusión del ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva Matriz-Filial de otras formas societarias que pudieran crearse con arreglo al Derecho nacional de un Estado miembro por no figurar en la correspondiente lista recogida en su anexo donde se enumeran de forma taxativa las formas societarias nacionales de un Estado miembro que pueden acceder a sus beneficios constituya *per se* una restricción de la libertad de establecimiento o a la libre circulación de capitales¹²⁸⁵. Asimismo, no cabe duda de que la incorporación al anexo de la Directiva 2009/133/CE de “cláusulas de apertura” y fórmulas generales para delimitar su ámbito de aplicación subjetivo en relación con una buena parte de los Estados miembros, contribuye a minimizar el problema anteriormente señalado¹²⁸⁶.

Por otra parte, y partiendo de la “dimensión externa” que presenta la libre circulación de capitales de acuerdo con lo establecido en el artículo 63.1 del TFUE (a diferencia de lo que sucede con la libertad de establecimiento), cabría señalar como la fórmula empleada por la Directiva 2009/133/CE para delimitar su ámbito de aplicación subjetivo también podría plantear problemas en relación con las formas societarias

¹²⁸⁴ En este sentido, *vid.* VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, pp.153 y 336, quien trae a colación la STJUE de 1 de octubre de 2009, asunto C-247/08, *Gaz de France – Berliner Investissement SA v. Bundeszentralamt für Steuern*, ap.59, cuando afirma que la Directiva Matriz-Filial “no autoriza a un Estado miembro a dispensar un trato menos favorable a los beneficios distribuidos entre sociedades de los demás Estados miembros que no estén comprendidas en su ámbito de aplicación, en relación con los beneficios distribuidos entre sociedades comparables establecidas en su territorio”.

¹²⁸⁵ En este sentido, *vid.* STJUE de 1 de octubre de 2009, asunto C-247/08, *Gaz de France – Berliner Investissement SA v. Bundeszentralamt für Steuern*, aps.52-63.

¹²⁸⁶ Sobre esta cuestión, *vid.* HELMINEN, M., *EU Tax Law...*, *op.cit.*, p.188.

constituidas con arreglo al ordenamiento de un tercer Estado y que cumplan los requisitos contemplados en los apartados b) y c) del artículo 3 de la Directiva¹²⁸⁷.

De este modo, si entendemos que las operaciones de reorganización empresarial contempladas en el artículo 2 de la Directiva constituyen “movimientos de capitales” en el sentido del citado precepto del Tratado¹²⁸⁸, la lista contenida en el anexo de la Directiva Fiscal de Fusiones podría introducir una restricción a la libre circulación de capitales¹²⁸⁹ al disuadir a los socios de la sociedad transmitente o dominada de invertir sus capitales en una sociedad constituida de acuerdo a la legislación de un Estado no miembro a través de su participación en la operación de reorganización empresarial (p.ej. en un canje de valores en el que la sociedad constituida en un Estado no miembro actúa como sociedad dominante que adquiere los títulos de una sociedad que cumple todos los requisitos establecidos en el artículo 3 de la Directiva, siendo ambas sociedades residentes fiscales en Estados miembros diferentes)¹²⁹⁰, u obstaculizar la captación de capitales por parte de una sociedad cubierta por el ámbito de aplicación de la Directiva desde una sociedad constituida con arreglo al ordenamiento de un Estado miembro (p.ej. en una aportación de activos realizada por la sociedad constituida en un Estado no miembro en favor de una sociedad cubierta por el ámbito de aplicación de la Directiva, siendo ambas sociedades residentes fiscales en Estados miembros diferentes)¹²⁹¹, debido a la no aplicación de las disposiciones de la Directiva, bien en

¹²⁸⁷ De hecho, incluso ha llegado afirmarse que, si bien la exclusión de determinadas formas societarias propias de los diferentes Estados miembros del anexo de la Directiva 2009/133/CE podría justificarse sobre el amplio margen del que disponen las instituciones europeas a la hora de elaborar normas de Derecho de la UE, el hecho de que las formas societarias constituidas con arreglo al ordenamiento de un Estado no miembro queden extramuros del ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 2009/133/CE constituye un vulneración del principio general de igualdad, a saber, uno de los principios fundamentales sobre los que se construye el Derecho de la UE (sobre esta cuestión, *vid.* BOULOGNE, F., *Shortcomings in the..., op.cit.*, pp.39-42).

¹²⁸⁸ A este respecto, no puede perderse de vista que el TJUE, ante la ausencia de una definición de este concepto por parte del TFUE, ha venido tomando como referencia el anexo I de la Directiva 88/361/CEE, de 24 de junio de 1988 para la aplicación del artículo 67 del Tratado (*vid.* STJUE de 6 de junio de 2000, asunto C-35/98, *Staatssecretaris van Financiën v. B.G.M. Verkooijen*, ap.27).

¹²⁸⁹ En este sentido, conviene apuntar como el TJUE ha identificado la existencia de una restricción a la libre circulación de capitales en aquellos supuestos en los que la normativa fiscal doméstica analizada en el caso concreto: a) disuade a los contribuyentes residentes en un Estado miembro de invertir sus capitales en sociedades que tengan su domicilio social en otro Estado miembro; o b) obstaculiza la captación de capitales en un determinado Estado miembro por parte de sociedades establecidas en otros Estados miembros (*vid.*, a título de ejemplo, la STJUE de 7 de septiembre de 2004, asunto C-319/02, *Petri Manninen*, aps.22-23).

¹²⁹⁰ A este respecto, es importante tener presente que, en el marco de un canje de valores cubierto por la definición del artículo 2, apartado e) de la Directiva 2009/133/CE, la regla de diferimiento prevista en el artículo 8 de la Directiva se aplica a todos los socios de la sociedad dominada con independencia del tamaño de su participación en el capital de la misma. De este modo, y en relación con aquellos socios de la sociedad dominada que como resultado de la operación no obtengan una participación en el capital de la sociedad dominante que les confiera una influencia real en las decisiones de dicha sociedad y les permita determinar las actividades de ésta, la existencia de una posible restricción a sus Libertades Fundamentales previstas en el Tratado debería realizarse desde la óptica de la libre circulación de capitales (*vid.* STJUE de 13 de noviembre de 2012, asunto C-35/11, *Test Claimants in the FII Group Litigation v. Commissioners of Inland Revenue y The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs*, ap.92).

¹²⁹¹ A este respecto, nótese que, aun cuando la realización de una operación de reorganización empresarial pueda suponer un acto de establecimiento para las sociedades participantes y, por ende, si éstas han

sede de los socios de la sociedad transmitente o dominada, o bien en sede de la propia sociedad transmitente¹²⁹².

En relación con esta misma cuestión, incluso ha llegado a apuntarse, sobre la base de una aplicación extensiva al ámbito fiscal de las conclusiones obtenidas por el TJUE en su sentencia de 30 de septiembre de 2003, asunto C-299/02, *Comisión Europea v. Países Bajos*, la posibilidad de que la no aplicación de las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE a entidades jurídicas constituidas de acuerdo con la legislación de un Estado no miembro podría introducir una vulneración del artículo 49 del TFUE al disuadir a las sociedades cubiertas por el ámbito de aplicación de la Directiva y englobadas bajo la definición del artículo 54 del TFUE de llevar a cabo determinadas operaciones transfronterizas de reorganización empresarial en las que participen sociedades incorporadas en terceros Estados, pero residentes a efectos fiscales en un Estado miembro y sujetas al Impuesto sobre Sociedades de dicho Estado. A este respecto, se apunta que cuando el Tribunal afirma en la citada sentencia que “si bien podría admitirse la imposición de requisitos de nacionalidad comunitaria o del EEE en un régimen comunitario armonizado, éstos no pueden ser establecidos unilateralmente por los Estados miembros en su normativa nacional”¹²⁹³, podría estar dejando la puerta abierta a considerar que la presencia de cláusulas de nacionalidad en el Derecho secundario de la UE sólo resultarían admisibles si la desigualdad de trato que introducen se encuentra justificada¹²⁹⁴.

Sin embargo, lo cierto es que nos encontramos ante un planteamiento cuya vigencia efectiva debe ser puesta en duda ya que, por una parte, la sentencia

constituidas con arreglo a la legislación de un Estado no miembro no podrían invocar la libertad de establecimiento, el TJUE ha admitido que, en el marco de una aportación de activos, la existencia de una posible restricción introducida por la legislación fiscal de un Estado miembro aplicable a la sociedad transmitente fuese analizada exclusivamente desde la óptica de la libre circulación de capitales (*vid. STJUE de 23 de enero de 2014, asunto C-164/12, DMC Beteiligungsgesellschaft mbH v. Finanzamt Hamburg-Mitte*, aps.34-38).

¹²⁹² En este sentido, *vid. BOULOGNE, F., Shortcomings in the..., op.cit.*, pp.32-38, quien entiende que el hecho de que una de las sociedades participantes en la operación haya sido constituida en un tercer Estado no resulta suficiente para justificar la existencia de una posible restricción a la libre circulación de capitales derivada de la no aplicación de las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE en sede de los socios de la sociedad transmitente o dominada cuando la sociedad en cuestión reside a efectos fiscales en un Estado miembro y está sujeta a su Impuesto sobre Sociedades, habida cuenta de que, en este tipo de supuestos, el movimiento de capitales se produciría exclusivamente en el seno de la Unión Europea como si de dos sociedades constituidas con arreglo a la legislación de un Estado miembro se tratase. De hecho, y aun cuando el TJUE ya ha tenido ocasión de afirmar que “(...) no cabe excluir que un Estado miembro pueda demostrar que una restricción de los movimientos de capitales, con destino a terceros países o procedentes de ellos, está justificada por una razón determinada, en circunstancias en las que dicha razón no supondría una justificación válida de una restricción de movimientos de capitales entre Estados miembros”, el citado autor entiende que incluso en aquellos supuestos en los que pueda considerarse que existe un movimiento de capitales desde o hacia un tercer Estado, no podría invocarse el mero hecho de que una de las sociedades participantes en la operación hubiese sido constituida con arreglo al ordenamiento de un Estado no miembro para justificar la posible restricción a la libre circulación de capitales.

¹²⁹³ *Vid. STJUE de 30 de septiembre de 2003, asunto C-299/02, Comisión Europea v. Países Bajos*, ap.24.

¹²⁹⁴ Sobre esta cuestión, *vid. BOULOGNE, F., Shortcomings in the..., op.cit.*, pp.30-32.

anteriormente citada no se enmarca en el ámbito fiscal y, por otra parte, el TJUE no ha discutido la validez de las cláusulas o requisitos de nacionalidad presentes en normas comunitarias que se encuentran en vigor desde hace más de veinte años, tales como el Reglamento (CEE) n° 3921/91, de 16 de diciembre de 1991, por el que se determinan las condiciones de admisión de transportistas no residentes en los transportes nacionales de mercancías de personas por vía navegable en un Estado miembro¹²⁹⁵, o el Reglamento (CE) n° 1356/96, de 8 de julio de 1996, relativo a las normas comunes aplicables al transporte de mercancías o personas por vía navegable entre los Estados miembros con el fin de obtener la libre prestación de servicios en dicho transporte¹²⁹⁶.

Por otra parte, también se ha llamado la atención acerca de los obstáculos fiscales que en la actualidad siguen afectado a las fusiones transfronterizas entre organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM) establecidos en el territorio de los Estados miembros (cuyo marco legal se encuentra recogido en la Directiva 2009/65/CE¹²⁹⁷) ya que, en la medida en que se trata de entidades no cubiertas, con carácter general, por el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 2009/133/CE, nos encontramos ante operaciones que pueden llevar aparejadas consecuencias tributarias negativas para las propias entidades participantes (p.ej. en Estados miembros como Italia o Suecia) y, muy especialmente, para sus inversores (p.ej. en Estados miembros como Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Polonia, Portugal, o Suecia)¹²⁹⁸.

A este respecto, es importante tener presente que la mayoría de cláusulas de apertura que figuran en el anexo de la Directiva 2009/133/CE pivotan sobre el concepto de “sociedad” (p.ej. en el caso de Alemania, Bélgica, Dinamarca, Francia, Luxemburgo, o Países Bajos) o bien emplean el término “entidad”/“persona jurídica”, pero exigen que su actividad sea de carácter industrial o comercial (p.ej. Italia o Portugal). De este modo, y aun cuando se impone la necesidad de hacer un análisis del caso concreto, parece que de las diferentes formas que pueden revestir los OICVM, a saber, forma contractual (fondos comunes de inversión gestionados por una sociedad de gestión) o de trust (*unit trust*), o forma estatutaria (sociedad de inversión)¹²⁹⁹, sólo estas últimas podrían verificar *a priori* el requisito previsto en el artículo 3, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE. Asimismo, también pueden plantearse problemas a la hora de determinar el Estado miembro de residencia a efectos fiscales del OICVM en cuestión (p.ej. en aquellos supuestos en los que la sociedad de gestión esté establecida en un Estado miembro diferente al de constitución del fondo de inversión); de ahí que las

¹²⁹⁵ DOCE n° L 373, de 31 de diciembre de 1991, p.1.

¹²⁹⁶ DOCE n° L 65, de 13 de julio de 1996, p.7.

¹²⁹⁷ Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM). DOUE n° L 302 de 17 de noviembre de 2009, p.32.

¹²⁹⁸ En este sentido, *vid.* XUEREB, S., “Addressing the tax consequences of UCITS IV cross-border mergers in Europe: extending the Merger Directive as a solution? Part 1”, *European Taxation*, vol.52, n°5, 2012, pp.215-216.

¹²⁹⁹ *Vid.* artículo 1.3 de la Directiva 2009/65/UE.

legislaciones fiscales domésticas de algunos Estados miembros como Irlanda, Luxemburgo, o Países Bajos dispongan que un OICVM debe ser considerado residente a efectos fiscales en el Estado miembro cuyas autoridades competentes hayan autorizado su constitución y funcionamiento en aplicación de lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva 2009/65/UE. Por último, la cuestión relativa al cumplimiento del requisito relativo a la sujeción al Impuesto sobre Sociedades contemplado en el artículo 3, apartado c) de la Directiva 2009/133/CE tampoco resulta pacífica si tenemos en cuenta la gran casuística existente en el ámbito de estas entidades, algunas de las cuales no están sujetas al Impuesto sobre Sociedades sino que tributan en régimen de atribución de rentas, mientras que otras se encuentran sujetas al impuesto pero pueden resultar exentas si se cumplen determinadas condiciones¹³⁰⁰.

Por ello, y frente a la posición sostenida por la Comisión Europea de abordar esta problemática a través de la jurisprudencia del TJUE¹³⁰¹ (planteamiento que, no obstante, puede resultar útil para eliminar supuestos de discriminación en el tratamiento fiscal por parte de los Estados miembros de las fusiones de OICVM a nivel doméstico y transfronterizo), algunos estudios han puesto de manifiesto la necesidad de garantizar la neutralidad fiscal de estas operaciones (tanto a nivel de los propios OICVM como en sede de sus partícipes¹³⁰²) y eliminar las divergencias en su tratamiento fiscal por parte de las legislaciones domésticas de los Estados miembros, bien mediante la extensión del ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE¹³⁰³, o bien a través de una norma específica de Derecho positivo europeo inspirada en el contenido de ésta última¹³⁰⁴.

¹³⁰⁰ Sobre esta cuestión, *vid.* BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, pp.75-76.

¹³⁰¹ *Vid.* COMISIÓN EUROPEA, *Libro Blanco sobre la mejora del marco del mercado único de fondos de inversión*, COM(2006) 686 final, de 15 de noviembre de 2006, pp.7-8, donde se afirmaba que “por lo que se refiere al régimen fiscal de las fusiones transfronterizas de OICVM, la Comisión considera preferible basarse en la jurisprudencia pertinente del Tribunal Europeo de Justicia. Esta vía parece más prometedora que la presentación de propuestas de armonización fiscal, que requerirán el respaldo unánime de 27 Estados miembros”.

¹³⁰² De hecho, las legislaciones fiscales domésticas de algunos Estados miembros como Francia ya garantizan de forma unilateral la neutralidad fiscal de estas operaciones de fusión transfronteriza entre OICVM.

¹³⁰³ En favor de esta posibilidad, aunque resaltando las dificultades inherentes a la extensión del régimen de neutralidad fiscal contemplado en la Directiva 2009/133/CE a los OICVM, no sólo por lo que respecta a la necesaria ampliación de su ámbito de aplicación subjetivo sino también en relación con el cumplimiento de alguno de los requisitos previstos por dicha norma como, por ejemplo, el relativo a la vinculación efectiva de los elementos patrimoniales transmitidos con un establecimiento permanente localizado en el Estado miembro de la entidad transmitente (cuyo cumplimiento no parece posible dada la naturaleza de los OICVM y la separación existente entre dichas entidades y su sociedad gestora), *vid.* XUEREB, S., “Addressing the tax consequences of UCITS IV cross-border mergers in Europe: extending the Merger Directive as a solution? Part 2”, *European Taxation*, vol.52, nº6, 2012, pp.297-300.

¹³⁰⁴ Ciertamente, esta apuesta por una Directiva fiscal específica pivota, más allá de las particularidades inherentes a la naturaleza de estas entidades jurídicas, sobre el hecho de que la problemática fiscal que afecta a los OICVM en el ámbito comunitario no se agota en el ámbito de las operaciones de fusión transfronteriza sino que extiende a otras cuestiones que, apreciadas en conjunto, terminan por limitar la viabilidad efectiva de la Directiva 2009/65/CE. En este sentido, y a título de ejemplo, podría señalarse el funcionamiento de las estructuras de fondos principal-subordinado o “*master-feeder structures*” (especialmente en relación con la falta de neutralidad fiscal de las operaciones de transformación de un determinado fondo en principal o subordinado, o de los repartos transfronterizos de dividendos desde el fondo principal a los subordinados), o las posibles consecuencias tributarias negativas derivadas de un

En definitiva, si observamos las formas societarias explícitamente contempladas actualmente en el anexo de la Directiva 2009/133/CE, así como las fórmulas generales y “cláusulas de apertura” previstas en relación con algunos Estados miembros, podría decirse que, a diferencia de su versión previa a la reforma operada por la Directiva 2005/19/CE, permite dar cobertura a la gran mayoría de empresas que llevan a cabo su actividad en el seno de la UE, de forma tal que las operaciones de reorganización empresarial en las que participen podrán beneficiarse del régimen de neutralidad fiscal (siempre, claro está, que se dé cumplimiento al resto de requisitos previstos en la citada norma), con el consiguiente incremento de sus niveles de productividad y competitividad.

De este modo, y aunque todavía pueden encontrarse entidades jurídicas nacionales sujetas al Impuesto sobre Sociedades en algunos Estados miembros que no figuran en la lista recogida en el anexo de la Directiva 2009/133/CE, a pesar de su importancia en sectores empresariales concretos (p.ej. determinados tipos de *partnerships*)¹³⁰⁵, lo cierto es que su ámbito de aplicación subjetivo debe ser calificado como amplio (p.ej. si lo comparamos con el de las disposiciones contenidas en la Directiva 2017/1132/UE en materia de fusiones y escisiones transfronterizas) y, por tanto, en nuestra opinión, no parece que la limitación de las formas societarias cubiertas sea el principal problema que presenta la fórmula empleada por la Directiva, más allá de posibles cuestiones conflictivas puntuales que pudieran plantearse desde la óptica de la libertad de establecimiento (o incluso desde la perspectiva de la libre circulación de capitales) en relación con aquellas entidades jurídicas que, a pesar de cumplir los requisitos previstos en los apartados b) y c) del artículo 3 de la Directiva 2009/133/CE no figuran en la lista recogida en su anexo¹³⁰⁶.

cambio de la residencia fiscal del fondo de inversión hacia el Estado miembro donde se localiza la residencia fiscal de su sociedad gestora. Sobre esta cuestión, *vid.* EFAMA/KPMG, *Analysis of the Tax Implications of UCITS IV*, 2010, pp.4-29 (el documento resulta accesible a través del enlace <http://www.efama.org/Publications/Public/UCITS/EFAMAKPMGTaxReportUCITSIV2010.pdf>).

¹³⁰⁵ En este sentido, *vid.* MAISTO, G., “Shaping EU Company...”, *op.cit.*, p.288. Ahora bien, lo cierto es que la Directiva 2009/133/CE permite dar cobertura a diversas entidades jurídicas nacionales tipo “*partnership*” tales como la “*open commanditaire vennootschap*” neerlandesa, o la “*betéti társaság*” propia del Derecho húngaro (*vid.* BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, p.19). Además, conviene recordar que no es infrecuente que las legislaciones societarias domésticas de los Estados miembros no permitan a este tipo de entidades jurídicas participar en operaciones de reorganización transfronteriza, tal y como sucede, por ejemplo, en Eslovenia (*vid.* ZORMAN, G., JANEZIC, K., *op.cit.*, p.599).

¹³⁰⁶ No obstante, algunos autores como BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, p.48, se han mostrado partidarios de eliminar el requisito previsto en el artículo 3, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE al presentar importantes problemas de compatibilidad con la libertad de establecimiento, la libre circulación de capitales, el principio comunitario de igualdad, así como con la cláusula anti-discriminación contemplada en el artículo 24.1 del MCOCDE y que ha sido trasladada a un buen número de CDIs suscritos por los Estados miembros.

2.1.2. Los problemas de flexibilidad asociados al uso de una lista cerrada como instrumento para delimitar el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 2009/133/CE y las divergencias entre las formas societarias cubiertas en función del Estado miembro en cuestión

Un problema intrínseco al uso de una lista cerrada o *numerus clausus* de formas societarias como mecanismo al servicio de la delimitación del ámbito de aplicación subjetivo de una norma de Derecho de la UE radica en su falta de flexibilidad, no sólo ante el surgimiento de nuevas formas societarias, tanto nacionales como europeas, sino también ante posibles cambios de criterio por parte de los Estados miembros en relación con figuras societarias que, aun existiendo en el momento de elaboración de la norma en cuestión, fueron excluidas inicialmente de su ámbito de aplicación. De este modo, en cualquiera de los supuestos anteriormente comentados se impondría la necesidad de aprobar una nueva norma europea en la que se contemplase la modificación de la citada lista, con todo el coste en tiempo y en recursos que tal procedimiento lleva aparejado; todo ello, sin mencionar cómo, en el caso de nuevas figuras societarias, se generaría un poco deseable “gap” temporal entre el momento de su creación y el momento en el que podrían comenzar a beneficiarse de las disposiciones del texto normativo en cuestión¹³⁰⁷. En este sentido, ya hemos visto como la extensión del régimen de neutralidad fiscal previsto en la Directiva 90/434/CEE a formas societarias surgidas con posterioridad a su aprobación (p.ej. la Sociedad Anónima Europea, creada en el año 2001, o la Sociedad Cooperativa Europea, creada en el año 2003), así como a otras figuras societarias nacionales excluidas inicialmente de su ámbito de aplicación (p.ej. sociedades cooperativas o mutuas de seguros) tuvo que esperar hasta la aprobación de la Directiva 2005/19/CE.

Evidentemente este problema se manifestará en su grado máximo en aquellos supuestos en los que la lista en cuestión opte por referirse exclusivamente de forma nominativa a los tipos societarios cubiertos por el ámbito de aplicación subjetivo de la norma de que se trate (más aún si tenemos en cuenta que su interpretación debe ser restrictiva¹³⁰⁸), y se verá aliviado por la introducción de “cláusulas de apertura” o el uso de fórmulas más genéricas¹³⁰⁹. A este respecto, lo cierto es que la Directiva 2009/133/CE, ya desde su versión original, se caracteriza por el uso de una técnica

¹³⁰⁷ En este sentido ya se había manifestado el Abogado General Mazák en sus Conclusiones presentadas el 25 de junio de 2009, asunto C-247/08, *Gaz de France – Berliner Investissement SA v. Bundeszentralamt für Steuern*, aps.33-34.

¹³⁰⁸ En este sentido, *vid.* STJUE de 1 de octubre de 2009, asunto C-247/08, *Gaz de France – Berliner Investissement SA v. Bundeszentralamt für Steuern*, ap.38.

¹³⁰⁹ De hecho, el Comité Económico y Social Europeo ya puso de manifiesto en su Dictamen sobre la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 90/434/CEE, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, COM (2003) 613 final, CESE 312/2004, de 25 de febrero de 2004, epígrafe 5.1, que “convendría generalizar la cláusula que prevé que toda nueva forma de sociedad instituida por un Estado miembro se añadirá automáticamente a la lista aneja a la Directiva en la que figuran los tipos de sociedades de cada Estado miembro, lo que permitiría resolver los problemas que podrían plantearse en caso de no adaptarse esta lista”.

mixta o heterogénea a la hora de fijar las entidades jurídicas nacionales que pueden beneficiarse de sus disposiciones en la medida en que la fórmula empleada por el legislador europeo varía en función del Estado miembro en cuestión, pudiendo ir desde la denominación explícita de los tipos societarios cubiertos (Austria, República Checa, Estonia, Grecia, Letonia, Hungría, Malta, Polonia, Rumanía, Eslovenia, República Eslovaca, Finlandia, o Suecia), hasta la incorporación implícita por referencia genérica a las sociedades constituidas de acuerdo su ordenamiento nacional (Lituania o Portugal)¹³¹⁰, pasando por una fórmula intermedia consistente en nombrar los principales tipos societarios cubiertos y añadir una “cláusula de apertura” que, a través de una referencia al Derecho doméstico, permite flexibilizar y ampliar el ámbito de sociedades cubiertas por la Directiva (Alemania, Croacia, Bélgica, Dinamarca, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo o Países Bajos)¹³¹¹.

Por lo que respecta a las “cláusulas de apertura” previstas en el anexo de la Directiva 2009/133/CE en relación con determinados Estados miembros, cabría apuntar que, si bien presentan fórmulas diversas, lo más común es que extiendan el ámbito de aplicación de la Directiva a las sociedades constituidas con arreglo a la legislación doméstica del Estado en cuestión y sujetas a su Impuesto sobre Sociedades (Alemania, Bélgica, Croacia, Dinamarca, Francia, Luxemburgo, o Países Bajos)¹³¹². Ciertamente, este tipo de cláusulas contribuyen a ampliar el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva, aun cuando siguen requiriendo que la entidad jurídica en cuestión se

¹³¹⁰ Nótese, sin embargo, como la fórmula empleada por la Directiva 2009/133/CE en relación con dichos Estados miembros presenta ligeras variaciones, de forma tal que: a) en el caso de Lituania, podrían acceder al régimen de neutralidad fiscal todas las sociedades constituidas de conformidad con su Derecho nacional; y b) en el caso de Portugal, se hace referencia a todas las sociedades mercantiles o civiles con forma mercantil, así como otras personas jurídicas que ejerzan actividades comerciales, que estén constituidas de conformidad con el Derecho portugués.

¹³¹¹ A este respecto, nótese como la misma técnica “mixta” empleada en la Directiva 2009/133/CE también se observa en el anexo I de la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (BICCIS), de 25 de octubre de 2016, COM(2016) 683 final, así como en el anexo I de la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible común del impuesto sobre sociedades, de 25 de octubre de 2016, COM(2016) 685 final. En este sentido, y aun cuando con carácter general puede afirmarse la existencia de una coincidencia entre las formas societarias que pueden acceder a los beneficios de la Directiva 2009/133/CE y las cubiertas por el ámbito de aplicación subjetivo de las citadas Propuestas, cabría apuntar la mayor amplitud de este último en los casos de Austria (que, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de la Directiva 2009/133/CE, incorpora un cláusula de apertura que permite dar cobertura a “otras sociedades constituidas con arreglo al Derecho austriaco y sujetas al impuesto sobre sociedades austriaco”), Bulgaria, Eslovaquia, Eslovenia, Polonia y República Checa.

¹³¹² Por tanto, en estos Estados miembros, tan sólo quedarían fuera del ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 2009/133/CE aquellas formas societarias nacionales que, habiendo sido constituidas conforme a su Derecho nacional no estuviesen sujetas al Impuesto sobre Sociedades. En este sentido, podría traerse a colación la “*société en commandite simple*” propia del Derecho luxemburgués ya que, por una parte, no figura en la lista recogida en el apartado p), de la parte A del anexo I de la Directiva 2009/133/CE y, por otra parte, no queda cubierta por la cláusula de apertura que se inserta al final de la misma en la medida en que no está sujeta al Impuesto sobre Sociedades (“*impôt sur la revenu des collectivités*”) en virtud del artículo 175 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades luxemburguesa, y el artículo 11 *bis* de la Ley de modificación fiscal de 16 de octubre de 1934 (*Steueranpassungsgesetz*). Sobre los caracteres jurídicos y fiscales de esta entidad *vid.* MULLNAIER, J., VAN KUIJK, F., CAYREL E., STAES, M., “The impact of the limited partnership reform on the Luxemburg unregulated funds industry”, *Tax Notes International*, vol.74, nº4, 2014, pp.367-377.

constituya bajo la forma societaria. Por su parte, la redacción de la cláusula de apertura en el caso danés presenta la particularidad de exigir, no sólo que se trate de sociedades sujetas al Impuesto sobre Sociedades, sino que la renta imponible de las mismas “se calcule y grave conforme a las disposiciones generales en materia tributaria aplicables a las «*aktieselskaber*» [sociedades anónimas]”, lo que dejaría fuera a aquellas sociedades que pudieran acogerse a regímenes fiscales especiales del impuesto no aplicables a las sociedades anónimas.

Sin embargo, también es posible encontrar “cláusulas de apertura” de mayor amplitud, tal y como sucede en los casos de Irlanda e Italia. En relación con el primer Estado miembro, tan sólo se exige que las sociedades hayan sido constituidas o reconocidas de conformidad con su Derecho nacional, con independencia de que estén o no sujetas al Impuesto sobre Sociedades irlandés; mientras que por lo que respecta al segundo Estado miembro, ni siquiera se exige la presencia de forma societaria al extenderse la aplicación de la Directiva 2009/133/CE a “las entidades públicas y privadas cuya actividad sea íntegra o principalmente de carácter comercial” (el subrayado es nuestro). Nos encontramos pues, en el caso italiano, ante una cláusula de apertura que, aun cuando la exigencia a dichas entidades de un carácter comercial podría limitar en parte su amplitud, ha sido calificada por la doctrina como “extremadamente amplia”¹³¹³.

Ciertamente, la presencia de fórmulas genéricas y cláusulas de este tipo en el anexo de la Directiva 2009/133/CE constituye un arma de doble filo ya que, por una parte, amplían el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva y contribuyen a evitar posibles conflictos desde la óptica de la libertad de establecimiento pero, por otra parte, podrían introducir un “plus” de complejidad tanto a la hora de planificar la operación como desde la óptica de su tratamiento fiscal por parte de las autoridades tributarias de los Estados miembros de residencia de las sociedades participantes en la operación (abriendo la puerta al planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el TJUE acerca de la interpretación del Derecho doméstico¹³¹⁴), en la medida en que podrían surgir dudas y conflictos de interpretación acerca de si una determinada entidad jurídica extranjera tiene encaje en la fórmula genérica o en la cláusula de apertura prevista en el anexo de la Directiva en relación con el Estado miembro conforme a su legislación fue constituida¹³¹⁵.

A este respecto, una de las cuestiones que también se ha planteado pivota sobre el alcance del término “sociedad” en los diferentes Estados miembros ya que, tal y como se ha apuntado por parte de la doctrina, tanto la Directiva Fiscal de Fusiones como la Directiva Matriz-Filial y la Directiva de Intereses y Cánones emplean en sus

¹³¹³ En este sentido, *vid.* AURELIO, M., *op.cit.*, p.346.

¹³¹⁴ Así lo entiende, en el ámbito de la Directiva Matriz-Filial, MAISTO, G., “Current issues on...”, *op.cit.*, p.5, si bien la reflexión de este autor resultaría aplicable al ámbito de la Directiva 2009/133/CE en el medida en que ambas normas europeas contienen en sus respectivos anexos cláusulas de apertura y fórmulas genéricas de delimitación de su ámbito de aplicación subjetivo prácticamente idénticas en relación con los diferentes Estados miembros.

¹³¹⁵ En este sentido, *vid.* HELMINEN, M., *EU Tax Law...*, *op.cit.*, p.188; o AURELIO, M., *op.cit.*, p.346.

diferentes versiones lingüísticas los términos “*company*” (inglés), “*société*” (francés), “*vennootschap*” (holandés), “*gesellschaft*” (alemán) como sinónimos cuando, en realidad, no presentan exactamente el mismo significado atendiendo al Derecho nacional de los diferentes Estados miembros¹³¹⁶, e incluso pueden observarse diferencias entre el alcance que el término “sociedad” presenta en un determinado párrafo del anexo de la Directiva y en el Derecho societario doméstico del Estado miembro al que se refiere el párrafo en cuestión¹³¹⁷.

Así, en Alemania, Francia, y Países Bajos los términos “*gesellschaft*”, “*société*” y “*vennootschap*” se refieren a un concepto propio de Derecho civil que presenta una suerte de carácter omnicompreensivo, frente al sistema del *common law* propio del Reino Unido que diferencia, especialmente a efectos fiscales, entre “*companies*” (con personalidad jurídica) y “*partnerships*” (sin personalidad jurídica). Ciertamente, la diferencia que se establece en el sistema del *common law* entre “*companies*” y “*partnerships*” no puede equiparse a la distinción entre sociedades personalistas y sociedades de capital que realizan los ordenamientos de Alemania, Francia, y Países Bajos pues, entre otras cuestiones, ambas son meras subespecies que se engloban dentro del concepto de sociedad. De este modo, los “*partnerships*” quedarían fuera del ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 2009/133/CE si atendemos a la versión en inglés de la Directiva, y dentro si tomásemos como referencia, por ejemplo, sus versiones en alemán, francés u holandés¹³¹⁸.

Por ejemplo, si un *partnership* constituido en el Reino Unido, residente fiscal en Francia y sujeto al Impuesto sobre Sociedades francés, participa en una operación de reorganización empresarial transfronteriza como entidad transmitente o dominada, y siendo la sociedad beneficiaria o dominante una sociedad cubierta por el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 2009/133/CE, las autoridades francesas tendrían *a priori* dos opciones a la hora de determinar si deben proceder al diferimiento del gravamen de las plusvalías latentes: si usan la versión en francés de la Directiva, el *partnership* inglés podría quedar cubierto por la misma al encajar en la definición de “*sociétés constituées conformément au droit du Royaume-Uni*” (contemplada en el apartado bb) del anexo I, parte A, de la Directiva) y, por ende, mediando el cumplimiento de los demás requisitos fijados por la norma comunitaria, la operación podría beneficiarse de las disposiciones de la Directiva Fiscal de Fusiones; por el contrario, si las autoridades tributarias francesas optasen por la versión en lengua

¹³¹⁶ A este respecto, no puede perderse de vista que el TJUE ya ha tenido ocasión de afirmar que las diversas versiones lingüísticas de los textos de Derecho comunitario son auténticas por igual y que, por tanto, “la interpretación de una disposición de Derecho comunitario supone una comparación de las versiones lingüísticas” (vid. STJUE de 6 de octubre de 1982, asunto C-283/81, *Srl CILFIT y otros v. Ministero della sanità*, ap.18).

¹³¹⁷ En relación con esta última cuestión, se ha apuntado que en el apartado s) del anexo I de la Directiva 2009/133/CE las sociedades cooperativas “*coöperatie*” se encuentran englobadas bajo el concepto de “sociedades de Derecho neerlandés” cuando, desde la óptica del Derecho societario doméstico de los Países Bajos, las cooperativas se conciben como un tipo de asociación (“*vereniging*”) y no como una sociedad (“*vennootschappen*”) propiamente dicha (vid. BOULOGNE, F., *Shortcomings in the..., op.cit.*, p.15).

¹³¹⁸ Sobre esta cuestión, vid. FIBBE, G.K., *op.cit.*, pp.96-99.

inglesa de la Directiva podrían denegar la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a la operación al entender que el *partnership* no queda cubierto por su ámbito de aplicación subjetivo, al no encajar en la definición de “*companies incorporated under the law of the United Kingdom*”. Sin embargo, a nuestro juicio, y teniendo en cuenta que la lista contenida en el anexo de la Directiva 2009/133/CE proyecta su eficacia hacia el exterior (y no hacia el interior) del Estado miembro en cuestión, parece que, en el ejemplo anterior, las autoridades tributarias francesas deberían tomar como referencia la versión en lengua inglesa de la Directiva al objeto de determinar si el *partnership* encaja o no en el concepto de “*company*” de acuerdo con la legislación societaria doméstica del Reino Unido.

En cualquier caso, y al objeto de evitar la problemática anteriormente referida, algunos autores han apuntado la posibilidad de introducir en la Directiva 2009/133/CE una definición del término “sociedad” en línea con la recogida en el artículo 3.1, apartado b) del Modelo de Convenio OCDE¹³¹⁹, o bien sustituir el uso del término “sociedad” por el de “entidad”, en la medida en que este último presenta un carácter más neutro¹³²⁰. La primera de las opciones apuntadas permitiría eliminar los problemas derivados de la distinción entre “sociedades de personas” (*partnerships*) y “sociedades” (*companies*) propia de los sistemas del *common law*, habida cuenta de que una interpretación del artículo 3.1, apartado b) del MCOCDE a la luz de lo establecido en el párrafo 2 de los Comentarios al citado precepto¹³²¹, tan sólo dejaría extramuros del término “sociedad” a los *partnerships* que resultasen transparentes a efectos fiscales, dando cobertura a todas aquellas entidades sujetas al Impuesto sobre Sociedades con independencia de que careciesen de personalidad jurídica o no persiguiesen un fin lucrativo¹³²².

Sin embargo, en nuestra opinión, a los efectos de la aplicación de la Directiva 2009/133/CE no resulta estrictamente necesario introducir una definición propia del término “sociedad”, pues nos encontramos ante un concepto que la propia comunitaria se encarga de acotar en su artículo 3. Ahora bien, en la medida en que pueden existir ciertas tensiones, no sólo por lo que respecta al alcance del término “sociedad” en los Estados miembros de tradición romano-germánica y en los Estados miembros del

¹³¹⁹ El citado precepto define el término “sociedad” como “cualquier persona jurídica o cualquier entidad que se considere persona jurídica a efectos impositivos”.

¹³²⁰ Sobre esta cuestión, *vid.* BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, pp.20-22.

¹³²¹ En concreto, el párrafo 2 de los Comentarios al artículo 3 del MCOCDE dispone que “la definición del término “persona” contenida en la letra a) no es en absoluto exhaustiva y deberá interpretarse en un sentido muy amplio (véanse en particular los artículos 1 y 4). La definición menciona expresamente a las personas físicas o naturales, las sociedades y las agrupaciones de personas. Del significado atribuido al término “sociedad” en la definición contenida en la letra b) se deduce que el término “persona” comprende, además, cualquier otra entidad que, aun cuando no esté constituida formalmente, sea tratada como tal a efectos impositivos. Así, una fundación –*fondation, Stiftung*–, por ejemplo, puede quedar cubierta por el término “persona”. Las sociedades de personas – *partnerships*– se considerarán personas ya sea porque entran dentro de la definición de “sociedad”, ya sea porque constituyen otras agrupaciones de personas”.

¹³²² Nótese como, en este punto, la definición prevista en el artículo 3.1, apartado b) del MCOCDE resulta más amplia que la contenida en el artículo 54 del TFUE.

common law, sino también por su diferente significado en un determinado párrafo del anexo de la Directiva y en el Derecho societario doméstico del Estado miembro al que se refiere dicho párrafo, parece que la solución más adecuada pasaría porque la Directiva emplease el término “entidad” (*entity*) en lugar del de “sociedad” (*company*). Ciertamente, el carácter omnicompreensivo del término “entidad”, que el propio TJUE ha tenido ocasión de definir en alguna ocasión como el “conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio”¹³²³, contribuiría a evitar los problemas anteriormente referidos al dar cobertura tanto a los *partnerships* que no son considerados “sociedades” (*companies*) en los Estados miembros del *common law*, como a aquellas entidades jurídicas contempladas en el anexo de la Directiva que no pueden ser calificadas *stricto sensu* como sociedades desde la perspectiva de la legislación societaria doméstica del Estado miembro en cuestión.

Por otra parte, también conviene llamar la atención acerca de la existencia de asimetrías en la aplicación de la Directiva 2009/133/CE derivadas de la divergencia entre los tipos societarios cubiertos por su ámbito de aplicación en función del Estado miembro en cuestión, lo cual ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina¹³²⁴. A este respecto, podríamos identificar tres grandes tendencias dentro del conjunto de países de la Unión Europea: en primer lugar, tendríamos aquellos Estados miembros que optaron por una visión muy restrictiva de los tipos societarios susceptibles de poder beneficiarse de la Directiva 2009/133/CE, y cuya característica esencial reside en el uso de listas nominativas de escasa amplitud (p.ej. Austria, Eslovenia, España, Finlandia, Grecia, Letonia, Malta, Polonia, República Eslovaca, República Checa, o Rumanía); en segundo lugar, aquellos Estados miembros que optaron por una visión menos restrictiva aunque sin llegar a ser amplia, caracterizados también por el uso de listas nominativas pero de mayor amplitud (p.ej. Estonia, Hungría o Suecia); y, en tercer lugar, aquellos Estados miembros que han optado por una visión más laxa, y que se caracterizan por el uso de fórmulas generales o la incorporación de cláusulas de apertura que posibilitan el acceso de buena parte de su espectro societario a las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE (p.ej. Alemania, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Dinamarca, Francia, Irlanda, Italia, Lituania, Luxemburgo, Países Bajos, o Portugal).

No obstante, no debe perderse de vista que la lista contenida en el anexo de la Directiva 2009/133/CE tan sólo establece el conjunto “mínimo” de formas societarias nacionales de un Estado miembro a las que el conjunto de Estados miembros deberá

¹³²³ Vid. SSTJUE de 24 de enero de 2002, asunto C-51/00, *Temco Service Industries SA v. Samir Imzilyen y otros*, ap.22; de 2 de diciembre de 1999, asunto C-234/98, *G.C. Allen y otros v. Amalgamated Construction Co. Ltd*, ap.24; de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados C-173/96 (*Francisca Sánchez Hidalgo y otros v. Asociación de Servicios Aser, Sociedad Cooperativa Minerva*) y C-247/96 (*Horst Ziemann v. Ziemann Sicherheit GmbH, Horst Bohn Sicherheitsdienst*), ap.25; y de 11 de marzo de 1997, asunto C-13/95, *Ayse Sützen v. Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice, Lefarth GmbH*, ap.13.

¹³²⁴ En este sentido, vid. CALDERÓN CARRERO, J.M., MARTÍN JIMÉNEZ, A., *Derecho Tributario de...*, op.cit., p.306; o VAN DEN BRANDE, E., “The Merger Directive amended: the final version”, *EC Tax Review*, vol.14, nº3, 2005, p.120.

garantizar el acceso a las disposiciones de la Directiva (suponiendo que se cumplan los demás requisitos). De este modo, nada impide que los propios Estados miembros, a la hora de implementar el contenido de la norma europea a sus respectivos ordenamientos internos, hayan podido extender unilateralmente el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva Fiscal de Fusiones a formas societarias nacionales no contempladas en el anexo de la misma¹³²⁵ (con el consiguiente incremento del grado de heterogeneidad por lo que a la transposición de la Directiva 2009/133/CE se refiere). Ahora bien, y en la medida en que se trataría de formas societarias nacionales no recogidas en el anexo de la Directiva, los demás Estados miembros no tendrían la obligación de aplicar en sus respectivas jurisdicciones fiscales las disposiciones de la Directiva en relación con dichas formas societarias¹³²⁶.

Ciertamente, si partimos de la base de que la lista contenida en el anexo de la Directiva 2009/133/CE está diseñada más “de puertas a fuera” que “de puertas a dentro” parece que la adopción por parte de un determinado Estado miembro de una posición flexible al respecto favorecerá la participación de sus formas societarias nacionales en operaciones transfronterizas de reorganización empresarial, principalmente en el papel de sociedades transmitentes (imponiendo al Estado miembro donde residan la obligación de aplicar la regla de diferimiento o, en su caso, renunciar a sus derechos de gravamen sobre los establecimientos permanentes de dicha sociedad situados en otros Estados miembros y que formen parte del conjunto patrimonial transmitido¹³²⁷, siempre y cuando la sociedad o sociedades beneficiarias residente/s en otro/s Estado/s miembro/s también esté/n incluida/s en el ámbito de aplicación de la Directiva), pero

¹³²⁵ En este sentido, podría traerse a colación el caso de España por cuanto la restrictiva lista de formas societarias previstas en el apartado j) del anexo I, parte A de la Directiva 2009/133/CE contrasta con el extraordinariamente amplio ámbito de aplicación subjetivo del régimen fiscal especial previsto en el Capítulo VII del Título VII de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, que se extiende no sólo a todos los sujetos pasivos de dicho impuesto recogidos en su artículo 7.1, incluyendo a aquéllos que no tengan la forma jurídica de sociedad mercantil (*vid.* artículo 76.6), sino también a las personas físicas que lleven a cabo aportaciones de rama de actividad o aportaciones no dinerarias especiales en los términos previstos en el artículo 87 de la citada ley (sobre esta cuestión, *vid.* NAVARRO EGEA, M., “La fusión de...”, *op.cit.*, p.104). Así, por ejemplo, se admitiría la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a una operación de fusión entre una sociedad de inversión de capital variable y un fondo de inversión siempre que la operación en cuestión se realizase de acuerdo con lo establecido en la legislación societaria aplicable a la misma y se verificase el cumplimiento de las condiciones exigidas en los artículos 76 y siguientes de la Ley 27/2014 para la aplicación del régimen fiscal especial (*vid.* Consultas vinculantes de la DGT, de 10 de julio de 2015, V2116-15; y de 23 de octubre de 2015, V3258-15).

¹³²⁶ En este sentido, *vid.* AURELIO, M., *op.cit.*, p.345.

¹³²⁷ Por lo que respecta a la renuncia por parte del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente a sus derechos de imposición sobre los establecimientos permanentes de la sociedad transmitente situados en otros Estados miembros y que formen parte del conjunto patrimonial transmitido a una sociedad beneficiaria situada en otro Estado miembro, prevista en el artículo 10.1 de la Directiva 2009/133/CE, es importante tener presente que si el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente aplicase un sistema de imposición de beneficios globales, podría proceder al gravamen de los beneficios o ganancias de capital del establecimiento permanente puestas de manifiesto como resultado de la operación, siempre que “garantice que el impuesto, 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, del mismo modo y en igual cuantía que se habrían aplicado si el impuesto los hubiese gravado y se hubiese pagado” (artículo 10.2 de la Directiva 2009/133/CE).

también en el papel de sociedades beneficiarias (ya que, por una parte, si la sociedad o sociedades transmitentes está/n incluida/s en el anexo de la Directiva, el Estado/s miembro/s de su residencia deberá aplicar la regla de diferimiento, disminuyendo el coste asociado a la operación, y, por otra parte, el Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria deberá abstenerse de gravar cualquier posible plusvalía que pudiera surgir con motivo de la anulación de su participación en el capital de la sociedad transmitente).

Ahora bien, no debe perderse de vista que si dichas formas societarias nacionales residiesen en el territorio conforme a cuya legislación fueron constituidas, el Estado miembro en cuestión también se vería obligado a aplicar la regla de diferimiento cuando éstas actuasen como sociedades transmitentes, facilitando *a priori* la salida de sociedades nacionales de su territorio (p.ej. a través de una fusión por absorción llevada a cabo por una sociedad residente en otro Estado miembro y cubierta por el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 2009/133/CE), y abstenerse de gravar las posibles plusvalías puestas de manifiesto como resultado de la anulación de la participación en el capital de la sociedad transmitente no residente ostentada por la sociedad beneficiaria nacional.

A nuestro juicio, la configuración de una lista muy restrictiva de formas societarias que pueden beneficiarse de las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE con fines de corte “proteccionista”, llevaría asociadas consecuencias negativas para el Estado miembro que se hubiera decantado por esta opción¹³²⁸ ya que, aun cuando podría proceder al gravamen de las plusvalías de un mayor número de operaciones de reorganización empresarial transfronteriza en las que participasen sociedades nacionales residentes en su territorio (fundamentalmente en el papel de transmitentes¹³²⁹, pero también cuando actuasen como beneficiarias en relación con las posibles plusvalías surgidas como resultado de su anulación de su participación en el capital social de la transmitente), estaría obstaculizando la participación en estas operaciones de empresas nacionales constituidas bajo una forma societaria no cubierta, con independencia de que actuasen a título de transmitente/s o de beneficiaria/s.

Asimismo, no conviene perder de vista que la adopción por parte de un determinado Estado miembro de una visión restrictiva de las formas societarias nacionales con acceso al régimen de neutralidad fiscal previsto en la Directiva

¹³²⁸ En la misma línea, *vid.* PALAO TABOADA, C., “La modificación de la Directiva de Fusiones”, en ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., GONZÁLEZ GARCÍA, E., RAMALLO MASSANET, J., LEJEUNE VALCÁRCEL, E., YÁBAR STERLING, A. (coords.), *Estudios en homenaje al profesor Pérez de Ayala*, Dykinson, Madrid, 2007, p.842.

¹³²⁹ En este sentido, no puede perderse de vista que tratándose de una sociedad constituida con arreglo a la legislación de un Estado miembro, no cubierta por el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE, y residente fiscal en el mismo, dicho Estado miembro no tendría ni que aplicar la regla de diferimiento del gravamen de las plusvalías prevista en el artículo 4.1 de la Directiva ni, en su caso, renunciar, de acuerdo con lo establecido en el artículo 10.1 de la citada norma, a sus derechos de imposición sobre el establecimiento permanente que dicha sociedad tuviese en otro Estado miembro y que formase parte del conjunto patrimonial transmitido a una sociedad residente en otro Estado miembro, aunque esta última quedase cubierta por el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE.

2009/133/CE no impide, por una parte, que tenga que aplicar la regla del diferimiento en relación con las plusvalías surgidas en el marco de operaciones transfronterizas de reorganización empresarial en las que participen, a título de transmitente, formas societarias nacionales de otros Estados miembros que hubiesen optado por una visión más laxa a la hora de configurar la lista contenida en anexo de la Directiva y que fuesen residentes a efectos fiscales en su territorio o, en su caso, renunciar a sus derechos de gravamen sobre los establecimientos permanentes que dichas sociedades tuviesen en otros Estados miembros y que formasen parte del conjunto patrimonial transmitido a una sociedad residente en otro Estado miembro y también cubierta por el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE (salvo que resultase de aplicación la regla prevista en su artículo 10.2); y, por otra parte, que deba abstenerse de gravar las posibles plusvalías surgidas en sede de la sociedad extranjera residente a efectos fiscales en su territorio como resultado de la anulación de su participación en el capital social de la sociedad transmitente. En cualquier caso, parece evidente que la adopción de una visión restrictiva por parte de algunos Estados miembros acerca de los tipos societarios susceptibles de beneficiarse de las disposiciones de la Directiva Fiscal de Fusiones, más allá de sus posibles intereses particulares, repercute negativamente en la consecución de los objetivos de la norma comunitaria y, por ende, en el establecimiento y buen funcionamiento del mercado interior.

2.1.3. La falta de uniformidad entre las formas societarias nacionales cubiertas por la Directiva 2009/133/CE y por otras normas europeas en el ámbito de la fiscalidad directa

Otra de las cuestiones que cabría señalar en relación con el requisito previsto en el artículo 3, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE pivota sobre la presencia de algunas diferencias entre las formas societarias nacionales incluidas en la parte A de su anexo I y las contempladas en la parte A del anexo I de la Directiva 2011/96/UE, lo que se traduce en que dos normas de Derecho de la UE tan íntimamente relacionadas por lo que a sus objetivos se refiere, como son la Directiva Fiscal de Fusiones y la Directiva Matriz-Filial, presenten ámbitos de aplicación subjetivos no plenamente coincidentes en relación con determinados Estados miembros.

Así, en los casos de Bulgaria¹³³⁰, Grecia¹³³¹, España¹³³², Austria¹³³³, Polonia¹³³⁴, y Rumanía¹³³⁵, la lista de formas societarias contemplada en el anexo de la Directiva

¹³³⁰ Cfr. anexo I, parte A, apartado c) de la Directiva 2009/133/CE, y anexo I, parte A, apartado c) de la Directiva 2011/96/UE, donde queda de manifiesto que las sociedades de Derecho búlgaro denominadas “*неперсонифицирано дружество*” pueden acceder a los beneficios de la Directiva Matriz-Filial, pero no beneficiarse de las disposiciones de la Directiva Fiscal de Fusiones.

¹³³¹ Cfr. anexo I, parte A, apartado i) de la Directiva 2009/133/CE, y anexo I, parte A, apartado i) de la Directiva 2011/96/UE. Así puede comprobarse como, mientras la Directiva Fiscal de Fusiones limita su ámbito de aplicación subjetivo exclusivamente a las sociedades de Derecho helénico denominadas “*ανώνυμη εταιρεία*”, y “*εταιρεία περιορισμένης ευθύνης (Ε.Π.Ε.)*”, la Directiva Matriz-Filial lo extiende,

2009/133/CE es más restringida que la que figura en el anexo de la Directiva 2011/96/UE. Por el contrario, en algún caso puntual como el de Hungría¹³³⁶, la Directiva Fiscal de Fusiones presenta un ámbito de aplicación subjetivo más amplio que el la Directiva Matriz-Filial. Asimismo, también pueden encontrarse Estados miembros en los que resulta difícil llegar a una conclusión acerca de qué norma comunitaria presenta un ámbito de aplicación subjetivo más extenso, ya sea debido a la divergencia entre las fórmulas empleadas en sus respectivos anexos (p.ej. en el caso de Portugal¹³³⁷), o bien debido a la existencia de formas societarias nacionales que pueden beneficiarse de la Directiva 2009/133/CE pero no de la Directiva 2011/96/UE y viceversa (p.ej. en el caso de Suecia¹³³⁸).

no sólo a dichas figuras societarias sino también a “otras sociedades constituidas con arreglo al Derecho helénico sujetas al impuesto sobre sociedades helénico”.

¹³³² Cfr. anexo I, parte A, apartado j) de la Directiva 2009/133/CE, y anexo I, parte A, apartado j) de la Directiva 2011/96/UE. De este modo, puede observarse como la Directiva Fiscal de Fusiones da cobertura exclusivamente a las “sociedades anónimas”, “sociedades comanditarias por acciones”, “sociedades de responsabilidad limitada”, así como a las “entidades de Derecho público que operen en régimen de Derecho privado”, mientras que la Directiva Matriz-Filial permite que incluso “otras entidades constituidas con arreglo al Derecho español sujetas al impuesto sobre sociedades español” puedan beneficiarse de sus disposiciones.

¹³³³ Cfr. anexo I, parte A, apartado t) de la Directiva 2009/133/CE, y anexo I, parte A, apartado t) de la Directiva 2011/96/UE, donde queda de manifiesto como la Directiva Fiscal de Fusiones circunscribe su ámbito de aplicación subjetivo a las sociedades de Derecho austriaco denominadas “*Aktiengesellschaft*”, “*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*”, y “*Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften*”, frente a la Directiva Matriz-Filial que, no sólo da cobertura a dichas formas societarias, sino que extiende su ámbito de aplicación a las sociedades de Derecho austriaco denominadas “*Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit*”, “*Betriebe gewerblicher Art von Körperschaften des öffentlichen Rechts*”, “*Sparkassen*”, así como a otras sociedades constituidas con arreglo al Derecho austriaco sujetas al Impuesto sobre Sociedades austriaco.

¹³³⁴ Cfr. anexo I, parte A, apartado u) de la Directiva 2009/133/CE, y anexo I, parte A, apartado u) de la Directiva 2011/96/UE, en su versión modificada por la Directiva 2014/86/UE (DOUE n° L 219, de 25 de julio de 2014, p.40). De este modo, queda de manifiesto que las sociedades de Derecho polaco denominadas “*spółka komandytowo-akcyjna*” pueden acceder a los beneficios de la Directiva Matriz-Filial, pero no pueden beneficiarse de las disposiciones contempladas en la Directiva Fiscal de Fusiones, a pesar de estar sujetas al Impuesto sobre Sociedades polaco.

¹³³⁵ Cfr. anexo I, parte A, apartado w) de la Directiva 2009/133/CE, y anexo I, parte A, apartado w) de la Directiva 2011/96/UE, modificado por la Directiva 2014/86/UE. Así puede comprobarse como las sociedades de Derecho rumano denominadas “*societăți în nume colectiv*”, “*societăți în comandită simplă*”, tienen cabida en el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva Matriz-Filial, pero quedan al margen de las disposiciones de la Directiva Fiscal de Fusiones.

¹³³⁶ Cfr. anexo I, parte A, apartado q) de la Directiva 2009/133/CE, y anexo I, parte A, apartado q) de la Directiva 2011/96/UE, donde puede comprobarse como la Directiva Fiscal de Fusiones da cobertura a las sociedades de Derecho húngaro denominadas “*közhasznú társaság*” que, por el contrario no tienen acceso a las disposiciones de la Directiva Matriz-Filial.

¹³³⁷ Cfr. anexo I, parte A, apartado v) de la Directiva 2009/133/CE, y anexo I, parte A, apartado v) de la Directiva 2011/96/UE, donde se establece que la Directiva Fiscal de Fusiones se extenderá a las “sociedades mercantiles o las sociedades civiles con forma mercantil, así como otras personas jurídicas que ejerzan actividades comerciales o industriales, que estén constituidas de conformidad con el Derecho portugués” (el subrayado es nuestro), mientras que, por lo que respecta a la Directiva Matriz-Filial, se establece que podrán beneficiarse de sus disposiciones “las sociedades mercantiles o las sociedades civiles con objeto mercantil, las cooperativas y las empresas públicas constituidas de conformidad con el Derecho portugués” (el subrayado es nuestro).

¹³³⁸ Cfr. anexo I, parte A, apartado aa) de la Directiva 2009/133/CE, y anexo I, parte A, apartado aa) de la Directiva 2011/96/UE. De este modo, las sociedades de Derecho sueco denominadas “*försäkringsföreningar*” quedan cubiertas bajo el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva Matriz-

En nuestra opinión, y aun cuando por lo que respecta a la gran mayoría de Estados miembros existe una coincidencia total entre las formas societarias cubiertas por ambas normas comunitarias, las divergencias existentes entre el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva Fiscal de Fusiones y el de la Directiva Matriz-Filial resultan criticables, especialmente en aquellos casos en los que presentan una cierta amplitud (p.ej. en Austria, España o Grecia). A este respecto, es importante tener presente, por una parte, la naturaleza complementaria de estas normas europeas orientadas a eliminar los obstáculos fiscales que afectan negativamente a los procesos transfronterizos de cooperación y reorganización empresarial, no sólo en el momento de realización de la operación en cuestión sino también en relación con la estructura societaria resultante de la misma; y, por otra parte, la existencia de disposiciones en la Directiva 2009/133/CE, como la regla contenida en su artículo 7, que han sido adaptadas específicamente al contenido de la Directiva 2011/96/UE precisamente para evitar divergencias indeseadas entre las mismas y que operaciones similares en esencia pudiesen recibir por parte de los Estados miembros un tratamiento fiscal diferenciado debido a la forma en que estuviesen articuladas.

Por otra parte, si volvemos la vista hacia la otra gran norma europea en el ámbito de la fiscalidad directa, a saber, la Directiva 2003/49/CE, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros¹³³⁹, queda de manifiesto, por una parte, la existencia de una mayor divergencia entre las formas societarias contempladas en el anexo de esta norma y las recogidas en el anexo de la Directiva 2009/133/CE, y por otra parte, el hecho de que, en relación con una buena parte de los Estados miembros (p.ej. Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, o Suecia) su ámbito de aplicación subjetivo resulta más restrictivo que el de las Directivas 2009/133/CE y 2011/96/UE¹³⁴⁰, y sólo en casos aislados (p.ej. Chipre, Eslovenia, República Checa, o República Eslovaca) da cobertura a un mayor número de formas societarias que las Directivas anteriormente mencionadas. Ciertamente, esta situación se deriva, en gran medida, de la retirada de la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/49/CE relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros, COM (2003) 841 final, de 30 de

Filial, pero al margen de las disposiciones de la Directiva Fiscal de Fusiones, mientras que las sociedades de Derecho sueco denominadas “*bankaktiebolag*” se encuentran justamente en la situación contraria.

¹³³⁹ DOUE n° L 157, de 26 de junio de 2003, p.49. En este sentido, debemos tener presentes las modificaciones introducidas en su ámbito de aplicación subjetivo por la Directiva 2004/66/CE del Consejo, de 26 de abril de 2004, como consecuencia de la adhesión de la República Checa, Estonia, Chipre, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia (DOUE n° L 168, de 1 de mayo de 2004, p.35), por la Directiva 2006/98/CE del Consejo, de 20 de noviembre de 2006, como consecuencia de la adhesión de Bulgaria y Rumanía (DOUE n° L 363, de 20 de diciembre de 2006, p.129), y por la Directiva 2013/13/UE del Consejo, de 13 de mayo de 2013, con motivo de la adhesión de la República de Croacia (DOUE n° L 141, de 28 de mayo de 2013, p.30).

¹³⁴⁰ Nótese, asimismo, como la Directiva 2003/49/CE tampoco recoge en su anexo a la Sociedad Europea ni a la Sociedad Cooperativa Europea, sin perjuicio de que estas formas societarias de naturaleza europea ya puedan beneficiarse en la práctica de sus disposiciones en virtud de lo establecido en los artículos 9.1, apartado c), subapartado ii) y 10 del Reglamento (CE) n° 2157/2001.

diciembre de 2003, que, en línea con otras Propuestas presentadas ese mismo año para modificar y actualizar el contenido de las Directivas 90/434/CEE¹³⁴¹ y 90/435/CEE¹³⁴², tenía como uno de sus principales objetivos la ampliación del ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 2003/49/CE¹³⁴³ para dar cobertura a un mayor número de formas societarias nacionales, así como a la SE y a la SCE.

De este modo, podría afirmarse que, la retirada definitiva de dicha Propuesta en el año 2010¹³⁴⁴, ha dejado “congeladas” en el tiempo las formas societarias cubiertas por la Directiva 2003/49/CE con la consiguiente desconexión entre el ámbito de aplicación subjetivo de esta norma y el de las Directivas 2011/96/UE y 2009/133/CE. A nuestro juicio, la divergencia entre las formas societarias que pueden acceder a los beneficios de las normas europeas señaladas resulta criticable desde el punto de vista del establecimiento y correcto funcionamiento del mercado interior, especialmente por lo que respecta a la Directiva de Intereses y Cánones y a la Directiva Matriz-Filial, pues no debemos perder de vista que ambas comparten el objetivo de la lucha contra el fenómeno de la doble imposición asociada a los flujos transfronterizos de capital (ya sea bajo la forma de intereses y cánones o dividendos). No obstante, esta situación podría solucionarse si finalmente ve la luz la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros, COM (2011) 714 final, de 11 de noviembre de 2011¹³⁴⁵, por cuanto contempla una importante ampliación de las formas societarias contempladas en su anexo con el objetivo de homogeneizar, en la medida de lo posible, su ámbito de aplicación subjetivo con el de la Directiva Matriz-Filial¹³⁴⁶; lo cual, a su vez, invertirá la situación actual con respecto a la Directiva Fiscal de Fusiones, habida cuenta de que la lista de formas societarias recogidas en el anexo de esta última pasará a ser más restrictiva que la contemplada en el anexo de la Directiva de Intereses y Cánones en relación con un buen número de Estados miembros (p.ej.

¹³⁴¹ Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 90/434/CEE, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, de 17 de octubre de 2003, COM (2003) 613 final.

¹³⁴² Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 90/435/CEE relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, de 29 de julio de 2003, COM (2003) 462 final.

¹³⁴³ *Vid.* considerando nº4 de la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/49/CE relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros, de 30 de diciembre de 2003, COM (2003) 841 final.

¹³⁴⁴ DOUE nº C 252, de 18 de septiembre de 2010, p.7.

¹³⁴⁵ DOUE nº C 143, de 22 de mayo de 2012, p.46.

¹³⁴⁶ Nótese, sin embargo, que en relación con aquellos Estados miembros en los que la lista de formas societarias cubiertas por la Directiva 2003/49/CE es más amplia que la prevista en el anexo de la Directiva 2011/96/UE, no se llevarán a cabo modificaciones al considerarse “que las formas jurídicas que ya disfrutaban de las ventajas reconocidas por la Directiva, no deberían dejar de acogerse al régimen fiscal armonizado. De lo contrario se estarían traicionando sus expectativas legítimas y las sociedades se verían enfrentadas a los obstáculos fiscales que pretenden eliminar tanto el TFUE como la Directiva” (*vid.* apartado 3 de la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros, COM (2011) 714 final, de 11 de noviembre de 2011).

Austria, Bulgaria, Eslovenia, España, Grecia, Polonia, República Checa, República Eslovaca o Suecia).

En definitiva, y desde la óptica del buen funcionamiento del mercado interior, podría afirmarse que, aun cuando las principales formas societarias de los Estados miembros se encuentran cubiertas por el ámbito de aplicación subjetivo de las Directivas 2011/96/UE, 2009/133/CE, y 2003/49/CE, no parece adecuado que la elección por parte de los agentes económicos de una determinada forma societaria para canalizar su inversión o llevar a cabo su actividad pueda suponer, en ciertos casos, la renuncia a los beneficios de alguna de estas normas de Derecho de la UE debido a la falta de coordinación entre las listas de sociedades recogidas en sus respectivos anexos.

Por ello, y partiendo de la base de que la futura aprobación de la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros, COM (2011) 714 final, de 11 de noviembre de 2011, contribuirá de forma decisiva, no sólo a la extensión del actual ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 2003/49/CE, sino a su alineamiento con el de la Directiva 2011/96/UE, parece que el legislador europeo debería plantearse un movimiento en la misma dirección por lo que respecta a la Directiva 2009/133/CE. Ciertamente, si tenemos en cuenta, por una parte, lo expuesto anteriormente en relación con la “problemática” que puede presentar para los Estados miembros la existencia de una lista de formas societarias nacionales susceptibles de acceder al régimen de neutralidad fiscal excesivamente restrictiva en comparación con otros Estados miembros, y, por otra parte, el hecho de que un buen número de Estados miembros ya ha extendido de forma unilateral el ámbito de aplicación de la Directiva Fiscal de Fusiones a formas societarias nacionales que no figuran en el anexo de la misma, en nuestra opinión, no deberían existir grandes obstáculos para llegar a un acuerdo acerca de la ampliación de los tipos societarios que pueden beneficiarse de las disposiciones de la Directiva¹³⁴⁷.

De hecho, no han faltado voces dentro de las propias instituciones europeas¹³⁴⁸ y en la doctrina científica que abogan por la necesidad de “alinearse” los anexos de las principales normas de Derecho de la UE en materia de fiscalidad directa, a saber, las

¹³⁴⁷ Por ejemplo, en los casos de España y Grecia, debería extenderse, respectivamente, el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 2009/133/CE a “otras entidades constituidas con arreglo al Derecho español sujetas al impuesto sobre sociedades español” (siguiendo lo establecido en el anexo I, parte A, apartado j) de la Directiva 2011/96/UE, así como en la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros, COM (2011) 714 final), y a “otras sociedades constituidas con arreglo al Derecho helénico sujetas al impuesto sobre sociedades helénico” (tal y como lo hace el anexo I, parte A, apartado i) de la Directiva 2011/96/UE y la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros, COM (2011) 714 final).

¹³⁴⁸ A este respecto, podría traerse a colación el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 90/434/CEE, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, COM (2003) 613 final”, CESE 312/2004, de 25 de febrero de 2004, epígrafe 5.2.

Directivas 2011/96/UE, 2009/133/CE, y 2003/49/CE, con el fin de garantizar la consistencia acerca de los tipos societarios que pueden beneficiarse de sus disposiciones¹³⁴⁹.

2.2. La condición relativa a la residencia fiscal de las sociedades participantes en la operación

El segundo de los requisitos contemplados en el artículo 3 de la Directiva 2009/133/CE hace referencia a la necesidad de que las sociedades participantes en una de las operaciones de reorganización empresarial transfronterizas cubiertas por el ámbito de aplicación objetivo de la citada Directiva tengan su residencia fiscal en un determinado Estado miembro con arreglo a lo establecido en su normativa tributaria doméstica¹³⁵⁰ sin que, a tenor de lo establecido en un CDI celebrado con un tercer Estado, pueda considerarse que su residencia fiscal se sitúa fuera del territorio de la Unión Europea¹³⁵¹. A este respecto, cabría apuntar como, si bien el tenor literal del apartado b) del artículo 3 de la Directiva en su versión en español hace referencia al término “domicilio fiscal”, a imagen y semejanza de las versiones en lengua francesa (*domicile fiscal*), italiana (*domicilio fiscale*) y portuguesa (*domicílio fiscal*) de la norma comunitaria, a nuestro juicio resultaría más adecuado optar el uso del término “residencia fiscal” que figura en la versión en inglés de la Directiva (*resident for tax purposes*) al tratarse del concepto que emplea el propio MCOODE (lo que pone de manifiesto su mayor arraigo en el ámbito del Derecho fiscal internacional) y que, con carácter general, resultará determinante a la hora de determinar la sujeción de la sociedad en cuestión al Impuesto sobre Sociedades del correspondiente Estado miembro; todo ello, sin perjuicio de que, en la práctica, exista efectivamente una coincidencia entre el Estado miembro en el que una sociedad tiene su residencia y su domicilio fiscal (aportando este último concepto simplemente un plus de concreción

¹³⁴⁹ En este sentido, *vid.* RUSSO, R., OFFERMANN, R., *op.cit.*, p.252; o MAISTO, G., “Current issues on...”, *op.cit.*, p.7.

¹³⁵⁰ A este respecto, podría decirse que, con carácter general, la residencia fiscal de una sociedad en un determinado Estado miembro vendrá determinada por la concurrencia de requisitos tales como haber sido constituida con arreglo al ordenamiento de dicho Estado, o tener localizado dentro del mismo su domicilio social o su sede de dirección efectiva (*vid.*, a título de ejemplo, y en el caso de España, el artículo 8.1 de la LIS). De hecho, no conviene perder de vista que el artículo 4.1 del MCOODE aporta una buena aproximación a lo que significa ser residente de un determinado Estado al afirmar que esta expresión designa a “toda persona [incluidas sociedades y cualquier otra agrupación de personas] que, en virtud de la legislación de ese Estado, esté sujeta a imposición en el mismo en razón de su domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga, incluyendo también a ese Estado y a sus subdivisiones políticas o entidades locales. Esta expresión no incluye, sin embargo, a las personas que estén sujetas a imposición en ese Estado exclusivamente por la renta que obtengan de fuentes situadas en el citado Estado o por el patrimonio situado en el mismo”.

¹³⁵¹ *Vid.* artículo 3, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE.

acerca del lugar que se tomará como referencia para las relaciones entre sujeto pasivo y la Administración tributaria)¹³⁵².

De este modo, una sociedad A que, de acuerdo con lo establecido en la legislación fiscal de un Estado miembro X, tenga su residencia fiscal en dicho Estado (p.ej. por haber sido constituida con arreglo a su ordenamiento doméstico) pero que, a su vez, y con arreglo a lo dispuesto en la normativa tributaria de un Estado no miembro Y, también pueda ser considerada residente fiscal en dicho Estado (p.ej. por tener localizada en su territorio su sede de dirección efectiva), quedaría fuera del ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva Fiscal de Fusiones si en virtud de un CDI suscrito entre el Estado miembro X y el Estado no miembro Y se resuelve la cuestión de doble residencia en favor de este último; y ello, con independencia de que la sociedad en cuestión tuviese un establecimiento permanente localizado en un determinado Estado miembro y sujeto su impuesto sobre sociedades. A este respecto, es importante tener presente que, si bien el supuesto anteriormente planteado podía formularse a la inversa, esto es, una sociedad B que, por una parte, es considerada como residente fiscal en el Estado no miembro Y por haberse constituido de acuerdo con su ordenamiento y, por otra parte, también es considerada como residente fiscal en el Estado miembro X por tener situada en el mismo su sede de dirección efectiva, lo cierto es que, aun cuando el CDI suscrito entre ambos Estados resolviese la situación de doble residencia en favor del Estado miembro, la sociedad B no podría acceder a los beneficios de la Directiva 2009/133/CE al no cumplir el requisito previsto en su artículo 3, apartado a) relativo a las formas societarias nacionales de los Estados miembros cubiertas por su ámbito de aplicación subjetivo¹³⁵³.

Ahora bien, si el fenómeno de la doble residencia fiscal de una sociedad constituida de acuerdo con la legislación societaria de un Estado miembro se produjese entre dos Estados miembros diferentes; o entre un Estado miembro y un país tercero, sin que éstos hubieran firmado CDI alguno, se daría cumplimiento al requisito previsto en el artículo 3, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE por cuanto en ninguno de los supuestos apuntados se produciría una pérdida de las facultades impositivas de un Estado miembro en favor de terceros Estados¹³⁵⁴.

En cualquier caso, cabría señalar que, aun cuando el fenómeno de la doble residencia se resolviese en favor de un determinado Estado miembro en aplicación del CDI correspondiente, en todo caso deberá verificarse que se mantiene el carácter transfronterizo de la operación exigido por el artículo 1 de la Directiva 2009/133/CE¹³⁵⁵.

¹³⁵² En este sentido, *vid.* artículo 8.2 de la LIS.

¹³⁵³ Sobre esta cuestión, *vid.* HOFSTÄTTER, M., HOHENWARTER-MAYR, D., *op.cit.*, p.160.

¹³⁵⁴ Sobre esta cuestión, *vid.* CALDERÓN CARRERO, J.M., MARTÍN JIMÉNEZ, A., *Derecho Tributario de...*, *op.cit.*, p.307; TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., *European Tax Law*, *op.cit.*, pp.671-672; VANDE VELDE, I., *op.cit.*, p.96; o HELMINEN, M., *EU Tax Law...*, *op.cit.*, p.189.

¹³⁵⁵ En nuestra opinión, y con independencia de que una sociedad pueda satisfacer *a priori* el requisito de la residencia fiscal establecido por el artículo 3, apartado b), de la Directiva 2009/133/CE en dos Estados miembros, parece que la condición relativa al carácter transfronterizo de la operación contemplada en el artículo 1 de la Directiva exige que, a los efectos de verificar su cumplimiento, la sociedad en cuestión

Así, por ejemplo, el régimen de neutralidad fiscal no resultaría aplicable a una operación de fusión en virtud de la cual una sociedad anónima A constituida en el Estado miembro X, residente fiscal en su territorio y sujeta al Impuesto sobre Sociedades de dicho Estado miembro, absorbe a una sociedad anónima B, constituida en el Estado miembro Y pero con sede dirección efectiva en el Estado miembro X de forma tal que, planteado el problema de la doble residencia fiscal de la sociedad B, el CDI suscrito entre los Estados miembros X e Y fija su residencia fiscal en el primer Estado, eliminando de este modo el elemento transfronterizo de la operación¹³⁵⁶.

Por otra parte, y en relación con la finalidad perseguida por el requisito previsto en el artículo 3, apartado b) de la Directiva Fiscal de Fusiones, se ha apuntado que en ausencia del mismo podría ponerse en riesgo la protección de los derechos impositivos de un determinado Estado miembro sobre los beneficios y las plusvalías futuros de una de las sociedades participantes en la operación transfronteriza de reorganización empresarial en cuestión en favor de terceros Estados no miembros, impidiendo el correcto funcionamiento del sistema de diferimiento¹³⁵⁷. Asimismo, también se ha señalado que dicho requisito estaría orientado a combatir supuestos abusivos de “*Directive shopping*” por parte de sociedades que, más allá de haber sido constituidas formalmente con arreglo a la legislación de un determinado Estado miembro, se encuentran vinculadas fundamentalmente con terceros Estados (p.ej. por radicar en dichos Estados la dirección y el control del conjunto de sus actividades empresariales)¹³⁵⁸.

Sin embargo, para otros autores, el requisito contemplado en el artículo 3, apartado b) de la Directiva Fiscal de Fusiones no desempeña un papel relevante en la protección de los derechos de gravamen de los Estados miembros involucrados en las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial cubiertas por el ámbito de aplicación de la Directiva ni contribuye a evitar supuestos de fraude o la evasión fiscal, resultando suficientes a estos efectos la condición relativa a la sujeción al Impuesto sobre Sociedades en un Estado miembro prevista en el artículo 3, apartado c) de la

“sólo” pueda ser considerada residente a efectos fiscales en el Estado miembro designado por el CDI aplicable al caso concreto. Esta idea se encuentra ligada a una concepción de la residencia fiscal que exige sujeción impositiva plena en un determinado Estado miembro y que encuentra su fundamento en el párrafo 8.2 de los Comentarios al artículo 4.1 del MCOODE donde se afirma que la expresión “residente de un Estado contratante” vendría a excluir a aquellas sociedades “que no estén plenamente sujetas a imposición en un Estado contratante debido a que, aun siendo residentes de ese Estado en virtud de su normativa fiscal, se las considere residentes de otro Estado en virtud de lo dispuesto en un convenio celebrado entre ambos Estados”. Asimismo, y a este respecto, no puede perderse de vista que, en algunos Estados miembros como Dinamarca, el hecho de que una sociedad sea considerada residente a efectos fiscales en el territorio de otro Estado como consecuencia de la aplicación de un CDI, determina el cese automático de su condición de residente fiscal en dichos Estados miembros (sobre esta cuestión, *vid.* BOULOGNE, F., *Shortcomings in the... , op.cit.*, pp.52-53).

¹³⁵⁶ Ahora bien, como tendremos ocasión de señalar más adelante en este trabajo, incluso en estos supuestos de naturaleza interna podría resultar de aplicación el régimen de neutralidad fiscal previsto por la Directiva 2009/133/CE en virtud de una extensión unilateral de sus disposiciones por parte de los Estados miembros.

¹³⁵⁷ En este sentido, *vid.* TOMSETT, E., *op.cit.*, p.128.

¹³⁵⁸ En esta línea, *vid.* BERGMANN, S., “Dual residence and Directive shopping”, en HOFSTÄTTER, M., PLANSKY, P. (eds.), *Dual Residence in Tax Treaty Law and EC Law*, Linde, Viena, 2009, p.465.

Directiva y la cláusula anti-abuso contemplada en el artículo 15 de la Directiva. De hecho, a juicio de los mismos, el citado requisito no sólo no sirve a los fines anteriormente descritos sino que cierra la puerta del régimen de neutralidad fiscal a operaciones que presentan un importante vínculo con el mercado interior (p.ej. fusión por absorción de una sociedad constituida en el Estado miembro X, con sede de dirección efectiva en el Estado no miembro Y y residente a efectos fiscales en este último Estado en virtud del CDI suscrito entre X e Y, pero que lleva a cabo toda su actividad a través de un EP localizado en el Estado miembro X, por parte de una sociedad constituida en el Estado miembro Z cuya residencia a efectos fiscales se localiza también en el territorio de dicho Estado) y, por ende, se muestran partidarios de su eliminación¹³⁵⁹.

En nuestra opinión, y aun cuando debe reconocerse que la Directiva 2009/133/CE dispone de otros mecanismos para garantizar los derechos impositivos de los Estados miembros, así como que una adecuada interpretación de la cláusula prevista en el artículo 15.1 de la Directiva permitiría combatir potenciales supuestos de uso abusivo de la norma comunitaria por parte de sociedades residentes fiscales en terceros Estados (que cumpliesen los requisitos previstos en los apartados a) y c) del artículo 3 de la Directiva), cabría señalar como el requisito previsto el apartado b) del artículo 3 de la Directiva, por una parte, se encuentra estrechamente relacionado con el correcto funcionamiento de la regla de diferimiento prevista en el artículo 4.1 de la citada norma comunitaria y, por otra parte, contribuye a garantizar que el régimen de neutralidad fiscal se proyecte sobre operaciones de reorganización empresarial “genuinamente europeas”, de forma tal que únicamente puedan beneficiarse del mismo aquellas sociedades que presenten un vínculo “reforzado” con los Estados miembros (aunque no necesariamente con el mismo); todo ello, sin perjuicio de que la existencia de elementos vinculados a terceros Estados (p.ej. la presencia de socios residentes en Estados no miembros de la Unión Europea o de establecimientos permanentes localizados fuera del territorio comunitario) no determine *per se* la exclusión de la operación en cuestión del régimen de neutralidad fiscal. A este respecto, no puede perderse de vista que uno de los principales objetivos perseguidos por la Directiva 2009/133/CE, y plasmado en su Considerando nº 2, pivota precisamente sobre la eliminación de los obstáculos fiscales que afectan a las operaciones intra-comunitarias de reorganización empresarial con el fin de permitir que las empresas europeas puedan adaptarse a las exigencias del mercado interior, aumentar su productividad y mejorar su competitividad en plano internacional.

Por otra parte, algún autor ha cuestionado la compatibilidad con el Derecho primario de la UE del citado precepto (y, en consecuencia de su implementación por parte de las legislaciones domésticas de los Estados miembros) en la medida en que, a su juicio, podría impedir la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a aquellas operaciones de reorganización empresarial transfronterizas en las que una de las sociedades participantes tiene localizada su sede de dirección efectiva (*place of effective*

¹³⁵⁹ En este sentido, *vid.* BOULOGNE, F., *Shortcomings in the..., op.cit.*, pp.57-58.

management) en un Estado no miembro, restringiendo de forma injustificada su libertad de establecimiento. A este respecto, se alega que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 54 del TFUE, todas las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la UE debe poder beneficiarse del derecho de establecimiento previsto en el artículo 49 del TFUE. De este modo, el mero hecho de que su centro de dirección efectiva esté situado en el territorio de un tercer Estado no determina *per se* la inaplicación de la libertad de establecimiento a la sociedad en cuestión siempre, claro está, que se verifique el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 54 del TFUE (p.ej. si la sociedad fue constituida con arreglo al Derecho nacional de un Estado miembro y tiene localizada su sede social en dicho Estado miembro). Asimismo, también se apunta que el enfoque “restrictivo” adoptado por la Directiva 2009/133/CE en este punto contrasta con el planteamiento seguido por el legislador europeo en el plano del Derecho societario, habida cuenta de que el actual artículo 118 de la Directiva 2017/1132/UE permite dar cobertura a fusiones transfronterizas en las que participen sociedades de capital cuyas sedes de dirección efectiva estén situadas fuera del territorio de la UE¹³⁶⁰.

Ciertamente, desde la óptica de la libertad de establecimiento prevista en los artículos 49 y 54 del TFUE, podrían plantearse problemas en aquellos supuestos en los que un Estado miembro haya extendido el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE a supuestos estrictamente domésticos (alineando sus disposiciones internas con las previstas en la norma comunitaria) pero impida que operaciones transfronterizas de reorganización empresarial objetivamente comparables puedan acceder al régimen de neutralidad fiscal por el mero hecho de que alguna de las sociedades participantes tenga su sede de dirección efectiva en un Estado no miembro¹³⁶¹. En relación con esta cuestión, cabría señalar que algunos Estados miembros como España han decidido extender de forma unilateral, aunque sujeto a una serie de requisitos, el ámbito de aplicación del régimen de neutralidad fiscal a determinadas operaciones transfronterizas de reorganización empresarial en las que participen entidades residentes a efectos fiscales en un Estado no miembro de la UE¹³⁶², lo cual contribuye a mitigar en cierto modo los problemas anteriormente señalados.

Ahora bien, con independencia de lo dicho anteriormente, debe matizarse que el requisito previsto en el artículo 3, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE no excluye *stricto sensu* del ámbito de aplicación de la norma comunitaria a las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial en las que participen sociedades de los

¹³⁶⁰ Sobre esta cuestión, *vid.* KOLLRUSS, T., “Does the Merger Directive violate EU primary law by excluding EU companies having their place of effective management in a third country?”, *Intertax*, vol.43, nº8-9, 2015, pp.502-506.

¹³⁶¹ De hecho, KOLLRUSS, T., *op.cit.*, pp.505-506, entiende que, en determinados supuestos, una diferencia de trato de tal naturaleza no podría encontrar justificación en razones tales como la preservación de un reparto equilibrado de la potestad tributaria de los Estados miembros o el riesgo de evasión fiscal.

¹³⁶² *Vid.*, a título de ejemplo, el artículo 77.1, apartados d) y e) de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

distintos Estados miembros cuya sede de dirección efectiva se encuentre situada fuera de la UE, sino que se limita a exigir que éstas tengan su residencia fiscal “efectiva” en un Estado miembro, lo cual, como ya hemos señalado, resulta coherente con los objetivos perseguidos por la Directiva. De este modo, existen una serie de supuestos en los que la mera localización de la sede de dirección efectiva de una sociedad constituida con arreglo al Derecho nacional de un Estado miembro en un tercer Estado no determinaría *per se* su exclusión de los beneficios de la Directiva 2009/133/CE, a saber: a) si la normativa fiscal doméstica del tercer Estado no emplea el lugar de localización de la sede de dirección efectiva de la sociedad para atraer la residencia fiscal de ésta hacia su territorio; b) si no existe un CDI entre el Estado miembro cuya legislación fiscal doméstica establece que la sociedad en cuestión es residente fiscal en su territorio (p.ej. por haber sido constituida con arreglo a su Derecho nacional) y el tercer Estado que también la considera residente fiscal en su territorio por tener localizada en él su sede de dirección efectiva; o c) si el CDI suscrito entre el Estado miembro cuya legislación fiscal doméstica establece que la sociedad en cuestión debe ser considerada como residente fiscal en su territorio (p.ej. por haber sido constituida con arreglo a su ordenamiento) y el tercer Estado que también la considera residente fiscal en su territorio por tener localizada en él su sede de dirección efectiva resuelve el problema de la doble residencia fiscal en favor del Estado miembro de la UE¹³⁶³.

A este respecto, conviene recordar que el actual artículo 4.3 del MCOCDE (2017), en línea con lo establecido en la Acción 6 del Proyecto BEPS, ha sustituido el criterio tradicional para resolver los supuestos de doble residencia fiscal en favor del Estado en el que se encontrase situada la sede de dirección efectiva de la sociedad que figuraba en anteriores versiones del MCOCDE por un enfoque basado en el acuerdo amistoso entre las autoridades tributarias de los Estados implicados acerca de la residencia fiscal de la sociedad, para cuya adopción deberá tenerse en cuenta no sólo la localización de su sede de dirección efectiva, sino también su lugar de constitución, así como cualquier otro factor pertinente a estos efectos (p.ej. el lugar de realización de las reuniones del Consejo de administración).

Por tanto, en nuestra opinión, una cosa es que pueda llegar a plantearse la conveniencia de eliminar el requisito previsto en el artículo 3, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE con el fin de extender el ámbito de aplicación del régimen de neutralidad fiscal a operaciones de reorganización transfronteriza que presenten un menor nivel de vinculación o conexión con los diferentes Estados miembros, y otra bien distinta que pueda afirmarse de forma taxativa que el requisito contemplado en el citado precepto resulta incompatible con la libertad de establecimiento prevista en el artículo 49 del TFUE.

¹³⁶³ A este respecto, nótese que, por ejemplo, los CDIs suscritos por la República Checa con EEUU (artículo 4.5) y Canadá (artículo 4.3, apartado a) resuelven los supuestos de doble residencia fiscal en favor del Estado conforme a cuyo Derecho nacional se ha constituido la sociedad en cuestión (*vid. BOULOGNE, F., Shortcomings in the..., op.cit.*, pp.55-56).

2.3. La sujeción al Impuesto sobre Sociedades de un Estado miembro de las sociedades participantes en la operación

La tercera de las condiciones exigidas por el artículo 3 de la Directiva 2009/133/CE se refiere a que las sociedades participantes en la operación deben estar sujetas, sin posibilidad de opción y sin estar exentas, a uno de los impuestos enumerados en la parte B del anexo I de la Directiva (esto es, al Impuesto sobre Sociedades establecido por los diferentes Estados miembros bajo sus diferentes denominaciones nacionales), o a cualquier otro impuesto que los sustituyera (p.ej., en el caso de España, podría considerarse que, en cierto modo, el impuesto sobre sociedades exigido en los territorios forales de País Vasco o Navarra vendría a “sustituir” al Impuesto sobre Sociedades exigido en territorio común por lo que respecta a las sociedades en las que se verifiquen una serie de condiciones relativas a su domicilio social, volumen de operaciones, o localización de las mismas¹³⁶⁴)¹³⁶⁵.

A este respecto, cabría señalar, en primer lugar, como lo relevante a los efectos de la verificación del cumplimiento de este requisito es que la sociedad en sí misma se encuentre sujeta al Impuesto sobre Sociedades, con independencia de que los beneficios y plusvalías derivados de alguna de sus actividades pudieran resultar exentos¹³⁶⁶. De este modo, nos encontramos ante una concepción “subjetiva” de la condición contemplada en el artículo 3, apartado c) de la Directiva que pivota sobre la propia sociedad (frente a una hipotética visión “objetiva” del citado requisito que se centraría en las rentas percibidas por ésta) y que encontraría justificación en el paralelismo existente con la Directiva 2011/96/UE así como en el hecho de que las rentas puestas de manifiesto en sede de las sociedades participantes en la operación de reorganización empresarial en cuestión podrían estar no sujetas en un determinado Estado miembro y sujetas en otro Estado miembro¹³⁶⁷. Ahora bien, no debe perderse de vista como en el ámbito de la Directiva 2003/49/CE, la sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2019, en los asuntos acumulados C-115/16 (*N Luxembourg I*), C-118/16 (*X Denmark A/S*), C-119/16 (*C Danmark I*) y C-299/16 (*Z Denmark ApS*), ha optado por una

¹³⁶⁴ Vid. artículo 2 de la Norma Foral de Álava 37/2013, de 13 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades; artículo 2 de la Norma Foral de Vizcaya 11/2013, de 5 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades; artículo 2 de la Norma Foral de Guipúzcoa 2/2014, de 17 de enero, sobre el Impuesto sobre Sociedades; y artículo 2 de la Ley Foral Navarra 26/2016, de 28 de diciembre, del sobre el Impuesto sobre Sociedades en relación con el artículo 19 de la Ley 28/1990, de 26 de diciembre, por la que se aprueba el Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra.

¹³⁶⁵ Vid. artículo 3, apartado c) de la Directiva 2009/133/CE. A este respecto nótese como la Directiva 2003/49/CE, que comparte el tenor literal de los requisitos previstos en los apartados a) y b) artículo 3 de la Directiva Fiscal de Fusiones y en los subapartados i) y ii) del artículo 2, apartado a) de la Directiva Matriz-Filial, se aparta de lo establecido en las citadas normas, ampliando su ámbito de aplicación subjetivo, al dar cobertura a las sociedades sujetas, sin posibilidad de exención, al Impuesto sobre Sociedades de uno de los Estados miembros o a un impuesto idéntico o sustancialmente similar que se impusiere tras la fecha de entrada en vigor de la Directiva en sustitución o como complemento a dicho impuesto (vid. artículo 3, apartado a), sub-apartado iii) de la Directiva 2003/49/CE).

¹³⁶⁶ Sobre esta cuestión, vid. VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, op.cit., p.160.

¹³⁶⁷ En este sentido, vid. CALDERÓN CARRERO, J.M., MARTÍN JIMÉNEZ, A., *Derecho Tributario de...*, op.cit., p.307.

interpretación de corte objetivo del requisito relativo a la sujeción al impuesto previsto en su artículo 3, apartado a), subapartado iii), declarando su incumplimiento en un supuesto en el que, si bien la sociedad en cuestión (a saber, una sociedad de inversión de capital riesgo constituida con arreglo al Derecho luxemburgués) estaba sujeta y no exenta al Impuesto sobre Sociedades en Luxemburgo, los intereses percibidos por la misma quedaban efectivamente exentos del citado impuesto¹³⁶⁸.

Asimismo, y a la luz del tenor literal del artículo 3, apartado c) de la Directiva 2009/133/CE, no puede perderse de vista que el mero hecho de que la sociedad en cuestión (*a priori* sujeta al Impuesto sobre Sociedades) tuviese reconocida la facultad de optar por no tributar en concepto de alguno de los impuestos nacionales que gravan la renta societaria recogidos en el anexo de la Directiva impediría que la operación de reorganización empresarial en la que participase (como sociedad transmitente/dominada o beneficiaria/dominante) pudiese beneficiarse de sus disposiciones, aunque finalmente dicha sociedad no ejercitase la opción y tributase como sujeto pasivo de uno los impuestos anteriormente mencionados; todo ello, sin perjuicio de que, en este tipo de supuestos y realizando una extensión unilateral del ámbito de aplicación de la Directiva, la legislación fiscal doméstica del Estado miembro en cuestión permitiese a las sociedades que hubiesen optado por someter sus beneficios y plusvalías al Impuesto sobre Sociedades acceder al régimen de neutralidad fiscal¹³⁶⁹. La misma conclusión resultaría aplicable en relación con aquellas entidades que tuviesen reconocida la opción de quedar sujetas al Impuesto sobre Sociedades del Estado miembro en cuestión (en lugar de resultar transparentes a efectos de dicho impuesto), aun cuando hubiesen ejercitado dicha opción¹³⁷⁰.

A este respecto, es importante tener presente que, con anterioridad a la reforma operada por la Directiva 2005/19/CE, la práctica totalidad de las entidades jurídicas propias de los diferentes Estados miembros que podían optar entre ser consideradas como transparentes a efectos del Impuesto sobre Sociedades o tributar por el mismo ya quedaban fuera del ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 90/434/CEE al no figurar en la restrictiva lista de formas societarias nacionales recogida en su anexo. No obstante, la introducción por parte de la Directiva 2005/19/CE de numerosas cláusulas de apertura y fórmulas generales en el anexo de la Directiva 90/434/CEE como mecanismo de delimitación (y ampliación) de su ámbito de aplicación subjetivo vino a reforzar la importancia del requisito contemplado en el artículo 3, apartado c) de la Directiva por cuanto, si bien la mayoría de formas societarias nacionales que podían

¹³⁶⁸ Vid. STJUE de 26 de febrero de 2019, asuntos acumulados C-115/16 (*N Luxembourg I v. Skatteministeriet*), C-118/16 (*X Denmark A/S v. Skatteministeriet*), C-119/16 (*C Danmark I v. Skatteministeriet*) y C-299/16 (*Z Denmark ApS v. Skatteministeriet*), ap.153. Sobre el carácter controvertido de tal planteamiento y en tono crítico, vid. CALDERÓN CARRERO, J.M., “La jurisprudencia del TJUE sobre la aplicación de cláusulas antiabuso nacionales y «europeas» recogidas en las Directivas Matriz-Filial y de Intereses y Cánones: la importante doctrina sobre sociedades holding intermedias derivada de los «casos daneses»”, *Fórum Fiscal: la revista tributaria de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa*, nº256, 2019.

¹³⁶⁹ Sobre esta cuestión, vid. CHADEFaux, M., *op.cit.*, pp.229-230.

¹³⁷⁰ En este sentido, vid. BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, p.61.

optar entre someter sus beneficios y plusvalías al Impuesto sobre Sociedades o que éstos tributasen por el impuesto sobre la renta personal de sus socios no fueron incorporadas de forma nominativa al anexo de la Directiva 90/434/CEE¹³⁷¹, existía la posibilidad de que quedasen cubiertas por las amplias cláusulas de apertura o fórmulas genéricas previstas en el citado anexo en relación algunos Estados miembros.

En nuestra opinión, la exclusión de determinadas formas societarias nacionales del ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 2009/133/CE por el simple hecho de tener reconocido un derecho de opción que les permite tributar, bien por uno de los impuestos recogidos en la parte B del anexo I de la Directiva, o bien por otro impuesto diferente, no resulta adecuada desde la óptica de los objetivos perseguidos por la propia Directiva ni puede justificarse sobre la base de la protección de los intereses financieros de los Estados miembros, y más bien parece reflejar el interés de los Estados miembros de eludir la carga de verificar si una sociedad constituida con arreglo a la legislación de otro Estado miembro ha optado efectivamente por someterse al Impuesto sobre Sociedades¹³⁷².

Por ello, y en la medida en que lo particularmente relevante a efectos de la aplicación de la Directiva 2009/133/CE será si la forma societaria nacional está exenta o no del Impuesto sobre Sociedades, convendría plantearse la extensión de su ámbito de aplicación subjetivo a las formas societarias nacionales que hubiesen quedado sujetas (y no exentas) a uno de los impuestos contemplados en la parte B del anexo I de la Directiva en virtud del ejercicio del derecho de opción que les reconoce la legislación tributaria doméstica del Estado miembro en cuestión, tal y como ya se contemplaba en la Propuesta de Directiva de 1993¹³⁷³ o como se establece actualmente en la Directiva 2003/49/CE¹³⁷⁴. De hecho, este es el planteamiento por el que han optado algunos Estados miembros como los Países Bajos¹³⁷⁵. Ahora bien, tratándose de Estados miembros que contemplen la posibilidad de que las sociedades puedan ejercitar su derecho de opción con una cierta periodicidad temporal y por un periodo determinado

¹³⁷¹ A título de ejemplo, podría traerse a colación, entre otras, el caso de las “*sociétés en nom collectif*”, “*sociétés en commandite simple*”, y “*sociétés en participation*” propias del Derecho francés y que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 206.3 del CGI pueden optar por tributar en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades bajo determinadas condiciones establecidas en el artículo 239 CGI. Asimismo, es importante tener presente que la incorporación al anexo de la Directiva 90/434/CEE de las “*sociétés civiles*”, a saber, una de las formas societarias francesas que tradicionalmente ha podido optar por la tributación en el Impuesto sobre Sociedades, quedó limitada a aquéllas que quedasen “sometidas automáticamente al impuesto de sociedades” (Vid. anexo I, parte A, apartado k) de la Directiva 2009/133/CE).

¹³⁷² Una crítica de similar naturaleza, aunque en el ámbito del artículo 2, apartado a), supapartado iii) de la Directiva 2011/96/UE (cuyo tenor literal es idéntico al del artículo 3, apartado c) de la Directiva 2009/133/CE), puede encontrarse en MAISTO, G., “Shaping EU Company...”, *op.cit.*, p.289.

¹³⁷³ Vid. artículo 1 de la Propuesta de Propuesta de Directiva de 1993 antes citada.

¹³⁷⁴ Vid. artículo 3, apartado a), sub-apartado iii) de la Directiva 2003/49/CE.

¹³⁷⁵ A favor de esta opción interpretativa se ha mostrado VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, pp.161-163, quien apunta que, a efectos de una mayor claridad, la expresión “sin posibilidad de opción y sin estar exenta” (“*without the possibility of an option or of being exempt*”) que figura en el tenor literal del artículo 3, apartado c) de la Directiva 2009/133/CE debería ser reemplazada por la expresión “sin ejercitar cualquier opción de estar exenta” (“*without exercising any option to be exempt*”).

de tiempo, el hecho de que con posterioridad a la operación de reorganización empresarial en cuestión la sociedad beneficiaria pudiese ejercitar su opción de quedar exenta del Impuesto sobre Sociedades en el Estado miembro de la sociedad transmitente por lo que respecta a su establecimiento permanente localizado en el territorio de dicho Estado justificaría el gravamen de las plusvalías latentes que en su momento se beneficiaron de la aplicación de la regla de diferimiento prevista en la Directiva y que, como consecuencia del ejercicio del citado derecho de opción, podrían quedar definitivamente exentas de gravamen¹³⁷⁶.

Por otra parte, y aun cuando a la vista del tenor literal del artículo 3, apartado c) de la Directiva 2009/133/CE parece claro que debe denegarse el acceso a sus disposiciones a las formas societarias nacionales sujetas al Impuesto sobre Sociedades pero totalmente exentas del pago del mismo, se plantean dudas acerca de si esta misma conclusión resultaría aplicable en relación con aquellas sociedades que simplemente tuviesen la condición de parcialmente exentas, habida cuenta de que la Directiva no recoge tal distinción.

A nuestro juicio, y partiendo de una interpretación teleológica del citado precepto, no debería haber problema en admitir la aplicación de la Directiva Fiscal de Fusiones a aquellas formas societarias en las que la exención parcial del impuesto no se proyectase sobre rentas que pudiesen afectar al correcto funcionamiento de los mecanismos establecidos por la citada norma para garantizar la neutralidad fiscal de la operación de reorganización empresarial en cuestión así como los derechos de gravamen de los Estados miembros¹³⁷⁷. Ciertamente, si la exención parcial afectase, por ejemplo, a las plusvalías derivadas de la transmisión onerosa de elementos patrimoniales, se estaría alterando el funcionamiento del sistema de diferimiento con el consiguiente perjuicio para los intereses financieros del Estado miembro de la sociedad transmitente. Por ello, y al objeto de evitar posibles abusos, la clave residirá en la realización de un análisis del caso concreto acerca de las rentas, beneficio o plusvalías a las que se extiende la exención parcial en relación con la forma societaria nacional en cuestión.

Asimismo, también podría plantearse el problema de la inclusión en el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 2009/133/CE de aquellas formas societarias nacionales sujetas al Impuesto sobre Sociedades, sin posibilidad de opción y sin estar exentas, pero sometidas a un tipo de gravamen del 0% (p.ej. la “sociedad fiscal de inversión” neerlandesa (“*fiscale beleggingsinstelling*”) que de acuerdo con el artículo 28 de la Ley del Impuesto de Sociedades Neerlandés de 1969 (*Wet op de vennootschaps*

¹³⁷⁶ En este sentido, *vid.* VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.339.

¹³⁷⁷ En este sentido también se han pronunciado algunos autores como FIBBE, G.K., *op.cit.*, p.100, al entender que determinadas entidades jurídicas neerlandesas que sólo resultan parcialmente sujetas al impuesto sobre sociedades, tales como fundaciones (*stichting*) y asociaciones (*vereniging*), no deberían quedar fuera del ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva Fiscal de Fusiones y de la Directiva Matriz-Filial.

belasting 1969) está sujeta a un tipo de gravamen del 0%¹³⁷⁸). A este respecto, y aun cuando este tipo de formas societarias encajarían formalmente en el tenor literal del artículo 3, apartado c) de la Directiva Fiscal de Fusiones, lo cierto es que una interpretación del citado precepto acorde con su finalidad y alineada con la doctrina del TJUE en el asunto *Wereldhave Belgium Comm. VA y otros*¹³⁷⁹, nos llevaría a excluirlas de su ámbito de aplicación en la medida en que la aplicación de un tipo de gravamen del 0% desplegaría, en la práctica y desde el punto de vista de la garantía de los derechos de gravamen de Estados miembros sobre las plusvalías latentes diferidas, unos efectos similares a la exención del impuesto¹³⁸⁰.

En este sentido, cabría señalar como, en la citada sentencia el TJUE ya tuvo ocasión de señalar que el actual artículo 2, apartado a), subapartado iii) de la Directiva Matriz-Filial (cuyo tenor literal resulta idéntico al contemplado en el artículo 3, apartado c) de la Directiva Fiscal de Fusiones) formula, por una parte, un criterio de calificación positivo (relativo a la necesidad de que la sociedad en cuestión esté sujeta al impuesto de que se trate) y, por otra parte, un criterio de calificación de carácter negativo (relativo a la imposibilidad de que dicha sociedad esté exenta del mismo o tenga posibilidad de opción), lo cual, a juicio del Tribunal, debe interpretarse en el sentido de que tal precepto no sólo exige que la sociedad esté comprendida en el ámbito de aplicación del impuesto de que se trate, sino que pretende excluir igualmente las situaciones en las que exista la posibilidad de que, pese a estar sujeta a ese impuesto, la sociedad no se encuentre efectivamente obligada a abonarlo (tal y como sucedería en aquellos supuestos en los que, por aplicación de la normativa doméstica, dicha sociedad puede beneficiarse de un gravamen a tipo cero)¹³⁸¹.

¹³⁷⁸ Nótese como esta figura societaria, dedicada exclusivamente a actividades de inversión y sobre la que se imponen una serie de requisitos por lo que respecta al reparto de beneficios entre sus socios así como a la participación máxima que éstos pueden tener en la misma, no se encuentra recogida de forma nominativa en la lista que figura en el apartado s) del anexo I, parte A de la Directiva 2009/133/CE, si bien quedaría cubierta por la cláusula de apertura que se inserta al final de la misma cuando se refiere a “otras sociedades constituidas con arreglo al Derecho neerlandés y sujetas al impuesto de sociedades neerlandés”. Sobre esta cuestión, *vid.* MEUSSEN, G., “National Report: The Netherlands”, *Tax Competition in Europe, European Association of Tax Professors*, June 2002, p.8, (el documento resulta accesible a través del enlace <http://www.eatlp.org/uploads/Members/Netherlands02.pdf>).

¹³⁷⁹ STJUE de 8 de marzo de 2017, asunto C-448/15, *Wereldhave Belgium Comm. VA y otros v. Bélgica*.

¹³⁸⁰ En esta misma línea, y haciendo alusión a la interpretación histórica del artículo 3, apartado c) de la Directiva 2009/133/CE, *vid.* VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, pp.165-167. No obstante, debe tenerse presente que, aun cuando en alguna ocasión el TJUE se ha referido a la posibilidad de tener en cuenta, en su caso, el origen de las disposiciones del Derecho de la UE a la hora de precisar el alcance de su significado (*vid.*, a título de ejemplo, la STJUE de 22 de abril de 2015, asunto C-357/13, *Drukarnia Multipress sp. z o.o. v. Minister Finansów*, ap.22), lo cierto es que el método de la interpretación histórica presenta una importancia residual frente a la interpretación sistemática o a la interpretación teleológica de las normas comunitarias en virtud de la aplicación del principio de seguridad jurídica (*vid.* STJUE de 8 de junio de 2000, asunto C-375/98, *Epson Europe BV v. Ministério Público/Fazenda Pública*, ap.26).

¹³⁸¹ *Vid.* STJUE de 8 de marzo de 2017, asunto C-448/15, *Wereldhave Belgium Comm. VA y otros v. Bélgica*, aps.31-34. A este respecto, resultan ilustrativas las palabras del Abogado General M. Campos Sánchez-Bordona en sus Conclusiones presentadas el 26 de octubre de 2016, asunto C-448/15, *Wereldhave Belgium Comm. VA y otros v. Bélgica*, cuando afirma que “por definición, una «cuota cero» del impuesto sobre sociedades equivale a la ausencia plena de gravamen, es decir, a su completa

Ahora bien, en todo caso es importante tener presente que las formas societarias nacionales que no estén sujetas a ninguno de los impuestos recogidos en la parte B del anexo I de la Directiva 2009/133/CE (o a cualquier otro impuesto que los sustituyera) quedarán irremediabilmente fuera de su ámbito de aplicación subjetivo¹³⁸², tal y como sucede con una buena parte de los *partnerships*, lo cual ha sido objeto de críticas desde la presentación de la Propuesta de Directiva de 1969¹³⁸³ debido a la importancia de estas entidades jurídicas en determinados sectores empresariales, así como a la elevada carga fiscal que esto suponía para sus partícipes en aquellos supuestos en los que dichas entidades participaban en una operación de reorganización empresarial transfronteriza¹³⁸⁴.

En relación con esta cuestión, cabría señalar precisar que, aun cuando la Directiva 2009/133/CE no exige de forma explícita que los requisitos previstos en su artículo 3 deban ser satisfechos en el mismo Estado miembro, el tenor literal del Considerando nº10 de la Directiva 2005/19/CE parece apuntar en la dirección de que la condición prevista en el apartado c) del citado precepto y relativa a la sujeción de la sociedad en cuestión a uno de los impuestos contemplados en la parte B del anexo I de la Directiva deberá cumplirse en el Estado miembro en el que dicha sociedad tenga su residencia fiscal¹³⁸⁵. Ciertamente, el hecho de que la sujeción al Impuesto sobre

exoneración. Cuando a este resultado se llega por expresa disposición legal, que así lo ha prescrito *ex ante* y de modo permanente para una cierta categoría de entidades, sean cuales sean los beneficios que hayan recibido, no veo cómo negar que se trata de una verdadera exención de aquel tributo, en el sentido del artículo 2, letra c), de la Directiva 90/435” (ap.44).

¹³⁸² Sin embargo, este supuesto no puede confundirse con la situación en la que se encuentran aquellas entidades híbridas que, siendo sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades en su Estado miembro de residencia, son consideradas fiscalmente transparentes en otros Estados miembros ya que, en estos casos, sí que se daría cumplimiento al requisito previsto en el artículo 3, apartado c) de la Directiva 2009/133/CE, resultando de aplicación las disposiciones específicas que la propia Directiva contempla para este tipo de supuestos. Por el contrario, si la entidad híbrida en cuestión es considerada como transparente a efectos fiscales en todos los Estados miembros de la UE quedaría irremediabilmente fuera del ámbito de aplicación de la Directiva.

¹³⁸³ En este sentido, podría traerse a colación el Dictamen del Comité Económico y Social de 26 de junio de 1969, sobre la Propuesta de Directiva del Consejo relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones y aportaciones de activos entre sociedades de Estados miembros diferentes, apartado I.2 (DOCE nº C 100, de 1 de agosto de 1969, p.4).

¹³⁸⁴ En este sentido, *vid.* EUROPEAN COMMISSION, “Company taxation in the internal market”, *Commission Staff Working Paper*, SEC (2001) 1681, p.235, donde también se critica que la Directiva 2009/133/CE no dé cobertura a las operaciones en virtud de las cuales, un empresario individual (no sujeto al impuesto sobre sociedades) realiza una aportación de activos a una sociedad recibiendo en contrapartida títulos representativos del capital social de esta última. En este sentido, ya hemos apuntado cómo el legislador español contempla en el artículo 87.2 de la Ley 27/2014 la posibilidad de extender el régimen de neutralidad fiscal, sujeto al cumplimiento de una serie de requisitos, a las aportaciones de ramas de actividad efectuadas por contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o del Impuesto sobre la Renta de no Residentes que sean residentes a efectos fiscales en un Estado miembro de la Unión Europea, siempre que lleven su contabilidad de acuerdo con el Código de Comercio o legislación equivalente. En una línea similar, el artículo 151 *octies* B del CGI francés contempla un régimen de diferimiento de la tributación en relación con las aportaciones de títulos realizados por empresarios individuales a sociedades (sobre esta cuestión, *vid.* SERLOOTEN, P., *Droit fiscal des affaires*, 11ª Ed., Dalloz, Paris, 2012, p.525).

¹³⁸⁵ En este sentido, *vid.* VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, pp.150-151, 168, y 338; o, en una línea similar, CALDERÓN CARRERO, J.M., MARTÍN JIMÉNEZ, A., *Derecho Tributario de...*, *op.cit.*, p.308. De hecho, y partiendo de esta asunción, el propio VAN DEN BROEK ha

Sociedades no se proyecte necesariamente sobre el Estado miembro de constitución o incorporación de la sociedad en cuestión¹³⁸⁶ podría plantear algunos problemas de interpretación en relación con lo establecido en las cláusulas de apertura que figuran en la parte A del anexo I de la Directiva para Estados miembros como Alemania, Bélgica, Francia, Luxemburgo, o Países Bajos, en la medida en que extienden el ámbito de aplicación de la Directiva Fiscal de Fusiones a otras sociedades constituidas con arreglo sus respectivos ordenamiento internos y sujetas a sus respectivos impuestos sobre sociedades nacionales¹³⁸⁷.

De hecho, algunos autores han apuntado que una interpretación literal de dichas cláusulas de apertura resultaría errónea e incluso contraria a las Libertades Fundamentales en la medida en que nos conduciría a dos posibles situaciones inaceptables desde el punto de vista del TFUE: la primera de ellas consistiría en que las formas societarias constituidas originariamente en alguno de los Estados miembros anteriormente señalados pero no recogidas expresamente en el anexo de la Directiva 2009/133/CE, y sujetas a sus respectivos impuestos sobre sociedades nacionales, quedarían fuera de su ámbito de aplicación subjetivo desde el momento en que dejaran de estar sujetas al Impuesto sobre Sociedades de su Estado miembro de constitución/incorporación, por ejemplo, debido al traslado de su sede de dirección efectiva a otro Estado miembro, lo que supondría una restricción de su libertad de establecimiento; mientras que la segunda pivotaría sobre el hecho de que las formas societarias propias de los Estados miembros anteriormente mencionados no incluidas nominativamente en la lista que figura en el anexo de la Directiva sólo podrían acceder a sus beneficios (vía cláusula de apertura) si estuviesen sujetas al Impuesto sobre Sociedades del Estado miembro de su constitución, lo que daría lugar a la imposición de unos requisitos más estrictos que los que operan en relación con las formas societarias que se incluyen de forma explícita en la lista correspondiente a cada uno de estos Estados miembros (p.ej. la “*Aktiengesellschaft*” alemana, la “*société anonyme*” belga, francesa y luxemburguesa, o la “*naamloze vennootschap*” neerlandesa), por cuanto estas últimas quedarían cubiertas por el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 2009/133/CE de fusiones siempre que quedasen sujetas al Impuesto sobre Sociedades

apuntado que el requisito contemplado en el artículo 3, apartado c) de la Directiva 2009/133/CE no resulta adecuado para garantizar los derechos de gravamen de los Estados miembros y constituye un obstáculo fiscal innecesario a la realización de operaciones transfronterizas de reorganización empresarial, habida cuenta de que, en este ámbito, lo verdaderamente relevante no es que la sociedad beneficiaria esté sujeta (y no exenta) al Impuesto sobre Sociedades en su Estado miembro de residencia con carácter previo a la realización de la operación en cuestión sino que lo esté en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente por lo que respecta a su establecimiento permanente localizado en dicho territorio con posterioridad a la misma. A este respecto, se señala que, en la medida en que el artículo 4.2, apartado b) de la Directiva ya exige que el establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria al que quedan vinculados los elementos patrimoniales transferidos esté sujeto al impuesto en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente, el requisito previsto en el artículo 3, apartado c) podría ser eliminado, más aún si tenemos en cuenta que la cláusula prevista en el artículo 15 de la Directiva serviría para impedir el acceso al régimen de neutralidad fiscal de supuestos abusivos que comprometiesen los derechos de gravamen del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente.

¹³⁸⁶ En este sentido, *vid.* BELL, S., *op.cit.*, p.126; o HAMAEEKERS, H., *op.cit.*, p.9.

¹³⁸⁷ *Vid.* anexo I, parte A, apartados b), f), k), p) y s) de la Directiva 2009/133/CE.

de alguno de los Estados miembros, lo que daría lugar a una situación de discriminación no justificable¹³⁸⁸.

En nuestra opinión, podría decirse que las cláusulas de apertura que figuran en el anexo de la Directiva Fiscal de Fusiones en relación con Estados miembros como Alemania, Bélgica, Francia, Luxemburgo, o Países Bajos se orientan a dar cobertura de forma automática a nuevas figuras societarias nacionales surgidas al margen de las incluidas de forma explícita en sus respectivas listas, de forma tal que la exigencia de que dichas figuras societarias queden sujetas al Impuesto sobre Sociedades doméstico tan sólo actúa como una suerte de filtro en origen para impedir que determinadas entidades jurídicas puedan acceder a los beneficios de la Directiva 2009/133/CE (p.ej. la “*société en commandite simple*” propia del Derecho luxemburgués). De este modo, las formas societarias constituidas con arreglo al ordenamiento doméstico de alguno de los Estados miembros anteriormente citados (al margen de las explícitamente mencionadas en el anexo de la Directiva) y sujetas a sus respectivos impuestos sobre sociedades nacionales quedarían cubiertas por el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva Fiscal de Fusiones, aun cuando con posterioridad a su creación pudiesen quedar sujetas al Impuesto sobre Sociedades de otro Estado miembro.

3. La ausencia de requisitos por lo que respecta a los socios de las sociedades participantes en las operaciones de reorganización empresarial transfronteriza cubiertas por la Directiva 2009/133/CE

A diferencia del conjunto de requisitos exigidos por el artículo 3 de la Directiva 2009/133/CE a las sociedades participantes en las operaciones de reorganización empresarial cubiertas bajo su ámbito de aplicación para que éstas puedan beneficiarse del régimen de neutralidad fiscal, por lo que respecta a los socios de dichas sociedades¹³⁸⁹ la Directiva no establece ninguna condición acerca de su naturaleza, residencia fiscal o sujeción a una determinada figura impositiva¹³⁹⁰. Ciertamente, esto debe ser valorado de forma positiva en la medida en que, por una parte, elimina toda la problemática vinculada a las condiciones recogidas en el citado precepto y a la que ya hemos hecho referencia y, por otra parte, aporta flexibilidad a la aplicación de la

¹³⁸⁸ Sobre esta cuestión, *vid.* FIBBE, G.K., *op.cit.*, p.100; y AURELIO, M., *op.cit.*, 2006, p.346.

¹³⁸⁹ En este sentido, nótese como el término “socios” (*associés, shareholders, gesellschafter, soci, sócios*) es empleado por la Directiva Fiscal de Fusiones con un carácter genérico y omnicompreensivo que podrá referirse tanto a accionistas, partícipes, o asociados en función de la forma concreta que adopten las entidades jurídicas participantes en la operación. La misma consideración puede realizarse en relación con el término “sociedad” (*société, company, gesellschaft, società, sociedade*) empleado por la Directiva para definir su ámbito de aplicación, en la medida en que da cobertura a todas las entidades jurídicas contempladas en la parte A del anexo I a pesar de que algunas de ellas no encajarían *stricto sensu* en el concepto de sociedad tradicionalmente empleado en el plano de los Derechos societarios nacionales de los diferentes Estados miembros.

¹³⁹⁰ *Vid.* STJUE de 22 de marzo de 2018, asuntos acumulados C-327/16 (*Marc Jacob v. Ministre des Finances et des Comptes publics*) y C-421/16 (*Marc Lassus v. Ministre des Finances et des Comptes publics*), *aps.*38-41.

Directiva 2009/133/CE, contribuyendo a eliminar posibles obstáculos indirectos de naturaleza fiscal a la realización de estas operaciones. En este sentido, no puede perderse de vista que el establecimiento de requisitos relativos a los socios de las sociedades participantes en la operación podría determinar que algunos de estos socios quedasen al margen de los beneficios de la citada Directiva y, por ende, dificultar la aprobación de operaciones de reorganización empresarial transfronterizas económicamente ventajosas.

De este modo, podrían realizarse las siguientes consideraciones: 1) en primer lugar, y a falta de normas de Derecho europeo en la materia, la condición de socio vendrá determinada por la legislación societaria doméstica de los diferentes Estados miembros¹³⁹¹; 2) en segundo lugar, los socios podrán ser personas físicas¹³⁹², sociedades, asociaciones o incluso entidades jurídicas no sujetas a imposición (*non-taxable entities*)¹³⁹³, pues, a efectos de aplicación de la Directiva 2009/133/CE, nada se opone a que los socios estén exentos del impuesto correspondiente en su Estado de residencia fiscal o puedan disfrutar del derecho de opción¹³⁹⁴; y 3) en tercer lugar, los socios podrán ser residentes fiscales de un Estado miembro o residir fuera del territorio de la Unión Europea¹³⁹⁵.

Ahora bien, por lo que respecta a la última de las cuestiones apuntadas conviene matizar que una cosa es que la residencia fiscal de los socios no constituya un factor relevante para la aplicación de las disposiciones contenidas en la Directiva Fiscal de

¹³⁹¹ A este respecto, algunos autores como LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *op.cit.*, p.100, han apuntado que el régimen de neutralidad fiscal contemplado en la Directiva 2009/133/CE debería extenderse también a los socios que sean los usufructuarios de los títulos y no solamente a los propietarios de los mismos.

¹³⁹² No obstante, cabría señalar como, en un primer momento, algunos Estados miembros como Italia o Irlanda negaban los beneficios de la Directiva 90/434/CEE a los socios de las sociedades participantes en las operaciones de reorganización empresarial cuando éstos no presentaban un forma societaria (*vid. DELOITTE TOUCHE TOHMATSU INTERNATIONAL, op.cit.*, pp.14-15). Por su parte, y en relación con las operaciones de canje de valores, también Polonia excluía la aplicación de las disposiciones de la Directiva cuando los socios de la sociedad adquirida eran personas físicas (*vid. LEWICKI, T., "Exchanges of shares under Polish corporate income tax legislation : inconsistencies in implementation of the EC Merger Directive", Intertax, vol.49, n°11, 2009, p.531*).

¹³⁹³ En relación con esta cuestión, algunos autores como VAN BOEIJEN-OSTASZEWSKA, A., BURGERS, I.J.J., *op.cit.*, p.34, han apuntado que los establecimientos permanentes de sociedades residentes o incluso no residentes en territorio de la UE también deberían poder beneficiarse de las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE en su condición de socios de una sociedad participante en una operación de reorganización empresarial (como si de una persona física o de una sociedad se tratara) siempre, claro está, que se cumplan los requisitos previstos en la norma comunitaria y que la operación en cuestión no tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. A este respecto, entienden los citados autores que, aun cuando desde el punto de vista legal, los establecimientos permanentes no constituyen empresas independientes sino que dependen de una sociedad que tiene su sede en otro Estado, desde el punto de vista fiscal presentan una cierta independencia que permite que las sociedades no residentes puedan ser gravadas en el territorio del Estado miembro donde se encuentra localizado su establecimiento permanente por los beneficios imputables al mismo (*vid. artículo 7 del MCOCDE*).

¹³⁹⁴ Así lo entiende, *vid. NAVARRO EGEA, M., "La fusión de..."*, *op.cit.*, p.99.

¹³⁹⁵ En este sentido, *vid. CUSSONS, P., op.cit.*, p.109; LOYENS LEFEVRE RÄDLER (EUROPEAN TAX NETWORK), *op.cit.*, p.10; SANZ GADEA, E., "Régimen fiscal de las operaciones de reestructuración empresarial", *Noticias de la Unión Europea*, n°96, 1993, p.142; PAKARINEN, L., "Finnish Cross-Border Opportunities in Estonia", *Tax Notes International*, vol. 49, n°11, 2008, p.972; CALDERÓN CARRERO, J.M., "La regulación española...", *op.cit.*, p.41; VANDE VELDE, I., *op.cit.*, p.97; o TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., *European Tax Law, op.cit.*, p.672.

Fusiones a las sociedades participantes en una de las operaciones de reorganización empresarial transfronteriza cubiertas por su ámbito de aplicación objetivo¹³⁹⁶, y otra bien distinta que la eficacia de una norma de Derecho de la UE pueda proyectarse más allá de las fronteras del territorio comunitario. De este modo, si tenemos en cuenta que las operaciones de fusión, escisión (total o parcial), canje de acciones, o traslado transfronterizo del domicilio social de la SE o la SCE pueden dar lugar a consecuencias tributarias para los socios de la sociedad transmitente o adquirida no sólo en el Estado donde esté localizada su residencia fiscal sino también en el Estado miembro de residencia de dicha sociedad (en caso de ser distintos) como contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, tratándose de socios residentes fuera de la UE el efecto de las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE quedará limitado al Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente o adquirida¹³⁹⁷.

En todo caso, y aun cuando la condición de socio vendrá determinada por el Derecho societario nacional del Estado miembro de la sociedad en cuestión, es importante tener presente que, a falta de disposiciones específicas en la Directiva 2009/133/CE, los Estados miembros deberán abstenerse de imponer condiciones o requisitos que puedan limitar u obstaculizar el acceso al régimen de neutralidad fiscal por parte de los socios de las sociedades participantes en una de las operaciones de reorganización empresarial cubiertas por el ámbito de aplicación objetivo de la citada Directiva.

Por último, cabría señalar que, en la medida en que la realización de una operación transfronteriza de reorganización empresarial afecta a la posición de los socios de las entidades participantes en la misma, incluso en aquellos supuestos en los que la Directiva 2009/133/CE no resultase de aplicación a la operación en cuestión, tratándose de sociedades participantes establecidas en un Estado miembro, sus socios nacionales de otro Estado miembro de la UE podrían invocar el ejercicio de la libertad de establecimiento prevista en el artículo 49 del TFUE (cuando fueran titulares de una participación que les confiriese una influencia real en las decisiones de la sociedad y les permitiese determinar las actividades de ésta) o de la libre circulación de capitales contemplada en el artículo 63 del TFUE (cuando las participaciones son adquiridas con el único objetivo de realizar una inversión de capital sin intención de influir en la gestión y en el control de la empresa)¹³⁹⁸ como mecanismo de defensa frente a posibles medidas restrictivas o discriminatorias adoptadas por el Estado miembro de residencia de la sociedad en cuestión. De hecho, en este tipo de supuestos, incluso los socios nacionales de un Estado no miembro de la UE podrían, en su caso, invocar el artículo

¹³⁹⁶ Sobre esta cuestión, *vid.* BOIDMAN, N., *op.cit.*, p.351.

¹³⁹⁷ En este sentido, *vid.* BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, p.181; LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *op.cit.*, p.87; MAISTO, G., “Shaping EU Company...”, *op.cit.*, p.299; o IBFD, *Survey of the implementation of the EC Corporate Tax Directives*, IBFD, Amsterdam, 1995, p.26.

¹³⁹⁸ *Vid.*, entre otras, la STJUE de 13 de noviembre de 2012, asunto C-35/11, *Test Claimants in the FII Group Litigation v. Commissioners of Inland Revenue y The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs*, aps.91-92.

63 del TFUE o, siendo nacionales de un Estado miembro del EEE, el artículo 40 del AEEE¹³⁹⁹.

¹³⁹⁹ Vid. STJUE de 11 de junio de 2009, asunto C-521/07, *Comisión de las Comunidades Europeas v. Países Bajos*, aps.32-33. Sobre esta cuestión, vid. VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, pp.332-334.

CAPÍTULO VII. LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO DE LA DIRECTIVA 2009/133/CE

1. La naturaleza intra-europea de la operación de reorganización empresarial como elemento determinante de la aplicación de la Directiva 2009/133/CE

De acuerdo con lo establecido en el artículo 1 de la Directiva 2009/133/CE, su ámbito de aplicación objetivo se extiende, por una parte, a las operaciones de fusión, escisión (total o parcial), aportación de activos, y canje de acciones “en las que intervengan sociedades de dos o más Estados miembros”¹⁴⁰⁰ y, por otra parte, a los traslados del domicilio social de un Estado miembro a otro llevados a cabo por sociedades anónimas europeas (SE) o sociedades cooperativas europeas (SCE)¹⁴⁰¹. Por tanto, a la vista del citado precepto y en línea con la finalidad perseguida por la Directiva¹⁴⁰², queda patente que la naturaleza intra-europea de la operación se configura como uno de los elementos centrales sobre los que pivota la determinación del ámbito de aplicación objetivo de la Directiva 2009/133/CE¹⁴⁰³.

A este respecto, y en relación con el traslado del domicilio social de la SE y de la SCE, resulta evidente que el elemento transfronterizo de la operación vendrá dado por el hecho de que el lugar de origen y el lugar de destino sean diferentes Estados miembros de la UE. No obstante, en relación con el resto de operaciones cubiertas, lo cierto es que la fórmula empleada por la Directiva presenta un carácter más ambiguo e indeterminado, lo cual ha suscitado críticas entre la doctrina¹⁴⁰⁴. En este sentido, no puede perderse de vista que, si bien el artículo 3 de la Directiva 2009/133/CE establece las condiciones que deberán cumplir las sociedades participantes en la operación (ya sea a título de transmitente o dominada, o en el papel de beneficiaria o dominante) para ser consideradas como “sociedad[es] de un Estado miembro” a los efectos de la aplicación de la Directiva, no introduce ningún criterio para determinar de qué Estado miembro “son” las sociedades en cuestión (Estado miembro de constitución/incorporación v. Estado miembro de residencia fiscal v. Estado miembro de sujeción al impuesto sobre sociedades)¹⁴⁰⁵.

¹⁴⁰⁰ Vid. artículo 1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE.

¹⁴⁰¹ Vid. artículo 1, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE.

¹⁴⁰² Vid. Considerandos nº 2 a 4 de la Directiva 2009/133/CE.

¹⁴⁰³ Vid. VILLEMOT, D., “Le régime fiscal de faveur des fusions et des apports partiels d’actifs”, *Revue de Droit fiscal*, nº46, 1993, p.1833 y ss.

¹⁴⁰⁴ En este sentido, vid. MAISTO, G., “Shaping EU Company...”, *op.cit.*, p.297.

¹⁴⁰⁵ A este respecto, nótese que, en el plano del Derecho societario y tratándose de operaciones de fusión o escisión transfronteriza, la Directiva 2017/1132/UE resulta mucho más clara a la hora de delimitar su ámbito de aplicación objetivo en la medida en que establece que sus disposiciones se proyectarán sobre aquellas fusiones o escisiones de sociedades de capital constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y que tengan su domicilio social, su centro de efectiva administración o su principal establecimiento dentro de la UE, si al menos dos de las sociedades participantes en la operación están

De hecho, la posibilidad (ya apuntada) de que los requisitos previstos en el artículo 3 de la Directiva Fiscal de Fusiones no tengan que ser satisfechos en el mismo Estado miembro vendría a dificultar *a priori* la determinación del Estado miembro al que realmente “pertenece” la sociedad con el fin de verificar la presencia del elemento transfronterizo exigido por el artículo 1 de la citada Directiva¹⁴⁰⁶. Sin embargo, lo cierto es que atendiendo a los objetivos perseguidos por la Directiva 2009/133/CE, así como a las medidas contempladas en su articulado (especialmente la regla de diferimiento de las plusvalías latentes¹⁴⁰⁷, la transferencia de provisiones y reservas constituidas con exención total o parcial del impuesto¹⁴⁰⁸, o la asunción de las pérdidas no compensadas fiscalmente¹⁴⁰⁹), parece que para determinar si la operación de fusión, escisión (total o parcial), aportación de activos, o canje de acciones presenta un carácter intra-europeo a los efectos del artículo 1, apartado a) de la Directiva habrá que tener en cuenta el Estado miembro de residencia fiscal de la[s] sociedad[es] transmitente[s]/ dominada[s] y de la[s] sociedad[es] beneficiaria[s]/dominante[s], y no su Estado miembro de incorporación/constitución (tal y como se extraía del tenor literal del artículo 1 de la Propuesta de Directiva de 1969)¹⁴¹⁰.

Ciertamente, esta interpretación resulta coherente con la importancia que en el plano Derecho fiscal internacional se da al criterio de la residencia fiscal como elemento

sujetas a la legislación de Estados miembros diferentes (*vid.* artículos 118 y 160 *bis* de la Directiva 2017/1132/UE).

¹⁴⁰⁶ En este sentido, no cabe duda que si en una operación de reorganización empresarial de las definidas en el artículo 2 de la Directiva 2009/133/CE participan, por una parte, una sociedad anónima constituida en España, residente a efectos fiscales en España, y sujeta al Impuesto sobre Sociedades español y, por otra parte, una *société anonyme* constituida en Francia, residente fiscal en Francia, y sujeta al *Impôt sur les Sociétés* francés, se daría cumplimiento a los requisitos previstos en el artículo 3 de la Directiva y se verificaría la naturaleza transfronteriza de la operación exigida por el artículo 1 de la Directiva. Ahora bien, si en la operación en cuestión participase una *public limited company* constituida en Irlanda, residente a efectos fiscales en los Países Bajos, y sujeta al Impuesto sobre Sociedades neerlandés (*Vennootschapsbelasting*), y una *public limited company* constituida en Irlanda, residente a efectos fiscales en Irlanda, y sujeta al Impuesto sobre Sociedades irlandés (*Corporation tax*), tampoco parece que puedan existir dudas acerca del cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 3 de la Directiva, pero sí con respecto al carácter transfronterizo de la operación, en la medida en que ambas sociedades fueron constituidas con arreglo al Derecho nacional de Irlanda. Lo mismo podría decirse si en la operación en cuestión participase una *société à responsabilité limitée* constituida en Luxemburgo, residente a efectos fiscales en Alemania, y sujeta al Impuesto sobre Sociedades alemán (*Körperschaftsteuer*), y una *société anonyme* constituida en el Bélgica, residente a efectos fiscales en Alemania, y sujeta al Impuesto sobre Sociedades alemán (*Körperschaftsteuer*), habida cuenta de que, si bien ambas sociedades fueron constituidas de acuerdo con la legislación de Estados miembros diferentes, son residentes fiscales en el mismo Estado miembro.

¹⁴⁰⁷ *Vid.* artículos 4 y 10 de la Directiva 2009/133/CE.

¹⁴⁰⁸ *Vid.* artículo 5 de la Directiva 2009/133/CE.

¹⁴⁰⁹ *Vid.* artículo 6 de la Directiva 2009/133/CE.

¹⁴¹⁰ En este sentido, *vid.* LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *op.cit.*, p.82; y VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.172, quien apunta que la fórmula empleada por el artículo 1 de la Propuesta de Directiva de 1969, inspirada en el Derecho societario, y que circunscribía el ámbito de aplicación de la Directiva a las operaciones de fusión, escisión y aportaciones de activo en las que participasen sociedades “sujetas a la legislación nacional” de Estados miembros diferentes, fue objeto de críticas en su momento por no alinearse con los tratados fiscales internacionales; más aún si tenemos en cuenta que el artículo 3 de la citada Propuesta no exigía *stricto sensu* que dichas sociedades fuesen residentes a efectos fiscales en un Estado miembro, sino que estuviesen sujetas al Impuesto sobre Sociedades de alguno de los Estados miembros que por aquel entonces integraban la Comunidad Europea.

determinante para considerar a una sociedad de un Estado o de otro (p.ej. en materia de Convenios de Doble Imposición)¹⁴¹¹, y eliminaría los problemas que plantearía la aplicación de las medidas contempladas en los artículos 4, 5, o 6 de la Directiva si entendiésemos que la sociedad transmitente “pertenece” al Estado miembro de su incorporación (p.ej. en aquellos supuestos en los que la sociedad en cuestión fuese considerada por el CDI aplicable al caso residente fiscal en el Estado miembro en el que tiene localizada su sede de dirección efectiva, de forma tal que las disposiciones de la Directiva se estarían dirigiendo hacia un Estado que no sería competente para el gravamen de los beneficios de dicha sociedad¹⁴¹²), o al Estado miembro en el que se encuentra sujeta al Impuesto sobre Sociedades (p.ej. en aquellos supuestos en los que pudiera considerarse que la sociedad en cuestión está sujeta al impuesto en más de dos Estados miembros).

No obstante, frente a este planteamiento, algún autor ha objetado que, en la medida en que los Estados miembros emplean diferentes criterios para determinar la residencia fiscal y, por ende, una sociedad podría ser considerada como residente a efectos fiscales en dos o más Estados miembros, se impone la necesidad de establecer de forma más específica qué criterio debe prevalecer. A este respecto, se apunta que la opción de emplear la sede de dirección efectiva como elemento determinante para determinar de qué Estado “es” la sociedad en cuestión, presentaría dos grandes ventajas, a saber: a) nos encontramos ante una condición que, con carácter general, solo puede verificarse en un Estado miembro; y b) el lugar de localización de la sede de dirección efectiva es el criterio que emplean la mayoría de CDIs para dirimir los supuestos de doble residencia fiscal. Sin embargo, desde el momento en que no todos los CDI suscritos entre los Estados miembros siguen este criterio y que la propia redacción actual del citado artículo 4.3 del MCOCDE (en su versión de 2017) apuesta por el acuerdo amistoso entre las autoridades tributarias de los Estados implicados para resolver este tipo de supuestos sobre la base de un análisis caso por caso en el que la sede de dirección efectiva de la sociedad tan sólo se configura como uno de los elementos a tener en cuenta, su validez como criterio predominante a los efectos anteriormente señalados debe ser puesta en entredicho. Por ello, un enfoque que plantearía menores problemas consistiría en considerar que las sociedades con doble residencia “pertenecen” al Estado miembro en el que son consideradas como residentes a efectos fiscales en virtud de la aplicación del CDI suscrito entre los Estados miembros en cuestión¹⁴¹³.

¹⁴¹¹ A este respecto, *vid.* artículo 3 del Modelo de Convenio de la OCDE.

¹⁴¹² Un ejemplo ilustrativo acerca de la problemática que plantearía, desde la óptica del sistema de la Directiva 2009/133/CE y de la verificación del requisito contemplado en su artículo 1, entender que el Estado miembro al que “pertenecen” las sociedades participantes en una operación transfronteriza de reorganización empresarial es aquel conforme a cuyo Derecho nacional fueron constituidas puede encontrarse en BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, pp.65-66.

¹⁴¹³ Sobre esta cuestión, *Ibid.*, pp.67 y 80, quien apunta que, incluso la adopción de este último enfoque, no aportaría una solución en aquellos supuestos en los que no existe un CDI entre los Estados miembros cuyas legislaciones domésticas atraen la residencia fiscal de la sociedad en cuestión hacia sus respectivas jurisdicciones. Por ello, este autor entiende que si una determinada sociedad cumple los requisitos

De este modo, y con los matices que acabamos de apuntar, podría afirmarse que serán susceptibles de acogerse a los beneficios contemplados en la Directiva Fiscal de Fusiones las operaciones de reorganización empresarial anteriormente señaladas en las que intervengan, a título de sociedad transmitente/dominada o sociedad beneficiaria/dominante, sociedades residentes a efectos fiscales (y de forma “efectiva”) en dos o más Estados miembros¹⁴¹⁴. Por tanto, quedarían excluidas del ámbito de aplicación objetivo de la Directiva aquellas operaciones en las que las sociedades participantes residan a efectos fiscales en el mismo Estado miembro, aun cuando éstas se desarrollen en un “contexto transfronterizo” plasmado en la presencia/aportación de establecimientos permanentes situados en otros Estados miembros o en la existencia de socios cuya residencia fiscal se sitúa en otros Estados miembros¹⁴¹⁵.

No obstante, algunos autores han apuntado que el ámbito de aplicación objetivo de la Directiva 2009/133/CE debería extenderse a las operaciones de reorganización empresarial que, a pesar de presentar un carácter puramente interno por residir las sociedades participantes en el mismo Estado miembro, despliegan efectos fiscales para personas o entidades residentes en otros Estados miembros (p.ej. los socios residentes en España de una sociedad anónima francesa, residente en Francia, que es absorbida por otra sociedad anónima constituida con arreglo al ordenamiento francés y residente a efectos fiscales en el territorio de dicho Estado miembro)¹⁴¹⁶.

En una línea similar, también se ha señalado que una interpretación amplia del término “sociedad de un Estado miembro” contemplado en el artículo 3 de la Directiva, permitiría dar cobertura bajo el régimen de neutralidad fiscal a operaciones de reorganización empresarial *a priori* puramente domésticas (por residir la sociedad transmitente y la sociedad beneficiaria en el mismo Estado miembro) en las que se aportase un establecimiento permanente de la sociedad transmitente localizado en otro Estado miembro (p.ej. escisión parcial de una sociedad constituida y residente en Francia en favor de una sociedad constituida en Países Bajos y residente también en Francia en el marco de la cual se transfiere un establecimiento permanente de la sociedad transmitente localizado en Alemania) ya que, a juicio de los autores que defienden este planteamiento, el hecho de que dicho establecimiento permanente se encuentre sujeto al Impuesto sobre Sociedades del Estado miembro de la sociedad transmitente aporta el elemento transfronterizo necesario para considerar que la

contemplados en el artículo 3 de la Directiva 2009/133/CE en diferentes Estados miembros, no existe problema alguno en considerar que nos encontramos ante una “sociedad de múltiples Estados miembros” a los efectos de verificar el cumplimiento de la condición relativa al carácter transfronterizo de la operación de reorganización empresarial en cuestión previsto en el artículo 1 de la citada norma.

¹⁴¹⁴ A este respecto resulta ilustrativa la Exposición de Motivos de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directiva y Reglamentos de las Comunidades Europeas, en virtud de la cual se implementó la originaria Directiva 90/434/CEE en nuestro Derecho nacional, cuando afirma que “la norma comunitaria únicamente versa sobre aquellas operaciones que se realicen entre entidades residentes en diferentes Estados miembros de la Comunidad Económica Europea(...)”.

¹⁴¹⁵ En este sentido, *vid.* JEFFCOTE, B., BARNETT, M., *op.cit.*, p.178; y TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., *European Tax Law, op.cit.*, pp.654 y 684-685.

¹⁴¹⁶ En este sentido, *vid.* MAISTO, G., “Shaping EU Company...”, *op.cit.*, p.297.

sociedad transmitente no “es” del mismo Estado que la sociedad beneficiaria a los efectos de lo dispuesto en el artículo 1, apartado a) de la Directiva Fiscal de Fusiones¹⁴¹⁷. A este respecto, debe reconocerse que, desde la perspectiva del Estado miembro en el que se encuentra situado el establecimiento permanente transmitido, nos encontramos ante una transmisión efectuada entre dos sociedades no residentes, ya sean del mismo Estado miembro o de Estados miembros diferentes y, por ende, resulta difícil justificar su obligación de aplicar la regla de diferimiento contenida en el 10.1 de la Directiva únicamente en el segundo de los supuestos apuntados.

Por ello, y a los efectos de extender la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a los supuestos anteriormente mencionados, se ha apuntado la posibilidad de modificar el tenor literal del artículo 1, apartado a) de la Directiva con fin de dar cobertura a las operaciones de “fusión, de escisión, de escisión parcial, de aportación de activos y de canje de acciones en las que *intervengan sociedades y/o accionistas de dos o más Estados miembros o en las que los activos transmitidos incluyan un establecimiento permanente de la sociedad transmitente situado en un Estado miembro distinto del de la sociedad transmitente*”¹⁴¹⁸. Ahora bien, en todo caso, es importante tener presente que no es necesario que la naturaleza transfronteriza de la operación exigida por el artículo 1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE se verifique con carácter previo a la operación ya que, en determinados supuestos como, por ejemplo, una fusión por constitución de una nueva sociedad¹⁴¹⁹, la aparición del elemento transfronterizo no se producirá hasta el mismo momento de realización de la operación con el surgimiento de la sociedad beneficiaria cuya residencia a efectos fiscales deberá situarse en un Estado miembro distinto al de las sociedades transmitentes.

Asimismo, cabría señalar que la participación en la operación de reorganización empresarial en cuestión de dos o más sociedades residentes en un mismo Estado miembro junto con otras sociedades residentes en Estados miembros diferentes (p.ej. escisión de una sociedad anónima italiana, residente fiscal en Italia y sujeta al Impuesto sobre Sociedades italiano, en favor de otra sociedad anónima italiana, residente fiscal en Italia y sujeta al Impuesto sobre Sociedades italiano, y de una sociedad limitada belga, residente a efectos fiscales en Bélgica y sujeta al Impuesto sobre Sociedades de dicho Estado miembro) podría plantear dudas acerca de si las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE resultarían de aplicación a la operación en su conjunto o sólo a la “parte transfronteriza” de la misma¹⁴²⁰, más allá de que, en todo caso, la “parte doméstica” de la operación podría quedar cubierta por las disposiciones de la Directiva en virtud de una extensión unilateral de su ámbito de aplicación por parte de los Estados miembros.

En nuestra opinión, el hecho de que en una operación de reorganización empresarial de las contempladas en el artículo 2 de la Directiva intervengan dos o más sociedades residentes en el mismo Estado miembro no debería impedir el acceso de la

¹⁴¹⁷ En este sentido, *vid.* SCHONEWILLE, P.H., *op.cit.*, pp.14 y 19.

¹⁴¹⁸ En este sentido, *vid.* BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, pp.70 y 73.

¹⁴¹⁹ *Vid.* artículo 2, apartado a), subapartado ii) de la Directiva 2009/133/CE.

¹⁴²⁰ Sobre esta cuestión, *vid.* AURELIO, M., *op.cit.*, p.334.

operación en su conjunto al régimen de neutralidad fiscal¹⁴²¹, habida cuenta de que, en un contexto en el que todas las sociedades cumplen los requisitos previstos en el artículo 3 de la Directiva 2009/133/CE, por una parte, la participación en la misma operación de sociedades residentes en otros Estados miembros aportaría el elemento transfronterizo al que se refiere el artículo 1, apartado a) de la Directiva y, por otra parte, se evitarían las posibles distorsiones y disfuncionalidades derivadas de la aplicación a una misma operación de dos regímenes distintos, a saber: el derivado de las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE (parte “transfronteriza” de la operación) y el contemplado en la legislación fiscal del Estado miembro en cuestión (parte “doméstica” de la operación), sin perjuicio de que ésta pueda estar alineada con el régimen previsto por la Directiva Fiscal de Fusiones¹⁴²².

A nuestro juicio, el hecho de que con respecto a la “parte doméstica” de la operación no se verifique la presencia de un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente, exigido con carácter general por el artículo 4.2, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE, no debería ser un obstáculo para su aplicación, habida cuenta de que los derechos de gravamen de dicho Estado miembro quedarían garantizados en la medida en que los activos transmitidos quedarían integrados en el balance de una sociedad residente a efectos fiscales en su territorio. Asimismo, y en relación con aquellos supuestos en los que pudiera constatarse que la incorporación de una sociedad residente en otro Estado miembro a una determinada operación de reorganización empresarial de naturaleza estrictamente interna persigue únicamente dotar a dicha operación de un carácter transfronterizo que no le corresponde por sus características económicas con el único fin de acceder a los beneficios de la Directiva 2009/133/CE, podría plantearse la aplicación de la cláusula anti-abuso contemplada en su artículo 15.1 lo que, en todo caso, exigiría la realización de un análisis global de las circunstancias del caso.

Por otra parte, y sobre la base de una interpretación conjunta de los artículos 1, apartado a) y 3 de la Directiva 2009/133/CE, también quedarían excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva aquellas operaciones de reorganización empresarial en las que intervengan sociedades residentes en dos o más Estados miembros de la UE y sociedades residentes en Estados no miembros (p.ej. escisión de una sociedad anónima constituida en España, residente fiscal en Irlanda, y sujeta al Impuesto sobre Sociedades irlandés, en favor de una sociedad anónima francesa, residente fiscal en Alemania, y sujeta al Impuesto sobre Sociedades alemán, y de una sociedad anónima belga, residente fiscal en Estados Unidos, y sujeta al Impuesto sobre Sociedades norteamericano), sin que exista la posibilidad de una aplicación “parcial” del régimen de neutralidad

¹⁴²¹ En este sentido, *vid.* IBFD, *Survey of the implementation of the EC Corporate Tax Directives*, IBFD, Amsterdam, 1995, p.27. En contra de este planteamiento, y en favor de una interpretación “país por país” del requisito previsto en el artículo 1 de la Directiva 2009/133/CE, se ha mostrado VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.176.

¹⁴²² En el mismo sentido, *vid.* BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, p.69.

fiscal¹⁴²³. Sin embargo, nada impide que los Estados miembros puedan extender de forma unilateral y con algunos matices sus respectivos regímenes domésticos de neutralidad fiscal inspirados en las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE a este y otro tipo de supuestos en los que participen sociedades de Estados no miembros (tal y como sucede, por ejemplo, en Alemania, Bélgica, España, Francia, Irlanda, Luxemburgo, o Países Bajos¹⁴²⁴)¹⁴²⁵. En este sentido, y a título de ejemplo, podría traerse a colación el caso de Francia por cuanto extiende, sujeto a una serie de requisitos, la aplicación del régimen fiscal “especial” previsto para estas operaciones en su ordenamiento doméstico (y alineado con las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE) a las fusiones, escisiones y aportaciones parciales de activos en las que participen sociedades cuya sede se encuentre localizada en un Estado o territorio con el que Francia haya celebrado un Convenio Fiscal que contenga una cláusula de asistencia administrativa que permita combatir el fraude y la evasión fiscal¹⁴²⁶.

A este respecto, cabría señalar como algún autor se ha mostrado partidario de una posible “aplicación extensiva” de las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE a supuestos excluidos *a priori* de su ámbito de aplicación debido a la presencia de elementos vinculados a terceros Estados fuera de la UE y del EEE (p.ej. operaciones de reorganización empresarial en las que la sociedad transmitente/dominada o bien la sociedad beneficiaria/dominante residan a efectos fiscales en un tercer Estado, operaciones en las que se aporte un establecimiento permanente situado en un tercer estado, etc.), sobre la base de la adopción de un nuevo enfoque por parte del TJUE por lo que respecta a la interpretación de las Libertades Fundamentales¹⁴²⁷. Este planteamiento parte de una crítica al enfoque de la “libertad predominante” (*predominant freedom*) seguido por el TJUE en su sentencia de 19 de julio de 2012, asunto C-48/11, *A Oy*¹⁴²⁸ ya que, si bien no dio lugar a un resultado restrictivo en el

¹⁴²³ Vid. STJUE de 19 de julio de 2012, asunto C-48/11, *A Oy v. Veronsaajien oikeudenvalvontayksikkö*, ap.14. No obstante, y en favor de la aplicación parcial de la Directiva 2009/133/CE a este tipo de operaciones transfronterizas de reorganización empresarial en las que, junto con sociedades de dos o más Estados miembros, participan sociedades de Estados no miembros o incluso formas societarias de un determinado Estado miembro que no figuran recogidas en la lista contemplada en el anexo de la Directiva, vid. BOULOGNE, F., *Shortcomings in the... , op.cit.*, pp.69-70.

¹⁴²⁴ En este sentido, vid. GORDILLO FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, I., “Applying the Merger Directive beyond its scope in third-country scenarios: an alternative approach to *A Oy* (case c-48/11)- Part 2”, *European Taxation*, vol.53, nº2-3, 2013, p.78.

¹⁴²⁵ A este respecto, y sobre la problemática que podría plantear la extensión del ámbito de aplicación de normas de Derecho de la UE a terceros Estados vid. PISTONE, P., “The impact of ECJ case law on national taxation”, *Bulletin for International Taxation*, vol.64, nº8/9, 2010, pp.422-427.

¹⁴²⁶ Vid. artículo 210-0 A del CGI, interpretado a *sensu contrario*.

¹⁴²⁷ Esta interesante posibilidad ha sido apuntada de forma brillante por GORDILLO FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, I., “Applying the Merger Directive beyond its scope in third-country scenarios: an alternative approach to *A Oy* (case c-48/11)- Part 1”, *European Taxation*, vol.53, nº1, 2013, pp.5-15. A lo largo de las siguientes líneas de este trabajo intentaremos sintetizar el fundamento y caracteres definidores de la opción doctrinal planteada por este autor.

¹⁴²⁸ Nótese como el TJUE sólo analiza este supuesto, que pivota sobre la no aplicación del régimen de neutralidad fiscal a un canje de valores en virtud del cual una sociedad finlandesa (“*A Oy*”) transmite a una sociedad noruega (“*B AS*”) su participación en el capital de otra sociedad finlandesa (dominada) recibiendo, en contrapartida, títulos representativos de su capital social, desde la perspectiva de la posible existencia de una restricción a la libertad de establecimiento de la sociedad dominante, sin referirse, por

caso concreto (debido a que la sociedad dominante era residente en el EEE y tenía acceso a la libertad de establecimiento prevista en el artículo 31 del AEE), existe el riesgo de que así sea cuando se trate de operaciones transfronterizas de reorganización empresarial en las que participen sociedades de un Estado no miembro del EEE.

Ciertamente, el razonamiento seguido por el TJUE en el asunto *A Oy* pivota sobre la idea de que las operaciones de reorganización empresarial constituyen un acto de establecimiento de la sociedad beneficiaria o dominante (que se configura como el “operador económico predominante”) y, por ende, las medidas discriminatorias o restrictivas que puedan surgir en este contexto deben analizarse exclusivamente desde la perspectiva de su ejercicio de la libertad de establecimiento (“libertad predominante”), lo cual, si tenemos en cuenta que en el marco de estas operaciones pueden identificarse diversos operadores económicos independientes que persiguen sus propios intereses (salvo que nos encontremos en el ámbito intra-grupo), supone otorgar una prevalencia a unos sobre otros difícil de justificar, más aun cuando, desde el punto de vista estrictamente económico, el “operador económico predominante” podría ser un socio de la sociedad dominada o transmitente o incluso la propia sociedad dominada o transmitente.

En relación con esta cuestión, también se apunta que, aun cuando el enfoque de la “libertad predominante” seguido por el TJUE en el asunto *A Oy* pudiera estar orientado a evitar que operaciones de canje de valores en los que la sociedad dominante resida fuera de la UE y del EEE se beneficien de una aplicación expansiva del régimen de neutralidad fiscal previsto por la Directiva 2009/133/CE vía invocación del Derecho primario del Tratado, al impedir que restricciones legítimas a la libertad de establecimiento de operadores económicos de terceros Estados impuestas por las legislaciones fiscales domésticas de los Estados miembros puedan ser burladas sobre la base de la dimensión externa de la libre circulación de capitales¹⁴²⁹ (*fraus legis*), lo cierto es que su aplicación no termina de encajar en el contexto de operaciones transfronterizas de reorganización empresarial en las que participan operadores económicos independientes que persiguen sus propios intereses. Asimismo, tampoco puede perderse de vista que la finalidad de la Directiva 2009/133/CE no se circunscribe exclusivamente a facilitar el derecho de establecimiento de la sociedad beneficiaria o dominante, sino que aspira a eliminar las restricciones o distorsiones de índole fiscal que afectan negativamente a las operaciones transfronterizas de reorganización

ejemplo, a la existencia de una posible restricción a la libre circulación de capitales ejercitada por el socio de la sociedad dominada que transmite sus participaciones, o por la propia sociedad dominante (que obtiene su capital de un inversor residente en la UE), a pesar de que ambos planteamientos también resultaban plenamente válidos *a priori* (vid. STJUE de 19 de julio de 2012, asunto C-48/11, *A Oy v. Veronsaajien oikeudenvalvontayksikkö*, ap.20). Este enfoque de la “libertad predominante” también puede observarse en la STJUE de 26 de junio de 2008, asunto C-284/06, *Finanzamt Hamburg-Am Tierpark v. Burda GmbH*, o en el Auto del TJUE de 10 de mayo de 2007, asunto C-102/05, *Skatteverket v A y B*.

¹⁴²⁹ El artículo 63.1 del TFUE establece que “en el marco de las disposiciones del presente capítulo, quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países”.

empresarial, con el fin de asegurar el correcto funcionamiento del mercado interior que, a su vez, se basa en el ejercicio efectivo de las cuatro Libertades Fundamentales¹⁴³⁰.

En definitiva, y de acuerdo con este planteamiento doctrinal, la aplicación del planteamiento de la “libertad predominante” seguido por el TJUE en el asunto *A Oy* en el contexto de las operaciones de reorganización empresarial vendría a favorecer la adopción de medidas restrictivas y discriminatorias por parte de las legislaciones fiscales domésticas de los diferentes Estados miembros, a la vez que afectaría negativamente al correcto funcionamiento del mercado interior en la medida en que: a) este enfoque podría imposibilitar el legítimo acceso de determinados operadores económicos a las Libertades Fundamentales previstas en el Tratado (no sólo a la dimensión “extra-europea” de la libre circulación de capitales, sino también a su dimensión “intra-europea”, o incluso a la libertad de establecimiento); b) en el marco de estas operaciones resulta difícil determinar qué operador económico está llevando a cabo un acto de establecimiento, e incluso dónde lo está haciendo¹⁴³¹; c) la adopción de este enfoque podría emplearse para denegar la eliminación de restricciones fiscales sobre determinados actos de establecimiento y movimientos de capital dentro de la UE contempladas en las legislaciones domésticas de algunos Estados miembros, a la vez que no impide que éstos puedan extender de forma unilateral la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a operaciones de reorganización empresarial en las que existen elementos vinculados a terceros Estados.

Por ello, y en la medida en que la aplicación de las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE a operaciones transfronterizas de reorganización empresarial que *a priori* quedarían fuera de su ámbito de aplicación por contener elementos vinculados a terceros Estados (p.ej. sociedad transmitente/dominada o beneficiaria/dominante residente en un tercer Estado, transmisión de un establecimiento permanente situado en un tercer Estado, etc.) contribuiría a la mejor protección las libertades fundamentales, así como al correcto funcionamiento del mercado interior, garantizaría los intereses financieros de los Estados miembros, y se configuraría como una solución más apropiada y proporcionada que el planteamiento del TJUE en el asunto *A Oy*¹⁴³², se propone la

¹⁴³⁰ A este respecto, GORDILLO FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, I., “Applying the Merger Directive beyond its scope in third-country scenarios: an alternative approach to *A Oy* (case c-48/11)- Part 1”, *op.cit.*, p.8 apunta que “más que asegurar el acto de establecimiento de la sociedad adquirente, la Directiva de Fusiones se orienta, con el fin de lograr el correcto funcionamiento del mercado único, a proporcionar un conjunto de beneficios fiscales (...) de aplicación en el marco de determinadas operaciones específicas (fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de valores) que se configuran como mecanismos jurídicos flexibles y multifuncionales a disposición de los diferentes operadores económicos (no sólo la sociedad beneficiaria o adquirente, sino también los socios de la sociedad transmitente o adquirida, e incluso la propia sociedad transmitente o adquirida) para adquirir, transferir, reorganizar o invertir en negocios”.

¹⁴³¹ Así, en un canje de valores, la sociedad dominante podría ser en realidad el objetivo de la adquisición, de forma tal que la citada operación sirviese de mero instrumento para el ejercicio de la libertad de establecimiento o la libre circulación de capitales de otros operadores económicos como, por ejemplo, los socios de la sociedad dominada, siendo el acto de establecimiento de la sociedad dominante una mera consecuencia inevitable de la operación.

¹⁴³² Ciertamente, la presencia de elementos vinculados a terceros Estados no siempre jugará un papel determinante por lo que respecta a la pérdida de derechos de gravamen de los Estados miembros, pero

adopción de un cambio de enfoque por parte del TJUE que parta de las siguientes hipótesis: 1) la ausencia de una jerarquía entre operadores económicos independientes que actúan persiguiendo sus legítimos intereses por lo que respecta a su acceso a las diferentes Libertades Fundamentales previstas en el Tratado (fundamentalmente, la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales); y 2) la posibilidad de que cualquier operador económico que sufra una restricción o discriminación de índole fiscal, ya sea directa o indirecta, pueda invocar las Libertades Fundamentales (pues una medida fiscal de naturaleza restrictiva o discriminatoria que afecte a determinado operador económico puede conllevar, a su vez, una restricción de las Libertades Fundamentales de otros operadores económicos participantes en la operación).

De este modo, el proceso a seguir por parte del TJUE en su razonamiento debería estar integrado por los siguientes fases o etapas: en primer lugar, el análisis del caso concreto debería realizarse desde la perspectiva del operador económico que invoca el Derecho primario de la UE y, en concreto, desde la óptica de la Libertad Fundamental que ejercita a través de la operación de reorganización empresarial en cuestión; en segundo lugar, deberá analizarse si la legislación del Estado miembro en cuestión introduce una restricción o un tratamiento fiscal discriminatorio que pueda resultar incompatible con la Libertad Fundamental previamente identificada; en tercer lugar, y en caso afirmativo, deberá analizarse si la aplicación expansiva de algunas de las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE podría eliminar dicha restricción o tratamiento fiscal discriminatorio; en cuarto lugar, y también en caso afirmativo, el Tribunal deberá valorar si existe una razón imperiosa de interés general que permita justificar la restricción o medida discriminatoria y, por ende, la denegación de la aplicación expansiva de los beneficios de la Directiva Fiscal de Fusiones; denegación que también podría justificarse si no se diese cumplimiento a los requisitos establecidos en la propia Directiva o bien si dicho cumplimiento no pudiese ser efectivamente supervisado por las autoridades fiscales del Estado miembro en cuestión (p.ej. el cumplimiento de determinados requisitos sólo puede ser verificado por el Estado miembro a través de la obtención de información por parte de las autoridades tributarias competentes del tercer Estado y se prueba que resulta imposible obtener tal información); en quinto y último lugar, deberá valorarse si la denegación de la aplicación expansiva de las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE constituye una medida proporcionada, así como la menos restrictiva de las que pudieran adoptarse, para la consecución del fin perseguido¹⁴³³.

incluso cuando así sea, parece que el cobro del impuesto diferido podrá ser garantizado por medidas menos onerosas para el contribuyente que la denegación directa de los beneficios del régimen de neutralidad fiscal que se derivaría de la aplicación de la doctrina del TJUE en el asunto *A Oy* a este tipo de supuestos.

¹⁴³³ Una completa explicación de cómo este método funcionaría en el marco de diferentes operaciones transfronterizas de reorganización empresarial con presencia de elementos vinculados a terceros Estados (p.ej. sociedad transmitente/dominada, o beneficiaria/dominante constituidas y residentes en terceros Estados, transmisión de establecimientos permanentes situados en un tercer Estado, etc.) puede encontrarse en GORDILLO FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, I., “Applying the Merger Directive

2. La extensión del ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE a operaciones de reorganización empresarial de naturaleza interna

Tal y como hemos tenido ocasión de apuntar en anteriores epígrafes de este trabajo, la finalidad perseguida por la originaria Directiva 90/434/CEE en el momento de su aprobación pivotaba sobre la eliminación de las restricciones, desventajas o distorsiones derivadas de las disposiciones fiscales de los Estados miembros que obstaculizaban la realización de operaciones transfronterizas de reorganización empresarial, al objeto de permitir que las empresas europeas pudieran adaptarse a la exigencias del nuevo mercado comunitario, aumentar su productividad, y reforzar su posición competitiva en el plano internacional, así como garantizar el establecimiento y el buen funcionamiento del mercado interior¹⁴³⁴. De este modo, y en la medida en que, como reflejo del principio de subsidiariedad (contenido actualmente en el artículo 5 del TFUE), el ámbito de aplicación objetivo de la Directiva Fiscal Fusiones tan sólo se proyectaba sobre aquellas operaciones de reorganización empresarial de naturaleza intra-europea, se abría la puerta a la coexistencia en el seno de los Estados miembros de disposiciones fiscales diferenciadas en función del carácter doméstico o transfronterizo de la operación de reorganización empresarial en cuestión lo que, sin lugar a dudas y aun bajo los límites impuestos por el principio de no discriminación, se configuraba como una importante fuente de distorsiones fiscales¹⁴³⁵.

Por ello, y pesar de que la Directiva no exigía formalmente que se otorgase el mismo tratamiento fiscal a ambas categorías de operaciones, desde un primer momento y con el fin de evitar posibles situaciones de discriminación inversa¹⁴³⁶ y distorsiones de la competencia¹⁴³⁷, la mayoría de Estados miembros (p.ej. Dinamarca, España, Francia,

beyond its scope in third-country scenarios: an alternative approach to *A Oy* (case c-48/11)- Part 2”, *op.cit.*, pp.62-78.

¹⁴³⁴ *Vid.* considerando nº 1 de la Directiva 90/434/CEE.

¹⁴³⁵ En este sentido, *vid.* AA.VV., *Fiscalité et vie des entreprises. Treizième rapport au président de la république*, Tomo I, París, 1994, p.386.

¹⁴³⁶ En este sentido, *vid.* COZIAN, M., DEBOISSY, F., *Précis de Fiscalité des Entreprises*, 36ª Ed., LexisNexis, París, 2012, p.734. A este respecto, cabría señalar como, en el ámbito europeo, la discriminación inversa se ha definido por VIDAL MATOS, P., “Reverse Discrimination and Direct Taxation in the EU”, en WEBBER, D. (ed.), *EU Income Tax Law: Issues for the Years Ahead*, IBFD, Amsterdam, 2013, pp.198-199 como “el tratamiento menos favorable por parte de un Estado miembro de sus propios nacionales en comparación con el tratamiento otorgado a los nacionales de otros Estados miembros” (un buen análisis monográfico de esta cuestión puede encontrarse en TRYFONIDOU, A., *Reverse Discrimination in EC Law*, Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2009).

¹⁴³⁷ En este sentido, y como bien apunta NAVARRO EGEA, M., “Régimen de Fusiones...”, *op.cit.*, p.37, el establecimiento por parte de los Estados miembros de un régimen fiscal más severo para las operaciones de reorganización empresarial de carácter doméstico frente al que resultaría de aplicación a dichas operaciones cuando presentasen una naturaleza transfronteriza constituiría un lastre para el crecimiento y la competitividad de sus empresas en el plano europeo e internacional. De hecho, ya en su momento, el Comité Económico y Social había apuntado en el apartado I.1 de su Dictamen de 26 de junio de 1969, sobre la Propuesta de Directiva del Consejo relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones y aportaciones de activos entre sociedades de Estados miembros diferentes (DOCE nº C 100, de 1 de agosto de 1969, p.4) que “la introducción de un régimen fiscal común aplicable a las

Finlandia, Italia, Países Bajos, o Portugal) optó por extender de forma unilateral el ámbito de aplicación de las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE a las operaciones de reorganización empresarial de naturaleza estrictamente doméstica¹⁴³⁸. En relación con esta cuestión, cabría señalar que, si bien los supuestos de discriminación inversa no se encuentran prohibidos de forma expresa por el Derecho de la UE¹⁴³⁹, pueden resultar difícilmente compatibles con el principio de igualdad recogido en las Constituciones de los diferentes Estados miembros¹⁴⁴⁰.

A este respecto, es importante tener presente que el TJUE, en su sentencia en el asunto *Leur-Bloem*¹⁴⁴¹, concluyó, siguiendo la denominada “jurisprudencia *Dzodzi*”¹⁴⁴² y en contra del criterio de los representantes de los gobiernos alemán y neerlandés (que participaban en el proceso en calidad de agentes), de la Comisión Europea y del propio Abogado General¹⁴⁴³, que desde el momento en que el legislador nacional decide

fusiones, escisiones y aportaciones de activos es susceptible de conllevar eventuales distorsiones de la competencia en perjuicio de las concentraciones del mismo tipo que las que se realizan en el ámbito nacional. En consecuencia, se sugiere a la Comisión que envíe una recomendación a los Estados miembros para animarles a adaptar sus legislaciones fiscales nacionales al régimen fiscal común, al menos cuando éstas sean menos favorables que este último”.

¹⁴³⁸ Vid. LOYENS LEFEVRE RÄDLER (EUROPEAN TAX NETWORK), *op.cit.*, p.10. A título de ejemplo, cabría señalar como, en el caso de España, la decisión del legislador de extender la aplicación de las disposiciones de la Directiva 90/434/CEE a supuestos de naturaleza doméstica fue valorada de forma positiva por la doctrina, en la medida en que la derogación de la Ley 76/1980, de 26 de diciembre, sobre el régimen fiscal de las fusiones de empresas, por la Ley 29/1991 (a la que ya nos hemos referido), permitía superar la “absoluta discrecionalidad administrativa que presidía la concesión de los beneficios fiscales en las operaciones de fusión y escisión, especialmente en lo relativo al *quantum* de los mencionados beneficios” (en este sentido, *vid.* DE LA HUCHA CELADOR, F., “El nuevo régimen fiscal de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores: estudio de la ley 29/1991, de 16 de diciembre”, *Crónica Tributaria*, nº 62, 1992, pp.45-46; y ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., “La actividad económica en la ley tributaria de fusiones y escisiones empresariales”, *Crónica Tributaria*, nº71, 1994, p.32).

¹⁴³⁹ No obstante, sobre los problemas de compatibilidad de las situaciones de discriminación inversa con el Derecho de la UE, *vid.* PISTONE, P., “The impact of...”, *op.cit.*, p.421.

¹⁴⁴⁰ En este sentido, *vid.* BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, p.72, que apunta como, en Bélgica, la Sentencia del Tribunal de Apelación de Gante, de 21 de septiembre de 2010, nº 2009-AR-1371, declaró la aplicación de las disposiciones contenidas en el artículo 5 de la Directiva 2009/133/CE a una fusión de naturaleza estrictamente doméstica en aplicación del principio constitucional de igualdad.

¹⁴⁴¹ STJUE de 17 de Julio de 1997, asunto C-28/95, *Leur Bloem v. Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*.

¹⁴⁴² Una buena aproximación a la construcción, fundamentos, implicaciones, y aspectos controvertidos de esta línea jurisprudencial que debe su nombre a la STJUE de 18 de octubre de 1990, asuntos C-297/88 y C-197/89, *Massam Dzodzi v. Bélgica* (a pesar de tener un precedente en la STJUE de 26 de septiembre de 1985, asunto C-166/84, *Thomasdüniger GmbH v. Oberfinanzdirektion Frankfurt am Main*) puede encontrarse en CALDERÓN CARRERO, J.M., BÁEZ MORENO, A., “La armonización contable europea, las NIC/NIIF y su influencia en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades”, en SANFRUTOS GAMBÍN, E. (dir.), CARBAJO VASCO, D. (coord.), *Impuesto sobre sociedades. Régimen General*, Tomo I, Thomson Reuters, Pamplona, 2010, pp.107-127.

¹⁴⁴³ En este sentido, conviene apuntar como entre los argumentos esgrimidos por los mencionados gobiernos y por la Comisión para fundamentar su posición se encontraba el tenor literal del artículo 1 de la Directiva 2009/133/CE, o la jurisprudencia del TJUE establecida en sus sentencias de 28 de marzo de 1995, asunto C-346/93, *Kleinwort Benson v. City of Glasgow District Council*, y de 8 de noviembre de 1990, asunto C-231/89, *Krystyna Gmurzynska-Bscher v. Oberfinanzdirektion Köln*, de las que, en su opinión, podía extraerse que el Tribunal no era competente para pronunciarse con carácter prejudicial en aquellos casos en los que la normativa nacional no se remitía “directa e incondicionalmente” al Derecho de la UE sino que simplemente reproducía alguna de sus disposiciones, así como cuando resultaba

otorgar el mismo tratamiento fiscal a las operaciones de reorganización empresarial de naturaleza doméstica que a las operaciones de carácter intra-europeo contempladas en el ámbito de aplicación de la Directiva, se produce una suerte de alineamiento entre la legislación nacional de dicho Estado miembro y el Derecho de la UE que, por una parte, permite a los contribuyentes invocar las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE en supuestos meramente domésticos y, por otra parte, otorga competencia al TJUE para resolver las cuestiones prejudiciales que pudieran plantearse en relación con estos supuestos¹⁴⁴⁴. No obstante, es importante tener presente que dicho ajuste o alineación no implica que la legislación nacional en cuestión tenga necesariamente que reproducir literalmente las disposiciones de la Directiva, sino que lo relevante es que exista una “identidad sustancial” entre las reglas aplicables a las operaciones de naturaleza interna y aquéllas contempladas en la Directiva para las operaciones de naturaleza transfronteriza¹⁴⁴⁵.

En otras palabras, podría decirse que cuando los Estados miembros hayan llevado a cabo una “adaptación exorbitante” de su Derecho interno a la Directiva 2009/133/CE¹⁴⁴⁶ de forma tal que, a la hora de transponer su contenido, no hayan introducido desviaciones sustanciales destinadas a producir divergencias entre la norma europea y sus respectivas legislaciones fiscales domésticas, estas últimas deberán ser interpretadas a la luz de las disposiciones de la Directiva Fiscal de Fusiones y de la jurisprudencia del TJUE no sólo en el marco de operaciones de reorganización empresarial en las que participan sociedades de dos o más Estados miembros, sino también en aquellas operaciones de naturaleza puramente interna¹⁴⁴⁷.

“obvio” que la disposición de Derecho de la UE en cuestión no era aplicable al caso concreto (*vid.* STJUE de 17 de Julio de 1997, asunto C-28/95, *Leur Bloem*, aps.18-22). De hecho, incluso en aquellos supuestos en los que existía una remisión “directa e incondicional” del Derecho nacional a una norma de Derecho de la UE, el Abogado General Jacobs en sus Conclusiones presentadas el 17 de septiembre de 1996, en el asunto C-28/95, *Leur-Bloem*, aps.68-72, se mostró muy crítico con la posibilidad de admitir la competencia del TJUE.

¹⁴⁴⁴ *Vid.* STJUE de 17 de Julio de 1997, asunto C-28/95, *Leur Bloem*, ap.34. En este sentido, nótese como, en el caso concreto, Ley neerlandesa de 1964 relativa al impuesto sobre la renta contemplaba en su artículo 14b(2) dos definiciones de fusión por canje de acciones prácticamente idénticas cuyo único rasgo diferenciador era el lugar de establecimiento de las sociedades participantes en la operación, lo que sumado a su Exposición de Motivos y a los trabajos preparatorios de la norma en este punto permitía concluir que el legislador nacional quiso dar el mismo tratamiento a las fusiones domésticas y las fusiones transfronterizas (*vid.* STJUE de 17 de Julio de 1997, asunto C-28/95, *Leur Bloem*, aps.5 y 13). En favor de la posición adoptada por el TJUE en el asunto *Leur-Bloem*, *vid.* HOENJET, F., “The Leur-Bloem judgment: the jurisdiction of the European Court of Justice and the interpretation of the anti-abuse clause in the Merger Directive”, *EC Tax Review*, vol.6, nº4, 1997, p.210. Nótese, asimismo, como esta idea ya había sido apuntada con anterioridad a la sentencia *Leur-Bloem* por WERLAUFF, E., “A misinterpreted Directive text”, *European Taxation*, vol.34, nº1, 1994, p.25.

¹⁴⁴⁵ En este sentido, *vid.* DIBOUT, P., *op.cit.*, p.993.

¹⁴⁴⁶ Así lo ha expresado la Abogado General Kokott en sus Conclusiones presentadas el 16 de julio de 2009, asunto C-352/08, *Modehuis A. Zwijnenburg BV v. Staatssecretaris van Financiën*, ap.30.

¹⁴⁴⁷ Sobre esta cuestión, *vid.* CALDERÓN CARRERO, J.M., “Una vuelta de tuerca a la interpretación europea de la cláusula antiabuso de la “Directiva de Fusiones”: ¿hacia motivos económicos válidos de “alto voltaje”?”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº 347, 2012, p.34. A este respecto, cabría señalar como la Resolución del *Conseil d’État* francés, de 30 de enero de 2013, nº346683, en el ámbito de una operación de escisión de naturaleza interna, dio carta de naturaleza a la aplicación del artículo 210 B, apartado 1, del *Code Général des Impôts*, que supedita la aplicación a estas operaciones del régimen de

De este modo, y con carácter general, podría afirmarse que la sentencia del TJUE en el asunto *Leur-Bloem* incide en la idea de que no será necesaria la existencia de una remisión “directa e incondicional” del Derecho nacional a una norma de Derecho de la UE que determine su aplicación a situaciones de carácter doméstico para fundamentar la competencia interpretativa del TJUE. Cuestión distinta sería si, tal y como sucedía en el asunto *Kleinwort Benson*, el ordenamiento doméstico del Estado miembro en cuestión se limita a tomar como modelo una norma de Derecho de la UE, reproduciendo sólo parcialmente sus términos/disposiciones e introduciendo modificaciones destinadas a producir divergencias entre la legislación comunitaria y la legislación domésticas¹⁴⁴⁸.

Ciertamente, la reafirmación de la competencia del TJUE en este tipo de supuestos en los que una norma comunitaria resulta de aplicación a situaciones puramente internas por la vía del ajuste o alineamiento entre dicha norma comunitaria y la legislación nacional de un Estado miembro se ha venido justificando sobre la base del interés comunitario manifiesto que existe en que toda disposición o concepto tomado del Derecho de la UE, cualesquiera que sean las condiciones en que tenga que aplicarse, reciba una interpretación uniforme al objeto de evitar posibles divergencias de interpretación¹⁴⁴⁹, lo cual resultará especialmente relevante cuando la normativa nacional que utiliza un concepto que figura en una disposición de Derecho europeo se adoptó precisamente con el fin de adaptar el Derecho interno a la Directiva de la que forma parte dicha disposición¹⁴⁵⁰.

Sin embargo, lo cierto es que no siempre resultará sencillo determinar si existe tal alineamiento o ajuste entre la legislación interna y el Derecho de la UE¹⁴⁵¹, para lo

neutralidad fiscal a condiciones que no figuran en la definición de escisión recogida en el artículo 2 de la Directiva 2009/133/CE, lo cual, a nuestro juicio, introduce problemas de discriminación inversa y podría resultar contrario a la jurisprudencia del TJUE.

¹⁴⁴⁸ De hecho, esta diferencia clave entre los asuntos *Kleinwort Benson* y *Leur-Bloem*, junto con el hecho de que en el asunto *Kleinwort Benson* la propia legislación nacional efectuaba una distinción expresa entre las disposiciones aplicables a las situaciones comunitarias y las aplicables a las situaciones internas, fue empleada por el Tribunal como argumento para justificar porqué en el primer caso había declinado su competencia y en el segundo no (*vid.* STJUE de 17 de Julio de 1997, asunto C-28/95, *Leur Bloem*, ap.29). Un buen análisis crítico de la sentencia del TJUE en el asunto *Kleinwort Benson* puede encontrarse en CALDERÓN CARRERO, J.M., BÁEZ MORENO, A., *op.cit.*, pp.111-119.

¹⁴⁴⁹ En este sentido, *vid.*, entre otras, las SSTJUE de 18 de septiembre de 2019, asuntos acumulados C-662/18 (*AQ v. Ministre de l'Action et des Comptes publics*) y C-672/18 (*DN v. Ministre de l'Action et des Comptes publics*), ap.30; de 22 de marzo de 2018, asuntos acumulados C-327/16 (*Marc Jacob v. Ministre des Finances et des Comptes publics*) y C-421/16 (*Marc Lassus v. Ministre des Finances et des Comptes publics*), ap.34; de 18 de octubre de 2012, asunto C-603/10, *Pelati d.o.o. v. Eslovenia*, ap.18; de 10 de noviembre de 2011, asunto C-126/10, *Foggia-Sociedade Gestora de Participações Sociais SA v. Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais*, ap.21; de 20 de mayo de 2010, asunto C-352/08, *Zwijnenburg BV v. Staatssecretaris van Financiën*, ap.33; de 11 de diciembre de 2007, asunto C-280/06, *ETI SpA y otros*, ap.21; de 16 de marzo de 2006, asunto C-3/04, *Poseidon Chartering*, ap.16; o de 29 de abril de 2004, asunto C-222/01, *British American Tobacco*, ap.40.

¹⁴⁵⁰ En este sentido, *vid.* STJUE de 11 de octubre de 2001, asunto C-267/99, *Urbing-Adam v. Administration de l'enregistrement et des domaines*, ap.28.

¹⁴⁵¹ De hecho, como ha puesto de manifiesto DIBOUT, P., *op.cit.*, p.993, en un primer momento, ya se apuntaron algunas dudas acerca de la aplicación del principio interpretativo establecido en la sentencia *Leur-Bloem* a la legislación francesa en materia de fiscalidad de reorganizaciones empresariales, no sólo

cual deberá realizarse un análisis caso por caso de la legislación doméstica del Estado miembro en cuestión en el que se valoren todos los elementos útiles al efecto, por ejemplo, el modo en que aparece configurado el ámbito de aplicación de la normativa interna, el uso de conceptos propios del Derecho de la UE a través de una reproducción más o menos literal de los términos en que aparecen definidos en la norma comunitaria de referencia, o la propia intención del legislador plasmada en los trabajos preparatorios de la ley o en su Exposición de Motivos¹⁴⁵². En cualquier caso, cabría señalar como el propio TJUE ha reconocido la admisibilidad de cuestiones prejudiciales en supuestos en los que la disposición de Derecho de la UE cuya interpretación se solicita se aplicaba, a nivel doméstico, en condiciones diferentes a las establecidas por la misma¹⁴⁵³.

De este modo, en aquellos Estados miembros en los que el legislador nacional haya alineado de forma unilateral el tratamiento fiscal de las operaciones de reorganización empresarial a nivel doméstico con las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE, los órganos jurisdiccionales competentes podrán (y deberán¹⁴⁵⁴) plantear

desde el plano doctrinal (*vid.* DE WAAL, A., “Fusions et opérations assimilées. Réflexions contrastées sur l'arrêt Leur-Bloem”, *Revue de Droit fiscal*, nº9, 1998, pp.286 y ss.) sino desde la propia Administración tributaria. No obstante, lo cierto es que también pueden encontrarse otros autores que apostaban abiertamente por su aplicación en el caso francés (*vid.*, entre otros, DEROUIN, P., “Fiscalité des fusions de sociétés et échanges d'actions. Droit communautaire et droit national. À propos de l'arrêt Leur-Bloem de la CJCE du 17 juillet 1997”, *Revue de Droit Fiscal*, nº38, 1997, p.1102; o VILLEMOT, D., “Les aménagements apportés au régime des apports partiels d'actif et des scissions: des avancées incontestables qui doivent se poursuivre”, *Revue de Droit Fiscal*, 52, 2000, pp.1117 y ss.).

¹⁴⁵² En este sentido, y a título de ejemplo, podría traerse a colación el caso de España, donde la ley 29/1991, de 16 de diciembre, en virtud de la cual se implementaba en nuestro ordenamiento interno la Directiva 90/434/CEE, afirmaba en su Exposición de Motivos que “si bien la norma comunitaria únicamente versa sobre aquellas operaciones que se realicen entre entidades residentes en diferentes Estados miembros de la Comunidad Económica Europea, los principios tributarios sobre los que está construida 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 otras”.

¹⁴⁵³ *Vid.* STJUE de 18 de septiembre de 2019, asuntos acumulados C-662/18 (*AQ v. Ministre de l'Action et des Comptes publics*) y C-672/18 (*DN v. Ministre de l'Action et des Comptes publics*), ap.29.

¹⁴⁵⁴ En este sentido, no puede perderse de vista que, de acuerdo con lo establecido en el párrafo tercero del artículo 267 del TFUE, cuando se plantee una cuestión sobre la interpretación de los Tratados o sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la UE en el marco de un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, “dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal”. Nos encontramos pues ante una obligación que se inserta en un marco de colaboración entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el TJUE con el fin de garantizar la correcta aplicación y la interpretación uniforme del Derecho de la UE en el conjunto de los Estados miembros y que, por tanto, sólo admite una serie de excepciones que deben ser interpretadas de forma restrictiva, a saber: a) que el órgano jurisdiccional nacional haya comprobado que la cuestión suscitada no es pertinente, en el sentido de que la respuesta dada a la misma por parte del Tribunal no tendría incidencia alguna en la solución del litigio; b) que la disposición comunitaria de que se trata ya fue objeto de interpretación por parte del TJUE (incluso aunque no existiera una estricta identidad de las cuestiones debatidas); o c) que la correcta aplicación del Derecho de la UE se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión suscitada (doctrina del “acto claro”), circunstancia que debe ser apreciada en función de las características propias del Derecho de la UE, de las dificultades particulares que presenta su interpretación y del riesgo de divergencias de jurisprudencia en el interior de la Comunidad (*vid.* STJUE de 6 de octubre de 1982, asunto C-283/81, *Srl CILFIT y otros v. Ministero della sanità*, ap.21). Ahora bien, en aquellos supuestos en los que un órgano jurisdiccional nacional considere que un acto jurídico comunitario no es válido, la obligación de plantear cuestión

cuestiones prejudiciales ante el TJUE cuando entiendan que para resolver un litigio de naturaleza interna resulta necesaria la interpretación de un concepto o disposición tomado de la citada Directiva¹⁴⁵⁵.

A este respecto, es importante tener presente que si bien no corresponde al TJUE, en un procedimiento promovido en virtud del artículo 267 del TFUE, pronunciarse sobre la compatibilidad de normas propias de Derecho interno de los Estados miembros con el Derecho de la UE ni interpretar disposiciones legislativas o reglamentarias nacionales, puede proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación del Derecho de la UE que puedan permitirle apreciar dicha compatibilidad para dirimir el asunto del que esté conociendo¹⁴⁵⁶. Asimismo, cabría señalar que el TJUE no se va a pronunciar sobre las limitaciones y particularidades introducidas por las legislaciones de los diferentes Estados miembros en el régimen fiscal especial aplicable a las operaciones de reorganización empresarial de carácter estrictamente doméstico que no se encuentren vinculadas al contenido de la Directiva 2009/133/CE, quedando su interpretación reservada a los órganos jurisdiccionales nacionales¹⁴⁵⁷.

Por otra parte, no conviene perder de vista que la atribución de competencias al TJUE en este tipo de supuestos en los que la normativa nacional se atiene a las soluciones aplicadas en normas de Derecho de la UE para regular el tratamiento de situaciones internas no es absoluta sino que queda circunscrita al examen e interpretación de las disposiciones del Derecho de la UE en cuestión, de forma tal que los órganos jurisdiccionales nacionales conservan en exclusiva una serie de competencias. Así, en primer lugar, corresponde a dichos órganos, a la luz de las particularidades del asunto, apreciar la necesidad de plantear una decisión prejudicial

prejudicial ante el TJUE presentará un carácter absoluto. Ciertamente, y aun cuando la falta de cumplimiento de la obligación de presentar cuestiones prejudiciales constituye una violación del TFUE, no puede negarse como, en ocasiones, los órganos jurisdiccionales de algunos Estados miembros se han mostrado reticentes a plantear cuestiones prejudiciales en materia tributaria basándose en la doctrina del “acto claro”. Así, y a título de ejemplo, podría traerse a colación el caso de España, donde habría que esperar hasta el año 2008 para que el Tribunal Supremo, a través de un auto fechado el 1 de febrero de ese mismo año, plantease ante el TJUE la primera cuestión prejudicial relacionada con un procedimiento de origen tributario (sobre esta cuestión, *vid.* IBÁÑEZ DAZA, M.J., “La aplicación del Derecho fiscal europeo y el control de la adaptación del ordenamiento interno al comunitario: la cuestión prejudicial y legitimación de los TEA”, *Cuadernos de formación de la Escuela de Hacienda Pública del Instituto de Estudios Fiscales*, vol.11, 2010, pp.203-207).

¹⁴⁵⁵ Por ejemplo, en el asunto *Leur Bloem*, el órgano jurisdiccional nacional competente entendía que, a los efectos de la resolución del litigio de origen (de naturaleza interna), resultaba necesaria la interpretación del concepto de “fusión mediante canje de acciones”, propio de la Directiva 90/434/CEE y que había sido reproducido por la legislación neerlandesa de implementación de la citada Directiva (*vid.* STJUE de 17 de Julio de 1997, asunto C-28/95, *Leur Bloem*, ap.31).

¹⁴⁵⁶ En este sentido, *vid.* STJUE de 10 de noviembre de 2011, asunto C-126/10, *Foggia-Sociedade Gestora de Participações Sociais SA v. Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais*, ap.29, siguiendo el criterio establecido en las SSTJUE de 6 de marzo de 2007, asuntos C-338/04 (*Massimiliano Placanica*), C-359/04 (*Christian Palazzese*), y C-360/04 (*Angelo Sorricchio*), ap.36; de 19 de septiembre de 2006, asunto C-506/04, *Wilson*, aps.34 y 35; de 30 de noviembre de 1995, asunto C-55/94, *Gebhard*, ap.19; y de 15 de diciembre de 1993, asunto C-292/92, *Ruth Hünermund y otros v. Landesapothekerkammer Baden-Württemberg*, ap.8.

¹⁴⁵⁷ En este sentido, *vid.* NAVARRO EGEA, M., “Régimen de Fusiones...”, *op.cit.*, p.32.

para poder dictar sentencia¹⁴⁵⁸, la pertinencia de las cuestiones que plantea al TJUE¹⁴⁵⁹, así como la fase del procedimiento jurisdiccional doméstico en la que procede la presentación de la misma¹⁴⁶⁰.

En segundo lugar, serán también los órganos jurisdiccionales competentes de los diferentes Estados miembros los encargados de conocer acerca de los límites que el legislador nacional haya podido establecer a la aplicación del Derecho de la UE a situaciones puramente internas, si bien dentro de los límites de la remisión del ordenamiento doméstico al Derecho de la UE los citados órganos jurisdiccionales no podrán desviarse de los criterios interpretativos establecidos por el TJUE¹⁴⁶¹. De este

¹⁴⁵⁸ A este respecto, algunos autores han llegado a señalar que, en este tipo de supuestos en los que se extiende el ámbito de aplicación de una norma comunitaria a situaciones puramente domésticas vía alineamiento del Derecho nacional con el Derecho de la UE, cuando se plantea una cuestión de interpretación del Derecho de la UE relevante para la resolución de un caso concreto de naturaleza doméstica no siempre será necesario recurrir a la cuestión prejudicial ante el TJUE, sino que el propio juez nacional podrá realizar directamente una interpretación “constructiva” o, según el caso, “neutralizadora” del Derecho nacional para asegurar su coherencia con el Derecho de la UE (así lo entiende, DIBOUT, P., *op.cit.*, p.996, cuya opinión no compartimos en la medida en que el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE constituye la única vía que garantiza una interpretación uniforme del Derecho de la UE).

¹⁴⁵⁹ *Vid.*, entre otras, las SSTJUE de 22 de diciembre de 2008, asunto C-48/07, *État belge – Service public fédéral Finances v. Les Vergers du Vieux Tauves SA*, ap.16; de 14 de diciembre de 2006, asunto C-217/05, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio v. Compañía Española de Petróleos, S.A.*, ap.16; de 29 de abril de 2004, asunto C-476/01, *Kapper*, ap.24; o de 7 de enero de 2003, asunto C-306/99, *Banque internationale pour l'Afrique occidentale SA (BIAO) v. Finanzamt für Großunternehmen in Hamburg*, ap.88. De este modo, con carácter general, podría decirse que las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional nacional competente relativas a la interpretación del Derecho de la UE están investidas de una suerte de “presunción de pertinencia” que obliga al TJUE a pronunciarse salvo que, del análisis del caso concreto, resulte evidente que el litigio de origen presenta una naturaleza artificial al objeto de obtener el pronunciamiento del Tribunal sobre cuestiones generales o hipotéticas, que la interpretación del Derecho de la UE solicitada no tenga relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio, que el TJUE no disponga de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera adecuada a las cuestiones planteadas (*vid.* STJUE de 10 de noviembre de 2011, asunto C-126/10, *Foggia-Sociedade Gestora de Participações Sociais SA v. Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais*, aps.25-26, y jurisprudencia en ellos citada) o que la disposición de Derecho de la UE sometida a interpretación no pueda aplicarse, directa o indirectamente, a los hechos que dieron lugar al procedimiento principal (*vid.* STJUE de 17 de Julio de 1997, asunto C-28/95, *Leur Bloem*, ap.26).

¹⁴⁶⁰ *Vid.*, entre otras, las SSTJUE de 10 de marzo de 2009, asunto C-169/07, *Hartlauer Handelsgesellschaft mbH v. Wiener Landesregierung y Oberösterreichische Landesregierung*, ap.24; de 17 de julio de 2008, asunto C-303/06, *S. Coleman v. Attridge Law y Steve Law*, ap.29; de 30 de marzo de 2000, asunto C-236/98, *Jämställdhetsombudsmannen v. Örebro läns landsting*, ap.30; o de 10 de marzo de 1981, asuntos C-36/80 (*Irish Creamery Milk Suppliers Association y otros v. Gobierno de Irlanda y otros*) y 71/80 (*Martin Doyle y otros v. An Taoiseach y otros*), ap.9.

¹⁴⁶¹ *Vid.* SSTJUE de 18 de octubre de 2012, asunto C-371/11, *Punch Graphix Prepress Belgium NV v. Bélgica*, ap.27; de 18 de octubre de 2012, asunto C-603/10, *Pelati d.o.o. v. Eslovenia*, ap.19; de 10 de noviembre de 2011, asunto C-126/10, *Foggia-Sociedade Gestora de Participações Sociais SA v. Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais*, ap.22; de 20 de mayo de 2010, asunto C-352/08, *Zwijnenburg BV v. Staatssecretaris van Financiën*, ap.34; de 22 de diciembre de 2008, asunto C-48/07, *État belge – Service public fédéral Finances v. Les Vergers du Vieux Tauves SA*, ap.27; de 17 de Julio de 1997, asunto C-28/95, *Leur Bloem*, ap.33; o de 18 de octubre de 1990, asuntos C-297/88 y C-197/89, *Massam Dzodzi v. Bélgica*, ap.42. En relación con esta cuestión, CALDERÓN CARRERO, J.M., BÁEZ MORENO, A., *op.cit.*, p.124, han apuntado que dicha facultad podría abrir la puerta a que, en aquellos supuestos en los que la interpretación de la norma comunitaria en cuestión no satisfaga a los órganos jurisdiccionales nacionales, éstos puedan eludir los efectos de la sentencia del TJUE en cuestión alegando que la remisión no se proyecta sobre los hechos en litigio.

modo, y a título de ejemplo, algunos autores han apuntado que en aquellos supuestos en los que, a pesar de que el legislador nacional ha tomado como referencia la definición de una determinada operación de reorganización empresarial que figura en la Directiva 2009/133/CE para su aplicación a supuestos internos, el acceso al régimen de neutralidad fiscal de dichas operaciones queda sujeto a condiciones de fondo o de procedimiento específicas (y divergentes de las previstas en la norma comunitaria), el juez nacional será el competente para conocer de estas condiciones y dirimir los litigios resultantes de su aplicación ¹⁴⁶².

Por último, conviene señalar que, a pesar del surgimiento de algunas voces críticas en el seno de la doctrina ¹⁴⁶³, las conclusiones del TJUE en el asunto *Leur Bloem* relativas a la competencia del Tribunal para pronunciarse acerca de la interpretación de las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE en relación con supuestos de naturaleza estrictamente interna (*a priori* fuera de su ámbito de aplicación), siempre que el legislador nacional haya decidido alinear su Derecho nacional con la citada Directiva, dispensando el mismo tratamiento fiscal a las operaciones de reorganización empresarial de naturaleza transfronteriza y a aquéllas cuya dimensión se circunscribe al ámbito doméstico, han sido posteriormente confirmadas en las sentencias del TJUE en

¹⁴⁶² Así lo entiende, DIBOUT, P., *op.cit.*, p.994. No obstante, lo cierto es que otros autores no parecían entender muy bien en que podrían consistir dichos límites en aquellos casos en los que el legislador nacional en cuestión había optado por extender de forma unilateral la aplicación de las disposiciones de la Directiva Fiscal de Fusiones a supuestos estrictamente domésticos, de forma tal que “o bien las aportaciones de la ley nacional se sitúan dentro del margen de apreciación dejado a los Estados para transponer la Directiva de forma tal que pueden aplicarse tanto a las operaciones transfronterizas directamente reguladas por la Directiva como a las operaciones puramente internas; o bien la ley nacional se aparta demasiado del sistema comunitario de forma tal que su interpretación implica que, con respecto de las operaciones reguladas por la Directiva, un incumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones comunitarias y, con respecto a las operaciones puramente internas, una discriminación que el legislador no ha querido excluir y que podría generar distorsiones de la competencia prohibidas por el derecho comunitario” (en este sentido, *vid.* DEROUIN, P., *op.cit.*, p.1102).

¹⁴⁶³ En este sentido, *vid.*, entre otros, CALDERÓN CARRERO, J.M., “Una vuelta de...”, *op.cit.*, p.11, quien entiende que la aplicación de la Directiva 2009/133/CE en relación con supuestos puramente domésticos cuando el Estado miembro en cuestión haya alineado su Derecho nacional con las disposiciones de la citada norma europea (estableciendo el mismo tratamiento fiscal para ambos tipos de operaciones), terminaría por “forzar” una reinterpretación de sus fines (eliminar los obstáculos fiscales a la realización de operaciones de reorganización empresarial de naturaleza transfronteriza), lo cual plantearía problemas en el contexto de aplicación de la cláusula anti-abuso contemplada en el artículo 15.1, apartado a) de la citada Directiva en la medida en que “el elemento objetivo del abuso atiende a la finalidad de la norma europea de cobertura”. Por otra parte, también se ha mostrado crítica NAVARRO EGEA, M., “Régimen de Fusiones...”, *op.cit.*, pp.31 y 37-38, apuntando que el planteamiento del TJUE en el asunto *Leur-Bloem* podría suponer una forma indirecta de intromisión del Derecho de la UE en los ordenamientos domésticos de los Estados miembros o incluso el reconocimiento de una vía de creación de Derecho europeo paralela a las establecidas en el Tratado. De hecho, a juicio de la autora, con independencia de que el legislador nacional haya podido extender unilateralmente el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE a supuestos estrictamente domésticos, ésta sólo debería proyectar sus efectos sobre las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial; así, el planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el TJUE sólo debería resultar admisible en este ámbito sin que, por tanto, pueda invocarse el principio de interpretación uniforme del Derecho de la UE como “elemento legitimador” para la presentación de una cuestión prejudicial que trae su origen en la aplicación del régimen fiscal especial a una operación de reorganización empresarial de carácter interno.

los asuntos *Andersen og Jensen*¹⁴⁶⁴, *Zwijnenburg*¹⁴⁶⁵, *Foggia*¹⁴⁶⁶, *Jacob/Lassus*¹⁴⁶⁷, o *AQ DN*¹⁴⁶⁸, así como en el auto del TJUE en el asunto *Galeria Parque Nascente*¹⁴⁶⁹.

3. La aplicación de la Directiva 2009/133/CE en el ámbito del Espacio Económico Europeo

Si partimos de una interpretación conjunta del tenor literal de los artículos 1, apartado a) y 3 de la Directiva 2009/133/CE, parece claro que las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial en las que participen sociedades cuya residencia fiscal está localizada en Estados no miembros quedarían excluidas del ámbito de aplicación de la citada Directiva, con independencia de que en la misma operación también interviniesen sociedades residentes en dos o más Estados miembros de la UE y sin que exista la posibilidad de una aplicación “parcial” del régimen de neutralidad fiscal. Asimismo, también quedarían excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva Fiscal de Fusiones aquellas operaciones de reorganización empresarial en las que participasen sociedades constituidas de acuerdo con la legislación de un Estado no miembro en la medida de que, aun cuando éstas pudieran ser residentes fiscales en diferentes Estados miembros (dando cumplimiento, de este modo, a los requisitos impuestos por los artículos 1, apartado a) y artículo 3, apartado b) de la Directiva) y quedar sujetas al Impuesto sobre Sociedades de un Estado miembro (verificando el cumplimiento de la condición prevista en el apartado c) del artículo 3 de la Directiva), no se daría cumplimiento al requisito establecido en el artículo 3, apartado a) de la Directiva relativo a la forma jurídica que deberían revestir dichas sociedades.

No obstante, y más allá de que los Estados miembros puedan extender unilateralmente (aunque sujeto a una serie de requisitos) sus respectivos regímenes de neutralidad fiscal inspirados en las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE a alguno

¹⁴⁶⁴ STJUE de 15 de enero de 2002, asunto C-43/00, *Andersen og Jensen Aps v. Skatteministeriet*. Nótese como, en este caso, tanto la Comisión Europea como el gobierno neerlandés, ya habían modificado la posición mantenida en el asunto *Leur-Bloem*, sosteniendo junto al gobierno danés, la competencia del TJUE para conocer el asunto (*vid.* STJUE de 15 de enero de 2002, asunto C-43/00, *Andersen og Jensen Aps*, ap.14). De hecho, incluso el propio AG Tizzano, a pesar de señalar que en el procedimiento principal sólo resultaba de aplicación la normativa interna danesa (*Fusionskattelov*) y no la Directiva 90/434/CEE, por tratarse de un supuesto de naturaleza doméstica, terminó por defender la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial habida cuenta de la “inequívoca orientación jurisprudencial” de la sentencia *Leur-Bloem* y de la identidad material entre ambos supuestos (*vid.* Conclusiones del Abogado General Tizzano, presentadas el 11 de septiembre de 2001, asunto C-43/00, *Andersen og Jensen*, aps.14-16).

¹⁴⁶⁵ STJUE de 20 de mayo de 2010, asunto C-352/08, *Zwijnenburg BV v. Staatssecretaris van Financiën*.

¹⁴⁶⁶ STJUE de 10 de noviembre de 2011, asunto C-126/10, *Foggia-Sociedade Gestora de Participações Sociais SA v. Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais*.

¹⁴⁶⁷ STJUE de 22 de marzo de 2018, asuntos acumulados C-327/16 (*Marc Jacob v. Ministre des Finances et des Comptes publics*) y C-421/16 (*Marc Lassus v. Ministre des Finances et des Comptes publics*).

¹⁴⁶⁸ STJUE de 18 de septiembre de 2019, asuntos acumulados C-662/18 (*AQ v. Ministre de l'Action et des Comptes publics*) y C-672/18 (*DN v. Ministre de l'Action et des Comptes publics*).

¹⁴⁶⁹ ATJUE de 15 de julio de 2019, asunto C-438/18, *Galeria Parque Nascente – Exploração de Espaços Comerciais, SA v. Autoridade Tributária e Aduaneira*.

de los supuestos anteriormente mencionados (p.ej. Alemania¹⁴⁷⁰, Bélgica, España, Francia, Irlanda, Italia¹⁴⁷¹, Luxemburgo, o Países Bajos¹⁴⁷²), lo cierto es que tratándose de sociedades residentes en Estados miembros del Espacio Económico Europeo (Noruega, Liechtenstein o Islandia) o sociedades constituidas de acuerdo con la legislación de un Estado miembro del EEE pero residentes fiscales en un Estado miembro de la UE, se ha apuntado la posibilidad de que, sobre la base de los artículos 31 y 34 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo en materia de libertad de establecimiento (similares en esencia a los artículos 49 y 54 del TFUE¹⁴⁷³), las operaciones de reorganización empresarial transfronterizas contempladas por la Directiva 2009/133/CE en las que participen dichas sociedades junto con sociedades de otros Estados miembros puedan beneficiarse de un tratamiento fiscal similar, siempre que las primeras revistan una forma jurídica comparable a las cubiertas por el ámbito de aplicación subjetivo de la citada norma¹⁴⁷⁴.

¹⁴⁷⁰ Vid. ENGLISCH, J., *op.cit.*, p.340.

¹⁴⁷¹ Por ejemplo, las autoridades tributarias italianas han admitido la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a las operaciones de fusión transfronteriza llevadas a cabo por sociedades residentes fuera del territorio de la UE con establecimientos permanentes en Italia, siempre que se cumplan una serie de requisitos, entre los que se encuentra que el Estado italiano no pierda sus derechos de gravamen sobre los activos situados en su territorio, para lo cual la sociedad beneficiaria deberá incorporar a su balance dichos activos (que seguirán estando afectos a un EP situado en Italia con posterioridad a la operación) por el valor fiscal que tenían en sede de la sociedad transmitente (*vid.* ROSSI, M., “Tax Authority Rules on Cross-Border Tax-Free Mergers”, *Tax Notes International*, vol.49, nº10, 2008, pp.856-857).

¹⁴⁷² Vid. GORDILLO FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, I., “Applying the Merger Directive beyond its scope in third-country scenarios: an alternative approach to *A Oy* (case c-48/11)- Part 2”, *op.cit.*, p.78.

¹⁴⁷³ En este sentido, *vid.* SSTJUE de 23 de octubre de 2008, asunto C-157/07, *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt GmbH v. Finanzamt für Körperschaften III in Berlin*, ap.24; o de 23 de febrero de 2006, asunto C-471/04, *Keller Holding GmbH v. Finanzamt Offenbach am Main-Land*, ap.24. De hecho, autores como BRASSEUR, M., VERMEYLEN, J., *op.cit.*, p.42, se han mostrado partidarios de extender la jurisprudencia del TJUE en relación con estos preceptos al ámbito del EEE. A este respecto, no puede perderse de vista como el propio artículo 6 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo establece que “sin perjuicio de la evolución futura de la jurisprudencia, las disposiciones del presente Acuerdo, en la medida en que sean idénticas en sustancia a las normas correspondientes del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y de los actos adoptados en aplicación de estos dos Tratados, se interpretarán, en su ejecución y aplicación, de conformidad con las resoluciones pertinentes del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictadas con anterioridad a la fecha de la firma del presente Acuerdo”. En este marco, y teniendo en cuenta que una de las principales finalidades del AEEE pivota sobre la garantía de la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales en todo el EEE de forma tal que el mercado interior existente en el seno de la UE se extienda a los Estados de la AELC, “corresponde al Tribunal de Justicia velar por que las disposiciones del Acuerdo EEE que sean fundamentalmente idénticas a las del Tratado se interpreten de manera uniforme dentro de los Estados miembros” (*vid.*, entre otras, las SSTJUE de 19 de julio de 2012, asunto C-48/11, *A Oy v. Veronsaajien oikeudenvalvontayksikkö*, ap.15; de 28 de octubre de 2010, asunto C-72/09, *Établissements Rimbaud SA v. Directeur général des impôts y Directeur des services fiscaux d’Aix-en-Provence*, ap.20; o de 11 de junio de 2009, asunto C-521/07, *Comisión de las Comunidades Europeas v. Países Bajos*, ap.32).

¹⁴⁷⁴ Sobre esta cuestión, *vid.* HELMINEN, M., *EU Tax Law...*, *op.cit.*, pp.150, 186 y 225-226; y TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., *European Tax Law*, *op.cit.*, p.656. A este respecto, nótese que también cabría la posibilidad de que este tipo de operaciones de reorganización empresarial transfronterizas resultasen fiscalmente neutras en virtud de lo establecido en la normativa tributaria doméstica de los Estados del EEE. Así, y a título de ejemplo, cabría señalar como Noruega cuenta, desde junio del año 2011, con normas fiscales domésticas que, inspirándose en la Directiva 2009/133/CE, garantizan el diferimiento de la tributación en el marco de fusiones y escisiones transfronterizas sujeto a una serie de requisitos entre los que se encuentra el relativo a que, con posterioridad a la operación, los activos y pasivos transmitidos

A este respecto, no conviene perder de vista que el principio establecido por la jurisprudencia del TJUE conforme al cual los Estados miembros deberán ejercer su competencia en materia de fiscalidad directa respetando el Derecho de la UE¹⁴⁷⁵ resulta de aplicación en el ámbito del EEE y, por tanto, los Estados que lo integran no podrán adoptar medidas contrarias a las libertades de circulación protegidas por disposiciones similares del AEEE¹⁴⁷⁶. De este modo, y en la medida en que los Estados miembros a la hora de implementar la Directiva 2009/133/CE en sus respectivos ordenamientos nacionales hayan decidido extender su ámbito de aplicación a supuestos puramente internos (alineando su Derecho nacional con las disposiciones de la citada Directiva), podría afirmarse que la exclusión del régimen de neutralidad fiscal por el mero hecho de que una de las sociedades participantes en la operación de reorganización empresarial en cuestión tenga su domicilio en un Estado miembro del EEE constituye una restricción a la libertad de establecimiento prevista en el artículo 31 del AEEE que sólo resultaría admisible si estuviese justificada por razones imperiosas de interés general, fuese adecuada para garantizar los fines perseguidos, y superase el “test de proporcionalidad”¹⁴⁷⁷.

En este sentido, y por lo que respecta a posibles razones imperiosas de interés general vinculadas a la necesidad de luchar contra el fraude fiscal o a preservar la eficacia de los controles fiscales, el TJUE ya ha tenido ocasión de señalar, por una parte, que la mera circunstancia de que una de las sociedades participantes en una operación de reorganización empresarial de carácter transfronterizo tenga su domicilio en un país tercero parte del EEE no puede fundamentar una presunción general de fraude fiscal y justificar una medida que vaya en detrimento de una Libertad Fundamental garantizada por el AEEE¹⁴⁷⁸ y, por otra parte, que la necesidad de preservar la eficacia de los controles fiscales no podrá ser invocada por los Estados miembros para justificar un tratamiento fiscal diferenciado en este tipo de supuestos siempre que existan mecanismos eficaces de asistencia mutua e intercambio de información entre las

queden efectivamente vinculados a un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria localizado en Noruega. La aprobación de dichas normas tiene su origen en la publicación, con fecha de 10 de marzo de 2010, de una opinión razonada del Órgano de Vigilancia de la Asociación Europea de Libre Comercio en la que se declaraba que la no extensión del régimen de neutralidad fiscal del que se beneficiaban las fusiones de naturaleza doméstica a las operaciones de fusión transfronteriza en las que participaban una o varias sociedades residentes a efectos fiscales en Noruega (salvo acuerdo favorable del Ministerio de Finanzas), de forma tal que estas últimas quedaban sometidas a imposición en el momento de su realización (tanto a nivel de las sociedades participantes como de sus socios), constituía una restricción no justificada de la libertad de establecimiento prevista en el AEEE (sobre esta cuestión *vid.* ZIMMER, F., “Year in review: Norway”, *Tax Notes International*, vol.64, nº12, 2011, p.919).

¹⁴⁷⁵ En este sentido, *vid.*, entre otras, las SSTJUE de 21 de febrero de 2013, asunto C-123/11, *A Oy*, ap.29; de 19 de noviembre de 2009, asunto C-540/07, *Comisión Europea v. Italia*, ap.28; de 11 de octubre de 2007, asunto C-451/05, *Européenne et Luxembourgeoise d'investissements SA (ELISA)*, ap.68; o de 13 de diciembre de 2005, asunto C-446/03, *Marks & Spencer plc*, ap.29.

¹⁴⁷⁶ En este sentido, *vid.* SSTJUE de 19 de julio de 2012, asunto C-48/11, *A Oy*, ap.16; y de 28 de octubre de 2010, asunto C-72/09, *Établissements Rimbaud SA v. Directeur général des impôts y Directeur des services fiscaux d'Aix-en-Provence*, ap.23.

¹⁴⁷⁷ En este sentido, *vid.* STJUE de 19 de julio de 2012, asunto C-48/11, *A Oy*, aps.27-30.

¹⁴⁷⁸ En este sentido, *vid.* STJUE de 19 de julio de 2012, asunto C-48/11, *A Oy*, ap.32.

autoridades competentes de dichos Estados miembros y de los Estados parte del EEE¹⁴⁷⁹ (p.ej. un Convenio de cooperación administrativa en materia fiscal) que permitan comprobar y controlar la concurrencia de los requisitos exigidos por la normativa doméstica del Estado miembro en cuestión para la aplicación del régimen de neutralidad fiscal, lo cual corresponde verificar a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro¹⁴⁸⁰.

De este modo, podría afirmarse que, sobre la base del principio de no discriminación y de la libertad de establecimiento prevista en los artículos 31 y 34 del AEEE, los Estados miembros deberán extender, con carácter general, el tratamiento fiscal previsto en sus respectivas legislaciones nacionales para las operaciones de reorganización empresarial de carácter interno a aquellas operaciones de reorganización empresarial comparables en las que participen sociedades establecidas en un Estado parte del EEE¹⁴⁸¹, sin que esto conlleve una ampliación del ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE a las sociedades establecidas en un país tercero parte del Acuerdo EEE¹⁴⁸².

Esta misma idea, aunque desde la perspectiva exclusiva de los Estados integrantes del EEE, también puede observarse en la Sentencia del Tribunal de la

¹⁴⁷⁹ A este respecto, nótese que la Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/799/CEE (DOUE nº L 64, de 11 de marzo de 2011, p.1) tan sólo resulta de aplicación en el ámbito de la Unión Europea.

¹⁴⁸⁰ En este sentido, *vid.* STJUE de 19 de julio de 2012, asunto C-48/11, *A Oy*, aps.33-39. En una línea similar, podría traerse a colación la STJUE de 21 de diciembre de 2016, asunto C-503/14, *Comisión Europea v. Portugal*, donde el Tribunal declaró que la normativa portuguesa en virtud de la cual el diferimiento de las posibles plusvalías puestas de manifiesto en el marco de operaciones de aportación del patrimonio afecto a una actividad empresarial/profesional por parte de personas físicas a una sociedad únicamente resultaba de aplicación en aquellos supuestos en los que sociedad beneficiaria tenía su domicilio social y sede de dirección efectiva en Portugal, resultaba incompatible con la libertad de establecimiento prevista en el artículo 49 del TFUE y en el artículo 31 del AEEE (aps.78-94). Ahora bien, en aquellos supuestos en los que la normativa doméstica de un Estado miembro haga depender el otorgamiento de una determinada ventaja fiscal o la aplicación de un determinado régimen fiscal del cumplimiento de requisitos cuya observancia sólo pudiera comprobarse recabando información de las autoridades competentes de un Estado tercero parte del EEE, resultaría legítimo que dicho Estado miembro denegase la concesión de la ventaja o del régimen fiscal en cuestión si, debido a la inexistencia de una obligación convencional del Estado miembro del EEE de facilitar información, resultase imposible obtener los datos pertinentes (en este sentido, aunque en el ámbito de la libre circulación de capitales, *vid.* STJUE de 19 de noviembre de 2009, asunto C-540/07, *Comisión Europea v. Italia*, aps.71-73).

¹⁴⁸¹ A este respecto, y en el ámbito de las operaciones de canjes de valores en las que participan sociedades del EEE, algunos autores como CALDERÓN CARRERO, J.M., MARTÍN JIMÉNEZ, A., *Derecho Tributario de...*, *op.cit.*, p.304, han llamado la atención acerca de la necesidad de modificar el artículo 80 de la LIS al objeto de alinearlo con la jurisprudencia derivada de la sentencia en el asunto *A Oy*.

¹⁴⁸² *Vid.* STJUE de 19 de julio de 2012, asunto C-48/11, *A Oy*, ap.28. En relación con esta cuestión, y a la luz de la doctrina derivada de la STJUE de 24 de noviembre de 2016, asunto C-464/14, *SECIL-Companhia Geral de Cal e Cimento SA v. Fazenda Pública*, en el ámbito de la libre circulación de capitales, podría incluso plantearse la posibilidad de extender esta afirmación a aquellos supuestos en los que en la operación de reorganización empresarial en cuestión participasen sociedades de terceros Estados con los que la UE hubiese suscrito un Acuerdo comercial o de inversión (p.ej. los Acuerdos Euromediterráneos de Asociación) que se proyectase sobre el derecho de establecimiento de forma clara y precisa, especialmente cuanto existan mecanismos eficaces de asistencia mutua e intercambio de información entre las autoridades competentes de los Estados parte del Acuerdo.

AELC, de 2 de diciembre de 2013, asunto E-14/13, *Órgano de vigilancia de la AELC v. Islandia*, donde se declaró que la normativa fiscal islandesa resultaba contraria a los artículos 31 y 40 del AEEE por cuanto establecía el gravamen inmediato (a modo de dividendos) de las posibles plusvalías surgidas en el marco de operaciones intra-EEE de canje de valores o de fusión por absorción de una sociedad íntegramente participada, mientras que, en el plano doméstico, estas mismas operaciones resultaban fiscalmente neutras¹⁴⁸³. Por tanto, podría afirmarse que, con carácter general, los Estados que integran el EEE deberán extender a las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial en las que participen sociedades de la UE el mismo tratamiento fiscal otorgado a las operaciones de reorganización empresarial de carácter doméstico, el cual no necesariamente tendría que pivotar sobre un sistema de diferimiento del gravamen de las plusvalías latentes como el configurado por la Directiva 2009/133/CE, pudiendo, por ejemplo, optar por el gravamen de dichas plusvalías a un tipo reducido¹⁴⁸⁴.

Ahora bien, en todo caso conviene tener presente que, en la medida en que los Estados miembros hayan decidido alinear su Derecho nacional con las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE (otorgando el mismo tratamiento fiscal a operaciones de reorganización empresarial domésticas e intra-europeas), se estaría abriendo la puerta a una suerte de “aplicación indirecta” de las disposiciones de la Directiva Fiscal de Fusiones (vía principio de no discriminación), a supuestos que, *a priori*, quedarían excluidos de su ámbito de aplicación en virtud de lo establecido en sus artículos 1 y 3¹⁴⁸⁵. En nuestra opinión, y aun cuando esta posibilidad derivada de la jurisprudencia del TJUE podría plantear algunos problemas vinculados a al carácter heterogéneo de las legislaciones nacionales de los Estados miembros, lo cierto es que el hecho de que la mayoría de los mismos haya optado por extender unilateralmente el régimen de neutralidad fiscal previsto en la Directiva 2009/133/CE a supuestos puramente internos contribuiría, por una parte, a extender el mercado interior a todo el EEE, eliminado uno de los principales obstáculos a las operaciones de reorganización empresarial transfronterizas en las que participen sociedades establecidas en Noruega, Liechtenstein o Islandia y, por otra parte, a la vigencia práctica de las disposiciones en materia de fusiones y escisiones transfronterizas contenidas Directiva 2017/1132/UE cuyo ámbito de aplicación se proyecta sobre el conjunto del EEE¹⁴⁸⁶.

4. Operaciones de reorganización empresarial cubiertas por el ámbito de aplicación objetivo de la Directiva 2009/133/CE

¹⁴⁸³ Vid. Sentencia del Tribunal de la AELC, de 2 de diciembre de 2013, asunto E-14/13, *Órgano de vigilancia de la AELC v. Islandia*, ap.32.

¹⁴⁸⁴ Vid. VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, op.cit., p.340.

¹⁴⁸⁵ En este sentido, vid. HOFSTÄTTER, M., HOHENWARTER-MAYR, D., op.cit., p.176.

¹⁴⁸⁶ De hecho, algunos autores como VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, op.cit., p.156, han apuntado incluso hacia la necesidad de que la Unión Europea lleve a cabo negociaciones con los Estados miembros del EEE que permitan aplicar la Directiva 2009/133/CE a las operaciones de fusión transfronteriza que sirvan como mecanismo de constitución de una Sociedad Europea.

4.1. El carácter autónomo de las definiciones contenidas en el artículo 2 de la Directiva

De acuerdo con lo establecido en el artículo 1 de la Directiva 2009/133/CE, su ámbito de aplicación objetivo se proyecta, por una parte, sobre las operaciones de fusión, escisión (total o parcial), aportación de activos, y canje de acciones en las que intervengan sociedades de dos o más Estados miembros y, por otra parte, sobre el traslado del domicilio social de un Estado miembro a otro por parte de sociedades anónimas europeas o de sociedades cooperativas europeas. Nos encontramos pues ante un conjunto de operaciones que, a excepción del traslado transfronterizo del domicilio social, implican cambios en la estructura patrimonial y accionarial de las sociedades participantes en las mismas (fusiones, escisiones, y aportaciones de activos) o simplemente una modificación de la estructura de su accionariado (canje de acciones), y, por ende, pueden englobarse bajo el concepto de “reorganizaciones empresariales” (*corporate/business reorganizations*)¹⁴⁸⁷.

A este respecto, cabría señalar que, en la medida en que, con carácter general, los efectos de las operaciones de traslado transfronterizo del domicilio social se “limitan” a la modificación del régimen jurídico aplicable a la sociedad (cuestión que tratándose de una SE o una SCE quedaría limitada a los aspectos no regulados por el Reglamento (CE) n° 2157/2001 o por el Reglamento (CE) n° 1435/2003 respectivamente), así como a la correspondiente modificación de su escritura social o estatutos, sin que se produzca transmisión alguna de elementos patrimoniales o modificaciones en su accionariado, habría que partir de una interpretación muy amplia (e incluso algo forzada) del término “reorganización empresarial” para que estas operaciones pudieran quedar cubiertas por el mismo. Sin embargo, lo cierto es que la propia Directiva 2005/19/CE, en virtud de la cual se incorporó el traslado transfronterizo del domicilio social de la SE y de la SCE al ámbito de aplicación objetivo de la Directiva 90/434/CEE, parecía otorgarles esta consideración al afirmar en su Considerando n° 6 que “la decisión de la sociedad de reorganizar su actividad mediante el traslado de su domicilio social no debe verse obstaculizada por una reglamentación fiscal discriminatoria, ni por restricciones, trabas o distorsiones derivadas de disposiciones fiscales nacionales que contravengan el Derecho comunitario” (el subrayado es nuestro).

En cualquier caso, y ante la posibilidad de que el traslado del domicilio social de la SE y de la SCE de un Estado miembro a otro pueda dar lugar a alguna forma de imposición en el Estado miembro de origen (se produzca o no un cambio en la residencia fiscal de la sociedad), no cabe duda de la necesidad de extender a estas operaciones el régimen de neutralidad fiscal configurado por la Directiva 2009/133/CE, habida cuenta de que, por una parte, constituyen una modalidad de ejercicio de la libertad de establecimiento (al igual que otras operaciones de reorganización

¹⁴⁸⁷ Sobre esta cuestión, *vid.* VANISTENDAEL, F., “Taxation of corporate...”, *op.cit.*, p.897.

empresarial propiamente dichas), y, por otra parte, ya disponen de un régimen jurídico-procedimental propio de naturaleza europea, recogido en el Reglamento (CE) nº 2157/2001 y en el Reglamento (CE) nº 1435/2003, que garantiza el mantenimiento de la personalidad jurídica de la SE y de la SCE en el marco de estas operaciones, así como la protección de los derechos de los colectivos afectados por la misma (accionistas minoritarios, acreedores y trabajadores).

Por otra parte, es importante tener presente que la Directiva 2009/133/CE contempla una definición autónoma de las operaciones de reorganización empresarial cubiertas por su ámbito de aplicación objetivo¹⁴⁸⁸, estableciendo sus elementos definidores así como las características que deberán satisfacer para tener al acceso al régimen de neutralidad fiscal¹⁴⁸⁹. Ciertamente, la Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones de 1969 ya recogía en su articulado una definición de las operaciones transfronterizas de fusión, escisión y aportación de activos sobre las que proyectaba su ámbito de aplicación¹⁴⁹⁰ cuando, en el plano del Derecho societario, europeo ni siquiera había sido presentada la Propuesta de Tercera Directiva sobre fusiones de sociedades anónimas de naturaleza doméstica¹⁴⁹¹ y el grupo de expertos dirigidos por el profesor Goldman todavía se encontraba trabajando en el Proyecto de Convenio sobre fusiones internacionales de sociedades anónimas que vería la luz en 1973. En este sentido, ya hemos apuntado que la Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones de 1969 se concebía como un instrumento destinado a eliminar los obstáculos fiscales que afectaban a la realización de estas operaciones en aquellos supuestos en los que de acuerdo con las legislaciones societarias nacionales de los Estados miembros implicados fuesen posibles, a la espera de que, más adelante, otra norma europea en el plano del Derecho societario abriese definitivamente la puerta a su realización en el conjunto de los Estados miembros, a través de la configuración de un régimen jurídico-procedimental de naturaleza europea que garantizase un adecuado nivel de seguridad jurídica para las diferentes partes afectadas por estas operaciones.

¹⁴⁸⁸ Vid. artículo 2, apartados a), b), c), d), e), y k) de la Directiva 2009/133/CE.

¹⁴⁸⁹ Una posición crítica contra el planteamiento seguido por el legislador europeo puede encontrarse en BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, pp.134-135. A juicio de este autor, y con el fin de evitar que determinadas operaciones transfronterizas de reorganización empresarial posibles bajo el Derecho societario de los Estados miembros queden fuera del régimen de neutralidad, la Directiva 2009/133/CE debería de prescindir de las definiciones contenidas en su artículo 2, apartados a) – e) y extender, a través de la modificación del artículo 1, apartado a), su ámbito de aplicación objetivo a las “reorganizaciones empresariales”. Todo ello, sin perjuicio de que pueda invocarse la aplicación de la cláusula anti-abuso para evitar el acceso al régimen de neutralidad fiscal de aquellas operaciones que, aun encajando en el amplio concepto/categoría de “reorganización empresarial” que maneje el Derecho societario del Estado miembro en cuestión, presenten características que, a la vista de la finalidad y objetivos de la Directiva Fiscal de Fusiones, desaconsejen tal posibilidad.

¹⁴⁹⁰ Vid. artículo 2.1 de la Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones de 1969.

¹⁴⁹¹ La Propuesta de Tercera Directiva del Consejo tendente a coordinar las garantías exigidas por los Estados miembros de las sociedades, en el sentido del artículo 58 párrafo 2 del Tratado, para proteger los intereses, tanto de los socios como de terceros, en lo relativo a las fusiones de las sociedades anónimas, fue presentada por la Comisión al Consejo el 16 de junio de 1970 (DOCE nº C 89, de 14 de julio de 1970, p.20).

Ahora bien, y a pesar del carácter autónomo de las definiciones contempladas en la Propuesta de Directiva de 1969, no debe perderse de vista que la definición de fusión por absorción contenida en su artículo 2.1, apartado a) se construyó sobre base de la definición consensuada por el grupo de expertos que, desde 1965, trabajaba para dar solución a la problemática que presentaban las fusiones transfronterizas en plano del Derecho societario, mientras que el resto de las operaciones de reorganización empresarial cubiertas por la citada Propuesta de Directiva (fusión por constitución, escisión y aportación de activos) fueron definidas *ex novo* como variantes de la definición de fusión por absorción¹⁴⁹². De este modo, podría afirmarse que, en este ámbito, la Directiva Fiscal de Fusiones, ha ido, en muchas ocasiones, un paso por delante del Derecho societario europeo, tal y como muestra el hecho de que las primeras definiciones de naturaleza europea de las operaciones de canje de acciones y de escisión parcial fueran introducidas por la citada Directiva¹⁴⁹³.

Sin embargo, lo dicho anteriormente no es óbice para que, en relación con aquellas operaciones de reorganización empresarial que se han visto alcanzadas por el proceso armonizador en el plano del Derecho societario europeo puedan observarse similitudes entre las definiciones contempladas por la Directiva 2009/133/CE y las previstas la Directiva 2017/1132/UE, las cuales en algunos casos resultarán particularmente relevantes (p.ej. tratándose de operaciones de fusión por absorción¹⁴⁹⁴, fusión por constitución¹⁴⁹⁵, fusión “impropia”¹⁴⁹⁶, o escisión total¹⁴⁹⁷) mientras que en otros casos presentarán una menor intensidad (p.ej. en el caso de operaciones de escisión parcial¹⁴⁹⁸ o segregación¹⁴⁹⁹). Ahora bien, y sin perjuicio de las consideraciones que efectuaremos en los siguientes epígrafes de este trabajo, conviene ya adelantar que: i) determinadas operaciones contempladas actualmente por la Directiva 2017/1132/UE no figuran recogidas como tales en la Directiva 2009/133/CE (p.ej. la modalidad de operación por fusión prevista en el artículo 119.2, apartado d) de la Directiva

¹⁴⁹² En este sentido, *vid.* EUROPEAN TAXATION, *op.cit.*, p.152.

¹⁴⁹³ A este respecto, cabría señalar que la definición de la operación de canje de acciones ya figuraba en la redacción original de la Directiva 90/434/CEE (sin que, en la actualidad, se encuentre definida como tal por una norma de Derecho societario europeo), mientras que la definición de la operación de escisión parcial fue introducida por la modificación operada en la citada norma por la Directiva 2005/19/CE (no siendo hasta finales del año 2019 cuando la Directiva 2019/2121/UE incorporó en el plano del Derecho societario europeo una definición de estas operaciones).

¹⁴⁹⁴ *Vid.* artículo 2, apartado a), subapartado i) de la Directiva 2009/133/CE y artículo 119.2, apartado a) de la Directiva 2017/1132/UE.

¹⁴⁹⁵ *Vid.* artículo 2, apartado a), subapartado ii) de la Directiva 2009/133/CE y artículo 119.2, apartado b) de la Directiva 2017/1132/UE.

¹⁴⁹⁶ *Vid.* artículo 2, apartado a), subapartado iii) de la Directiva 2009/133/CE y artículo 119.2, apartado c) de la Directiva 2017/1132/UE.

¹⁴⁹⁷ *Vid.* artículo 2, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE y artículo 160 *ter*, apartado 4, subapartado a) de la Directiva 2017/1132/UE. Nótese que, tal y como ya hemos apuntado, la Directiva 2017/1132/UE tan sólo da cobertura a las operaciones de escisión total en favor de sociedades de nueva creación a diferencia de lo que sucede con la Directiva 2009/133/CE que también proyecta su ámbito de aplicación objetivo sobre las operaciones de escisión total en favor de sociedades ya existentes.

¹⁴⁹⁸ *Vid.* artículo 2, apartado c) de la Directiva 2009/133/CE y artículo 160 *ter*, apartado 4, subapartado b) de la Directiva 2017/1132/UE.

¹⁴⁹⁹ *Vid.* artículo 2, apartado d) de la Directiva 2009/133/CE (bajo la denominación de aportación de activos) y artículo 160 *ter*, apartado 4, subapartado c) de la Directiva 2017/1132/UE.

2017/1332/UE o la operación de transformación transfronteriza prevista en el artículo 86 *ter* de la citada norma comunitaria); ii) algunas operaciones comprendidas bajo el ámbito de aplicación objetivo de la Directiva 2009/133/CE no cuentan con una definición en el plano del Derecho societario europeo, tal y como sucede en el caso de los canjes de acciones; y iii) las diferencias existentes entre las definiciones de escisión parcial y segregación (o aportación parcial de activos) previstas en Directiva 2017/1132/UE y las contempladas en la Directiva 2009/133/UE podrían impedir su acceso al régimen de neutralidad fiscal comunitario (p.ej. en aquellos supuestos en los que, en el marco de una escisión parcial transfronteriza, se atribuyan a los socios de la sociedad escindida títulos de la propia sociedad escindida y no exclusivamente títulos representativos del capital social de la sociedad o sociedades beneficiarias; o cuando, tratándose de una segregación, el conjunto patrimonial transmitido no configure una rama de actividad).

Si nos trasladamos al plano del Derecho doméstico, cabría apuntar como algunos Estados miembros, entre los que se encuentran España¹⁵⁰⁰, Francia¹⁵⁰¹, o Portugal¹⁵⁰² han optado por seguir la línea de la Directiva 2009/133/CE definiendo de forma autónoma las operaciones de reorganización empresarial que pueden acogerse al régimen de neutralidad fiscal, mientras que otros Estados miembros como Bélgica¹⁵⁰³ o Eslovenia¹⁵⁰⁴ delimitan los contornos de aplicación del régimen de neutralidad fiscal a través de la remisión a las definiciones de las diferentes operaciones de reorganización empresarial que figuran en sus respectivas normativas societarias, sin perjuicio de que, por una parte, en aquellos supuestos en los que la legislación societaria doméstica no proporcione una definición de alguna de las operaciones contempladas por la Directiva 2009/133/CE ésta sea introducida por la propia normativa fiscal¹⁵⁰⁵ y, por otra parte, la aplicación de las medidas que integran el régimen de neutralidad fiscal queden supeditadas al cumplimiento de determinados requisitos.

Ciertamente, la fórmula empleada a nivel interno por este último grupo de Estados miembros, aun cuando contribuiría a eliminar las posibles distorsiones

¹⁵⁰⁰ Vid. artículo 76 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades. A este respecto, y en relación con aquellos supuestos en los que la definición de alguna de las operaciones de reorganización empresarial que pueden acogerse al régimen de neutralidad fiscal poco o nada aporta a la definición que de esas mismas operaciones se recoge en la normativa societaria, se ha apuntado que “razón de ser no ha de buscarse en la autonomía del Derecho tributario para redefinir los conceptos ya consolidados en otros sectores del ordenamiento, sino que ha de encontrarse en el deseo del legislador de reproducir fielmente el régimen fiscal establecido en la Directiva 90/434/CEE, siendo especialmente útil para evitar las incertidumbre que se pueden suscitar en la aplicación del régimen de diferimiento a la hora de calificar operaciones complejas entre entidades de distintos Estados” (en este sentido, *vid.* NAVARRO EGEA, M., “La fusión de...”, *op.cit.*, p.103).

¹⁵⁰¹ Vid. artículo 210-0 A del CGI.

¹⁵⁰² Vid. artículo 73 del *Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas*.

¹⁵⁰³ En este sentido, nótese como el artículo 45 del *Code des Impôts sur les Revenues (CIR)* no contempla una definición de las operaciones de fusión y escisión en sus diferentes modalidades sino que se remite indirectamente a las definiciones contempladas en los artículos 671 y siguientes *Code des Sociétés*.

¹⁵⁰⁴ Vid. ZORMAN, G., JANEZIC, K., *op.cit.*, p.599.

¹⁵⁰⁵ A este respecto, podría traerse de nuevo a colación el artículo 45 del CIR belga donde se introduce una definición de la operación de canje de acciones habida cuenta de que se trata de una operación no definida en el *Code des Sociétés*.

derivadas de las divergencias entre las definiciones de las diferentes operaciones de reorganización empresarial en el plano mercantil y fiscal¹⁵⁰⁶, no está exenta de inconvenientes ya que una alteración en el plano del Derecho societario de la definición de las operaciones de reorganización empresarial con acceso al régimen de neutralidad fiscal que no valore adecuadamente las posibles implicaciones tributarias de la misma, podría dar lugar a “sorpresas inesperadas” en relación con la aplicación de dicho régimen que se traduzcan en una reducción de los ingresos fiscales del Estado miembro en cuestión¹⁵⁰⁷. Asimismo, cabría señalar como la remisión por parte de la normativa tributaria a las definiciones de las operaciones de reorganización empresarial que figuran en la legislación societaria de referencia, introduciría el riesgo potencial de dejar fuera del régimen de neutralidad fiscal a operaciones que presenten los rasgos definidores de las operaciones de reorganización empresarial propiamente dichas pero que se encuentren recogidas en otras ramas del ordenamiento jurídico del Estado miembro en cuestión (p.ej. la operación de disolución-confusión prevista en el artículo 1844.5 del *Code Civil* francés¹⁵⁰⁸). Por otra parte, debe tenerse presente que la adopción de este planteamiento a la hora de transponer en el ámbito doméstico las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE se traducirá en que las definiciones de las operaciones de reorganización empresarial previstas en la legislación societaria de dichos Estados miembros no podrá ser más restrictiva que la prevista en el artículo 2 de la Directiva (pero sí más flexible), ya que de lo contrario se estaría restringiendo indebidamente el ámbito de aplicación objetivo de la citada norma comunitaria.

En cualquier caso, la opción adoptada en su momento por el legislador europeo a la hora de delimitar el ámbito de aplicación objetivo de la Directiva Fiscal de Fusiones debe entenderse en un contexto caracterizado no sólo por la ausencia de una definición de las operaciones de reorganización empresarial transfronteriza a las que se consideraba deseable extender el régimen de neutralidad fiscal por parte del Derecho societario europeo (al menos en el momento de la presentación de la Propuesta de

¹⁵⁰⁶ En este sentido, y desde una perspectiva general, cabría traer a colación las palabras de ROJO, A., *op.cit.*, p.682, cuando afirmaba que “para establecer los conceptos de las instituciones jurídicas, de la recíproca autonomía del derecho mercantil y del derecho fiscal no se debe hacer uso más que cuando sea estrictamente indispensable (...)”. De hecho, y en relación con la posición adoptada por el legislador español a la hora de delimitar el ámbito de aplicación del régimen de neutralidad fiscal contenido el Capítulo VII del Título VII de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, la presencia de definiciones autónomas de las operaciones de fusión y escisión se ha llegado a calificar por parte de la doctrina como “perturbadora e innecesaria”, apuntando a la conveniencia de que la norma fiscal se limite a señalar las condiciones que deberán reunir las operaciones que, de acuerdo con la normativa mercantil (en particular, la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles), merezcan la calificación de fusión o escisión para poder acceder al régimen de neutralidad fiscal (en este sentido, *vid.* AEDAF, “Régimen fiscal especial de las operaciones de reestructuración empresarial: observaciones y propuestas de la AEDAF Análisis crítico de la actual normativa con el objetivo de reforzar la seguridad jurídica”, *Papers AEDAF* n° 3, 2011, p.24).

¹⁵⁰⁷ En este sentido, VANISTENDAEL, F., “Taxation of corporate...”, *op.cit.*, p.909.

¹⁵⁰⁸ A este respecto, nótese como las resoluciones del *Conseil d'État* francés, de 17 de junio de 2011, n° 314667 y 324392, en línea con lo establecido en la Instrucción de la *Direction Générale des Impôts* de 7 de julio de 2003, 4 I-1-03, han admitido la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a las operaciones contempladas en el artículo 1844.5 del *Code Civil* francés en la medida en que presentan características similares a las de las operaciones de fusión previstas en el artículo 210-0-A del *Code Général des Impôts* y cuya definición deriva directamente del artículo 2 de la Directiva 2009/133/CE.

Directiva de 1969¹⁵⁰⁹), sino también por la existencia de un importante grado de heterogeneidad en las legislaciones fiscales domésticas de los diferentes Estados miembros a la hora de definir las operaciones de reorganización empresarial (y sus modalidades) que tenían acceso a sus respectivos regímenes de neutralidad fiscal.

A este respecto, cabría señalar que, con independencia de que pudiera considerarse la necesidad de flexibilizar alguno de los elementos que integran las definiciones de las operaciones de reorganización empresarial contempladas en la Directiva 2009/133/CE, no puede perderse de vista que la delimitación autónoma por parte de la Directiva 2009/133/CE de los caracteres definidores y de los requisitos que deben satisfacer las diferentes operaciones transfronterizas de reorganización empresarial que integran su ámbito de aplicación objetivo para beneficiarse de sus disposiciones no viene sino a reflejar el interés del legislador europeo en reservar el acceso al régimen de neutralidad fiscal a aquellas operaciones que efectivamente sirvan para reorganizar y/o racionalizar las actividades económicas o la estructura patrimonial/accionarial de las sociedades de los diferentes Estados miembros, cerrando la puerta a operaciones que, bajo la apariencia de reorganizaciones empresariales, se asemejan más a una mera compra-venta de activos o títulos o bien pueden servir de medio para alcanzar un resultado no acorde con los fines para los que fue diseñada la propia Directiva. De hecho, y aun reconociendo la estrecha relación existente entre el proceso de armonización llevado en el plano del Derecho societario y del Derecho tributario por lo que respecta a las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial como modalidades de ejercicio de la libertad de establecimiento, conviene recordar que no existe una identidad entre las finalidades y objetivos perseguidos por la Directiva 2017/1132/UE (en relación con sus disposiciones en materia de fusiones, escisiones y transformaciones transfronterizas) y por la Directiva 2009/133/CE, sin perjuicio de que la no aplicación del régimen de neutralidad fiscal a alguna de las operaciones previstas por la Directiva 2017/1132/UE pueda determinar, en la práctica, una pérdida de la vigencia efectiva de sus disposiciones.

Por último, pero no por ello menos importante, cabría señalar que la autonomía de las definiciones de las diferentes operaciones transfronterizas de reorganización empresarial cubiertas por el ámbito de aplicación objetivo de la Directiva 2009/133/CE no impide que el cumplimiento de los requisitos establecidos por las normas de Derecho societario de los Estados miembros involucrados en las mismas (las cuales deberán adecuarse a lo establecido en las correspondientes normas de Derecho de la UE, así como a los principios interpretativos derivados de la jurisprudencia del TJUE en materia de libertad de establecimiento) se imponga como condición necesaria, aunque no

¹⁵⁰⁹ Sin embargo, en el momento de aprobación de la Directiva 90/434/CEE ya habían visto la luz las Directivas 78/855/CEE y 82/891/CEE, las cuales, si bien únicamente proyectaban su ámbito de aplicación, respectivamente, sobre las fusiones y escisiones de naturaleza doméstica, contenían una definición comunitaria de las operaciones de fusión (por absorción y constitución) así como de las operaciones de escisión total (por absorción y constitución).

suficiente, para el acceso de dichas operaciones al régimen de neutralidad fiscal¹⁵¹⁰. En este sentido, el hecho de que la gran mayoría de las operaciones sobre las que se proyecta la Directiva 2009/133/CE disponga en la actualidad de un marco jurídico-procedimental armonizado de referencia contribuye a mitigar las posibles consecuencias negativas derivadas de la heterogeneidad de las legislaciones societarias de los diferentes Estados miembros en esta materia y que de forma indirecta se proyectarían sobre la aplicación práctica del régimen de neutralidad fiscal configurado por dicha norma comunitaria.

4.2. Fusiones

4.2.1. Modalidades cubiertas

El artículo 2 de la Directiva 2009/133/CE hace referencia a tres variantes o modalidades de la operación de fusión que *a priori* podrían beneficiarse de sus disposiciones, a saber: fusión por absorción, fusión por constitución, y la denominada “fusión impropia” o absorción de una sociedad totalmente participada.

De este modo, la fusión por absorción aparece definida como la operación en virtud de 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”¹⁵¹¹.

Por su parte, la fusión por constitución se define como aquella operación a través de la que “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

¹⁵¹⁰ A título de ejemplo, *vid.* artículo 46.1, apartado 3, del CIR belga, donde se condiciona la aplicación del diferimiento del gravamen de las plusvalías surgidas en el marco de operaciones de aportación de activos a que éstas se realicen “con arreglo a las disposiciones del *Code des sociétés* en la materia y, en su caso, de acuerdo con las disposiciones de Derecho de sociedades análogas de otro Estado miembro de la Unión Europea aplicables a la sociedad de otro Estado miembro, ya sea transmitente o beneficiaria”. En esta misma línea, y en el caso de España, podrían traerse a colación las Consultas Vinculantes de la DGT de 22 de marzo de 2016 (V1148-16), o de 2 de octubre de 2017 (V2435-17), donde, en el marco de sendas operaciones de fusión transfronteriza, se supedita la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a que las mismas se realicen en el ámbito mercantil al amparo de lo dispuesto en la LME (debiendo cumplir asimismo con los requisitos y condiciones previstos en el Capítulo VII del Título VII de la LIS).

¹⁵¹¹ *Vid.* artículo 2, apartado a), subapartado i) de la Directiva 2009/133/CE.

nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos títulos deducido de su contabilidad”¹⁵¹².

En último lugar, configurándose como una suerte de variante *sui generis* de la fusión por absorción que en el plano del Derecho societario se beneficia de una simplificación de las formalidades exigidas para su realización¹⁵¹³ y que no figuraba explícitamente recogida en la Propuesta de Directiva de 1969 (aun cuando pudiera entenderse cubierta por su ámbito de aplicación en virtud de lo establecido en su artículo 8), la Directiva define la fusión impropia como la operación en virtud de 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”¹⁵¹⁴.

A este respecto, la primera cuestión que cabría destacar reside en la existencia de una identidad *quasi* literal entre las definiciones contempladas en la Directiva 2009/133/CE para las citadas modalidades de fusión y las recogidas en el plano del Derecho societario por la Directiva 2017/1132/UE¹⁵¹⁵. De este modo, cualquier operación de fusión transfronteriza que encaje en las definiciones contempladas en los apartados a), b) y c) del artículo 119.2 de la Directiva 2017/1132/UE y se realice conforme a sus disposiciones, podrá acceder al régimen de neutralidad fiscal siempre, claro está, que se verifique el cumplimiento de los requisitos específicos establecidos por la Directiva 2009/133/CE para su aplicación, lo cual resultaría coherente con la idea de eliminar los obstáculos de naturaleza jurídico-fiscal a estas operaciones con el fin de mejorar la productividad y competitividad de las empresas europeas, así como garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior.

Sin embargo, conviene matizar que no existe una coincidencia plena entre el ámbito de aplicación objetivo de las Directivas 2017/1132/UE y 2009/133/CE por lo que respecta a las operaciones de fusión transfronteriza ya que, por una parte, tras la reforma operada por la Directiva 2019/2121/UE se ha incorporado a la Directiva 2017/1132/UE una nueva modalidad de fusión no prevista por la Directiva Fiscal de Fusiones¹⁵¹⁶ y, por otra parte, la Directiva 2017/1132/UE permite dar cobertura a operaciones de fusión transfronteriza en las que la legislación doméstica de algunos de los Estados miembros afectados por la misma permite que la compensación en efectivo supere el 10% del valor nominal de los títulos o participaciones que representen el capital de la sociedad resultante de la fusión¹⁵¹⁷, posibilidad no admitida por la

¹⁵¹² Vid. artículo 2, apartado a), subapartado ii) de la Directiva 2009/133/CE.

¹⁵¹³ Vid. artículo 132.1 de la Directiva 2017/1132/UE.

¹⁵¹⁴ Vid. artículo 2, apartado a), subapartado iii) de la Directiva 2009/133/CE.

¹⁵¹⁵ Vid. artículo 119.2, apartados a), b) y c) de la Directiva 2017/1132/UE.

¹⁵¹⁶ Vid. artículo 119.2, apartado d) de la Directiva 2017/1132/UE.

¹⁵¹⁷ Vid. artículo 120.1 de la Directiva 2017/1132/UE. En este sentido, ya hemos apuntado que algunos Estados miembros como Alemania, Finlandia, Irlanda, o Luxemburgo no introdujeron en su momento el límite del 10% en su normativa interna de transposición de la “Décima Directiva”. Asimismo, en Suecia, tan sólo se exige que más del 50% de la contraprestación entregada por la sociedad beneficiaria a los socios de la sociedad o sociedades transmitentes esté constituida por acciones en su capital social, de

Directiva 2009/133/CE. A nuestro juicio, estas divergencias no vienen sino a reflejar la falta de una identidad total entre los fines perseguidos por ambas normas de Derecho de la UE. Así, y a título de ejemplo, cabría señalar como la fórmula empleada por el artículo 120.1 de la Directiva 2017/1132/UE (que no establece un límite máximo para el importe de la eventual compensación en efectivo en el marco de fusiones transfronterizas por absorción o constitución¹⁵¹⁸) permitiría dar cobertura a operaciones que, bajo la denominación de “fusión”, se asemejarían más a una compra-venta de elementos patrimoniales donde los fines reorganizativos quedarían muy diluidos (o, según el caso, resultarían prácticamente inexistentes) y, por ende, no tendrían cabida en la Directiva 2009/133/CE habida cuenta de la finalidad para la que fue concebida.

Por otra parte, y en relación con aquellas operaciones de fusión transfronteriza “inversas” en virtud de las cuales 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 en la que posee la totalidad de los títulos representativos de su capital social, cabría señalar que, aun cuando no aparecen recogidas explícitamente en el tenor literal del artículo 2, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE (ni tampoco en el artículo 119.2 de la Directiva 2017/1132/UE), podrían subsumirse sin mayores dificultades bajo el concepto de fusión por absorción previsto en el artículo 2, apartado a), subapartado i) de la Directiva Fiscal de Fusiones siempre que se verificara el cumplimiento de los requisitos previstos en el mismo, especialmente el relativo la atribución de títulos representativos del capital social de la beneficiaria (filial) a los socios de la sociedad transmitente (matriz) en contrapartida de la aportación patrimonial recibida.

4.2.2. Caracteres definidores de las diferentes modalidades de fusión previstas en la Directiva 2009/133/CE

El primero de los elementos definidores de las operaciones de fusión y que resulta común a las tres modalidades que figuran en el artículo 2, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE pivota sobre la transmisión de la totalidad del patrimonio de la sociedad o sociedades transmitentes hacia la sociedad beneficiaria, concibiéndose éste como un bloque que integra todos los elementos individuales de activo y pasivo. Ciertamente, nos encontramos ante una cuestión que conecta directamente con la condición de la sociedad beneficiaria de sucesora a título universal de la sociedad o

forma tal que la compensación en efectivo podría alcanzar la cifra del 50% (sobre esta cuestión, *vid.* BECH-BRUUN, LEXIDALE, *op.cit.*, pp.110 y 140-141)”.
¹⁵¹⁸ No obstante, ya hemos apuntado como una interpretación conjunta de los apartados a) y b) del artículo 119.2 y del artículo 131 de la Directiva 2017/1132/UE, llevaría a concluir que el porcentaje que podrá representar la compensación en efectivo en las citadas operaciones nunca debería poder alcanzar la cifra del 100%.

sociedades transmitentes en sus derechos y obligaciones¹⁵¹⁹, aun cuando la Directiva 2009/133/CE no se refiere explícitamente al carácter “universal” de la transmisión patrimonial¹⁵²⁰ que se produce en el marco de las operaciones de fusión¹⁵²¹. En cualquier caso, lo cierto es que el hecho de que, bajo la legislación doméstica de un determinado Estado miembro, pudieran requerirse actos diferenciados e individualizados para el traspaso de determinados activos desde la sociedad transmitente hacia la sociedad beneficiaria no debería impedir *per se* la aplicación de las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE¹⁵²².

En segundo lugar, y también como característica común a las tres modalidades de fusión, cabría señalar que la transmisión de los elementos integrantes del activo y pasivo de la sociedad o sociedades transmitentes se llevará a cabo en el momento de “su disolución sin liquidación”¹⁵²³, lo que contribuye a preservar el potencial industrial, comercial o financiero del conjunto patrimonial transmitido en el marco de estas operaciones al impedir que se produzca una realización o dispersión de los activos que figuraban en el balance de dichas sociedades¹⁵²⁴. En este sentido, y aun cuando puedan existir ciertas dudas acerca de la pertinencia y del alcance exacto de término “disolución sin liquidación” empleado por las Directivas 2009/133/CE y 2017/1132/UE a la hora de definir las diferentes modalidades de fusión, habida cuenta de que, con carácter general, la disolución de una sociedad suele llevar aparejada la inmediata apertura del periodo de

¹⁵¹⁹ En este sentido, *vid.* VANISTENDAEL, F., “Taxation of corporate...”, *op.cit.*, p.911; o SERLOOTEN, P., *op.cit.*, p.511. A título de ejemplo, y por lo que respecta a las operaciones de fusión por absorción, cabría señalar como en el plano del Derecho societario el TJUE ha declarado que: “una fusión por absorción implica que la sociedad absorbente adquiere la sociedad absorbida íntegramente, sin la extinción de las obligaciones que provocaría una liquidación, y produce, sin novación, la subrogación de la sociedad absorbida por la sociedad absorbente como parte en todos los contratos celebrados por aquélla” (*vid.* STJUE de 7 de abril de 2016, asunto C-483/14, *KA Finanz AG v. Sparkassen Versicherung AG Vienna Insurance Group*, ap.58).

¹⁵²⁰ En términos generales, esta transmisión a título universal ha sido definida como “el paso, *uno ictu* (de un golpe), en bloque y sin necesidad de las formalidades precisas para la transmisión de cada uno de los bienes singulares, de una masa de cosas, derechos y deudas, desde el patrimonio de una persona al de otra o al de un grupo, cuya posición jurídica con respecto a cada una de las relaciones singulares ingresadas de esa forma en su patrimonio sigue siendo igual a la del *tradens*” (*vid.* LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F.A., *Elementos de Derecho Civil, Tomo V, Sucesiones (Conforme a las leyes de 13 de mayo de y de 7 de julio de 1981)*, Librería Bosch, Barcelona, 1986, p.9, citado por MENÉNDEZ GARCÍA, G., “Delimitación de los...”, *op.cit.*, p.18).

¹⁵²¹ A este respecto, nótese como, tras la reforma operada por la Directiva 2019/2121/UE, la redacción del artículo 131 de la Directiva 2017/1132/UE relativo a los efectos de las fusiones transfronterizas en el plano del Derecho societario, aun cuando tampoco califica expresamente de “universal” a la transmisión patrimonial que se produce en el marco de estas operaciones (a diferencia de lo que sucede en el artículo 105 de la citada norma en relación con los efectos de las fusiones de naturaleza interna), establece que dentro del conjunto patrimonial transmitido a la sociedad beneficiaria se incluirán necesariamente “todos los contratos, créditos, derechos y obligaciones” de la sociedad o sociedades transmitentes.

¹⁵²² Así lo entiende, VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.180.

¹⁵²³ A este respecto, y a título meramente indicativo, cabría señalar como el TJUE en su sentencia de 18 de octubre de 2012, asunto C-371/11, *Punch Graphix Prepress NV v. Belgium*, ap.37, ha dejado claro que la disolución de una sociedad en el marco de una operación de fusión por absorción no puede considerarse una liquidación en el sentido del artículo 4.1 de la Directiva Matriz-Filial (un análisis de esta sentencia puede encontrarse en O’SHEA, T., “ECJ Rules Dissolution of a Company Not the Same as Liquidation”, *Tax Notes International*, vol.69, nº7, 2013, pp.675-679).

¹⁵²⁴ En este sentido, *vid.* GOLDMAN, B., “Rapport concernant le...”, *op.cit.*, p.479.

liquidación¹⁵²⁵, debe tenerse presente que, tras la reforma operada por la Directiva 2019/2121/UE, la Directiva 2017/1132/UE excluye de la aplicación de sus disposiciones en materia de fusiones transfronterizas a las sociedades en liquidación que hubiesen comenzado a repartir los activos entre sus socios¹⁵²⁶. De este modo, podría afirmarse que aquellas operaciones de fusión transfronteriza en las que hubiese comenzado el reparto de los activos de la sociedad o sociedades transmitentes (en liquidación) entre sus socios quedarían excluidas no sólo del ámbito de aplicación de la Directiva 2017/1132/UE sino también del acceso al régimen de neutralidad fiscal configurado por la Directiva 2009/133/CE¹⁵²⁷.

¹⁵²⁵ En este sentido, *vid.* LARKING, B., “The Merger Directive...”, *op.cit.*, p.364. Asimismo, a nivel doméstico, también se ha criticado el uso de esta expresión por parte de la norma fiscal donde se recoge el contenido de la Directiva 2009/133/CE habida cuenta de que, en el plano del Derecho societario, el término “disolución” se reserva “para designar el efecto de un acto (acuerdo social, resolución judicial, acto administrativo) o de un hecho jurídico (p.ej., el transcurso del término) que abre el proceso liquidatorio conducente a la extinción de la sociedad”, mientras que en las operaciones de fusión (y escisión total) es precisamente la transmisión universal del conjunto de elementos de activo y pasivo que integran el patrimonio de la/s sociedad/es transmitente/s lo que provoca la extinción de la sociedad (*vid.* AEDAF, *op.cit.*, p.23). También en tono crítico, algunos autores han apuntado que en las operaciones de fusión (y escisión total) la extinción de la/s sociedad/es transmitente/s se produce sin que medie su disolución y, mucho menos, la liquidación de su patrimonio por cuanto “mientras la disolución se dirige a poner fin al ejercicio de una actividad económica, a través de la liquidación, con la fusión o escisión total se pretende continuar con el desarrollo de la actividad” (*vid.* URÍA, R., MENÉNDEZ, A., BELTRÁN, E., *Disolución y liquidación de la sociedad anónima (Arts. 260 a 281 de la Ley de Sociedades Anónimas)*, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A., OLIVENCIA, M. (dirs.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t.XI, vol.3, Civitas, Madrid, 1992, p.47; citado por MENÉNDEZ GARCÍA, G., “Delimitación de los...”, *op.cit.*, p.17). De hecho, esta problemática se ha puesto de manifiesto en algunos Estados miembros como Irlanda en la medida en que, hasta la entrada en vigor en el año 2008 de un conjunto de disposiciones normativas en materia de fusiones transfronterizas, no resultaba posible bajo su legislación societaria doméstica disolver una sociedad sin que ésta fuese liquidada lo que, a su vez, generaba conflictos en el ámbito de la aplicación de la Directiva 2009/133/CE (*vid.* REVENUE. IRISH TAX & CUSTOMS, *Notes for Guidance – Taxes Consolidation Act 1997 – Finance Act 2016 Edition – Part 21*, p.9. El documento resulta accesible a través del enlace <http://www.revenue.ie/en/practitioner/law/notes-for-guidance/tca/>).

¹⁵²⁶ *Vid.* artículo 120.4, apartado a) de la Directiva 2017/1132/UE. A este respecto, cabría señalar como, con anterioridad a la aprobación de la Directiva 2019/2121/UE algunos Estados miembros como Finlandia, Francia, Italia, Letonia, Polonia, o Suecia, ya impedían la participación en operaciones de fusión transfronteriza a aquellas sociedades en liquidación cuyo patrimonio se hubiese comenzado a repartir entre sus socios (*vid.* BECH-BRUUN, LEXIDALE, *op.cit.*, p.109).

¹⁵²⁷ Mayores dudas podrían plantear, no obstante, aquellos supuestos en los que la sociedad o sociedades transmitentes se encuentran en fase de liquidación pero todavía no ha comenzado el reparto de activos entre sus socios habida cuenta de que, al menos en el plano del Derecho societario, una interpretación *a contrario sensu* del actual artículo 120.5, apartado b) de la Directiva 2017/1132/UE llevaría a concluir que las sociedades que se encuentren en esta situación podrían beneficiarse de la aplicación de las disposiciones en materia de fusiones transfronterizas contenidas en la citada norma comunitaria salvo que el Estado miembro de su constitución opte por excluirlas en ejercicio de la facultad prevista en el precepto anteriormente mencionado. Ciertamente, con anterioridad a la reforma operada por la Directiva 2019/2121/UE, esta cuestión había sido objeto de un intenso debate doctrinal en la medida en que el mero hecho de que la sociedad o sociedades transmitentes se encontrasen en periodo de liquidación no compromete *a priori* el objetivo económico de la operación sin perjuicio, claro está, de las posibles distorsiones derivadas de las diferencias entre las legislaciones nacionales de los Estados miembros en cuanto a las fases y duración del proceso de liquidación. Sobre esta cuestión, *vid.* VERMEYLEN, J., *op.cit.*, p.8; o GOLDMAN, B., “Rapport concernant le...”, *op.cit.*, p.481, quien apuntaba que, en este tipo de supuestos, la transmisión global del activo de la sociedad o sociedades transmitentes seguiría siendo posible, mientras que la eliminación de una parte del pasivo de dichas sociedades tan sólo tendría

En tercer lugar, aunque muy relacionado con lo que acabamos de comentar, cabría destacar que como resultado de la operación de fusión, cualquiera que sea la modalidad elegida, la sociedad o sociedades transmitentes se extinguirán, produciéndose una suerte de integración en una única sociedad¹⁵²⁸.

En cuarto lugar, y configurándose como uno de los principales elementos definidores de las operaciones de fusión por absorción y por constitución, habría que hacer referencia al hecho de que en contrapartida de la transmisión patrimonial efectuada por parte de la sociedad o sociedades transmitentes, sus socios recibirán títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria (ya sea la sociedad absorbente o una nueva sociedad) a cambio de los títulos que poseían en la sociedad o sociedades transmitentes con carácter previo a la operación¹⁵²⁹. De este modo, y como reflejo del denominado “principio de continuidad del interés de los socios”¹⁵³⁰, se produce una suerte de integración automática de los socios de la sociedad o sociedades transmitentes en la sociedad beneficiaria¹⁵³¹ que permite diferenciar estas operaciones de otras figuras afines como la aportación global del patrimonio de una sociedad a otra, recibiendo la propia sociedad transmitente (y no sus socios) títulos representativos del capital social de la beneficiaria.

Asimismo, y por lo que respecta a las fusiones impropias, cabría matizar que, en la medida en que la totalidad de los títulos representativos del capital social de la sociedad o sociedades absorbidas está en manos de la propia sociedad absorbente¹⁵³², no tendría sentido que existiese una contrapartida en forma de títulos de la sociedad

influencia sobre la relación de canje de las acciones. De hecho, un estudio publicado en 2013 puso de manifiesto que tan sólo cinco Estados miembros (Chipre, Eslovaquia, Hungría, Reino Unido y Rumanía) impedían de forma explícita que las sociedades en liquidación participasen en operaciones de fusión transfronteriza (*vid.* BECH-BRUUN, LEXIDALE, *op.cit.*, p.109).

¹⁵²⁸ A este respecto, resulta interesante la opinión de GONZÁLEZ BLÁZQUEZ, E., *op.cit.*, p.129, cuando afirma que si bien es cierto que la sociedad o sociedades transmitentes desaparecen al final del proceso de fusión, éstas “subsisten como realidad empresarial a través de la sociedad beneficiaria de la aportación”.

¹⁵²⁹ A estos efectos habrá que tener en cuenta el valor neto del conjunto patrimonial transmitido, esto es, el valor de los activos de la sociedad o sociedades transmitentes una vez descontado el importe de los pasivos existentes en el momento de realización de la operación de fusión (*vid.* VANISTENDAEL, F., “Taxation of corporate...”, *op.cit.*, p.912).

¹⁵³⁰ Sobre esta cuestión, especialmente desarrollada en el ámbito del Derecho fiscal norteamericano, *vid.* SCHLER, M., “Basic tax issues in acquisition transactions”, *Penn State Law Review*, vol.116, n°3, 2012, pp.899-900; TURNIER, W., “Continuity of Interest--Its Application to Shareholders of the Acquiring Corporation”, *California Law Review*, vol.64, n°4, 1976, pp.902-942; o VESELY, W., “A Reorganizations--Statutory Mergers and Consolidations”, *Case Western Reserve Law Review*, vol.19, n°4, 1968, pp.977-979.

¹⁵³¹ Nótese, sin embargo, como, en el plano del Derecho societario europeo y de acuerdo con lo establecido en el artículo 126 *bis* de la Directiva 2017/1132/UE, se reconoce un derecho de separación a los socios de las sociedades que se fusionan que hubiesen votado en contra de la operación cuyo ejercicio determinaría que éstos no se convirtiesen en socios de la sociedad beneficiaria (tal y como se recoge en el artículo 131 de la citada norma comunitaria).

¹⁵³² A este respecto, PAPADOPOULOS, T., “The Magnitude of...”, *op.cit.*, pp.528-529 ha apuntado que no es infrecuente que estas operaciones se produzcan después de una oferta pública de adquisición destinada a hacerse con el control de la totalidad de los títulos que integran el capital social de la sociedad que posteriormente será absorbida.

beneficiaria a los socios de la sociedad o sociedades transmitentes¹⁵³³. En este sentido, no debe perderse de vista que los elementos patrimoniales transmitidos ya se encuentran incorporados en el balance de la sociedad matriz (absorbente) con anterioridad a la operación a través del valor de sus participaciones en la sociedad filial (absorbida), a pesar de que ésta última es la titular directa de los mismos. De este modo, la sociedad absorbente simplemente tendrá que sustituir en su balance la partida de activo donde se encuentren contabilizados los títulos representativos del capital social de la sociedad o sociedades filiales absorbidas por las partidas de activo y pasivo recibidas de dicha/s sociedad/es como consecuencia de la fusión impropia. En otras palabras, podría decirse que esta modalidad de fusión simplemente da lugar a una suerte de cambio en la forma de ejercer la titularidad sobre los activos y pasivos transmitidos por parte de la sociedad matriz, desde una fórmula de control indirecto (a través de la filial absorbida) hacia una fórmula de control directo.

En definitiva, nos encontramos ante un elemento definidor de las operaciones de fusión por absorción y constitución que excluye la posibilidad de que las denominadas “fusiones triangulares” transfronterizas (“*triangular cross-border mergers*”), en las que los socios de la sociedad o sociedades transmitentes reciben títulos de otra sociedad que no es la beneficiaria de los activos (generalmente, de la sociedad matriz de la sociedad beneficiaria)¹⁵³⁴, puedan acceder al régimen fiscal previsto en la Directiva 2009/133/CE o se beneficien de las disposiciones de la Directiva 2017/1132/UE, con independencia de que éstas puedan llevarse a cabo directamente sobre la base de la libertad de establecimiento prevista en el Tratado¹⁵³⁵ o sobre la base de las legislaciones societarias domésticas de Estados miembros que admitan esta posibilidad (p.ej. Países Bajos o Finlandia)¹⁵³⁶. No obstante, y partiendo de la utilidad práctica de estas operaciones en el seno de los grupos de empresas multinacionales, algunos autores se han mostrado partidarios de modificar la Directiva 2009/133/CE con el fin de dar cobertura a las fusiones triangulares transfronterizas habida cuenta de que su acceso al régimen de

¹⁵³³ En relación con esta cuestión, cabría señalar como, en el ámbito interno, las Consultas Vinculantes de la DGT de 15 de enero de 2010, V0013-10, y de 18 de diciembre de 2009, V2801-09, admitieron la calificación bajo el concepto de fusión impropia recogido actualmente en el artículo 76.1, apartado c) de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (cuyo tenor literal resulta coincidente con el del artículo 2, apartado a), subapartado iii) de la Directiva 2009/133/CE) de operaciones de fusión por absorción en las que la sociedad beneficiaria era titular del 99,99% (pero no del 100%) del capital social de la sociedad transmitente de forma tal que, aun cuando no se producía atribución alguna de títulos al socio minoritario de la sociedad absorbida, éste recibía una compensación en efectivo por el valor razonable de su única participación en el capital de dicha sociedad. No obstante, también pueden encontrarse Consultas Vinculantes, como la emitida el 26 de marzo de 2015, V0970-15, en las que este tipo de supuestos se categorizan dentro del concepto general de fusión por absorción previsto en el artículo 76.1, apartado a) de la LIS.

¹⁵³⁴ Pensemos, por ejemplo, en una sociedad A, constituida y residente fiscal en el Estado miembro X, y en una sociedad B, constituida y residente fiscal en el Estado miembro Y, participadas al 100% por un socio T. A su vez, la sociedad B ostenta la titularidad del total de las participaciones en la sociedad C, constituida y residente fiscal en el Estado miembro Z. Si la sociedad A es absorbida por parte de la sociedad C, recibiendo en contrapartida su único socio T títulos representativos del capital social de la sociedad B (en lugar de títulos de la sociedad beneficiaria C), nos encontraríamos ante una fusión triangular.

¹⁵³⁵ Así lo entiende, VERMEYLEN, J., *op.cit.*, p.6.

¹⁵³⁶ En este sentido, *vid.* BECH-BRUUN, LEXIDALE, *op.cit.*, p.104.

neutralidad fiscal, siempre que se respetasen los requisitos establecidos por la norma comunitaria (p.ej. la vinculación de los elementos patrimoniales transmitidos a un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria localizado en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente, o el principio de conservación del valor fiscal), no comprometería los intereses financieros del Estado miembro de residencia de la sociedad o sociedades transmitentes¹⁵³⁷ ni, bajo determinadas condiciones, los del Estado miembro de residencia de los socios de la sociedad transmitente¹⁵³⁸.

De un modo similar, y a la vista de este requisito, también quedarían excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE aquellas operaciones de fusión transfronteriza en las que la sociedad transmitente y la sociedad beneficiaria se encuentran íntegramente participadas de forma directa por el mismo socio o por varios socios en la misma proporción, de forma tal que no se produce una ampliación de capital en sede de la sociedad beneficiaria al objeto de atribuir títulos representativos de su capital social al socio único o a los socios de la/s sociedad/es transmitente/s, sino que simplemente se procede al aumento proporcional del valor de sus participaciones en el capital social de la sociedad beneficiaria. En este sentido, conviene recordar que la posibilidad de que no se produzca dicha entrega de títulos de la sociedad beneficiaria a los socios de la sociedad transmitente sólo está prevista por la Directiva Fiscal de Fusiones en aquellos supuestos en los que la sociedad beneficiaria posea la totalidad de los títulos representativos del capital social de la sociedad o sociedades transmitentes.

No obstante, lo cierto es que, a nuestro juicio, la extensión del régimen de neutralidad fiscal previsto en la Directiva 2009/133/CE a este tipo de supuestos que, tras la reforma operada por la Directiva 2019/2121/UE se encuentran cubiertos por el ámbito de aplicación de las disposiciones contenidas en la Directiva 2017/1132/UE en materia de fusiones transfronterizas¹⁵³⁹, no plantearía especiales inconvenientes desde la óptica de la finalidad perseguida por dicha norma si tenemos en cuenta que no se va a producir una variación sustancial en la situación patrimonial del socio único que es titular de forma directa de todas las participaciones que integran el capital social de las sociedades que se fusionan (o, en su caso, de los socios que ostentan la titularidad directa de dichas participaciones en la misma proporción), pues éste seguirá participando en el mismo patrimonio antes y después de la operación con la particularidad de que el valor de la participación que ostentará en la sociedad beneficiaria con posterioridad a la operación

¹⁵³⁷ En este sentido, *vid.* VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.188.

¹⁵³⁸ A este respecto, BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, pp.97-98, entiende que el respeto de los intereses financieros del Estado miembro de residencia de los socios de la sociedad transmitente pasaría, no sólo por el cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 8 de la Directiva, sino porque el valor real de los títulos recibidos por dichos socios se corresponda con el valor real de los títulos que posean en el capital social de la sociedad transmitente. Esto conllevaría, a su vez, la necesidad de que la sociedad que entrega sus títulos a los socios de la sociedad transmitente se “beneficie”, al menos de forma indirecta, de los elementos patrimoniales transmitidos por parte de la sociedad transmitente, lo que sucedería, por ejemplo, en aquellos supuestos en los que la sociedad que emite los títulos es titular del 100% de los títulos de la sociedad beneficiaria.

¹⁵³⁹ *Vid.* artículo 119.2, apartado d) de la Directiva 2017/1132/UE.

de fusión se habrá incrementado debido al valor de la participación que ostentaba en el capital de la sociedad o sociedades transmitentes¹⁵⁴⁰.

En cualquier caso, conviene tener presente que si los Estados miembros otorgasen un tratamiento fiscal menos favorable a las “fusiones entre hermanas” o a las “fusiones triangulares” por el simple hecho de desarrollarse en el ámbito transfronterizo nos encontraríamos ante una restricción de la libertad de establecimiento difícilmente compatible con el Tratado. De hecho, incluso en aquellos supuestos en los que estas operaciones quedan excluidas del régimen de neutralidad fiscal previsto en la legislación del Estado miembro en cuestión cuando presentan una naturaleza estrictamente interna, algún autor ha apuntado que, en el plano transfronterizo y sobre la base de la libertad de establecimiento, podría sostenerse la aplicación del mismo régimen fiscal del que se benefician a nivel doméstico las fusiones “ordinarias” (el cual, con carácter general, estará alineado con las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE) por cuanto no existen diferencias objetivas suficientes entre ambas modalidades de fusión que justifiquen un tratamiento fiscal diferenciado¹⁵⁴¹.

En quinto y último lugar, cabría señalar que, en el ámbito de las fusiones por absorción y por constitución, la Directiva 2009/133/CE contempla la posibilidad de que los socios de la sociedad o sociedades transmitentes puedan recibir, de forma adicional a los títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria y con el fin de ajustar el tipo de canje a números enteros de títulos, una compensación en efectivo que no supere el 10% del valor nominal de los títulos atribuidos, o a falta de su valor nominal, de su valor contable. De este modo, quedarían excluidas del ámbito de

¹⁵⁴⁰ En una línea similar, *vid.* BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, p.96; o, desde una perspectiva doméstica, GRACIA ESPINAR, E., VIÑAS RUEDA, L., *op.cit.*, p.64. De hecho, a nivel interno, éste ha sido el razonamiento empleado por las Consultas Vinculantes de la DGT, de 9 de febrero de 2015, V0521-15; de 6 de marzo de 2014, V0608-14; de 26 de febrero de 2009, V0403-09; o de 12 de junio de 2008, V1221-08, para no excluir de la aplicación del régimen de neutralidad fiscal previsto en el capítulo VII del título VII de la LIS a aquellas operaciones de fusión en las que la sociedad transmitente y la sociedad beneficiaria se encontraban íntegramente participadas de forma directa por el mismo socio. A este respecto, cabría apuntar como el artículo 52 de la LME no exige que en este tipo de operaciones se produzca una ampliación de capital en sede la sociedad beneficiaria. Sin embargo, este planteamiento no parece que pueda extenderse a aquellos supuestos en los que la titularidad de la participación íntegra en el capital de las sociedades transmitente y beneficiaria es ostentada por parte del socio único (o de varios socios en la misma proporción) de forma indirecta por cuanto se alteraría la situación patrimonial de la sociedad “intermedia” a través de la que se posee la titularidad de las participaciones de la sociedad transmitente (sobre esta cuestión, *vid.* LÓPEZ TELLO, J., CREMADES SCHULZ, M., “El régimen fiscal de algunas de las novedades introducidas por la ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: transformación, fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, nº25, 2010, p.57). Ahora bien, en todo caso, debe tenerse presente que si en este tipo de supuestos se produjese una atribución de títulos de la sociedad beneficiaria a la sociedad “intermedia” (y se diese cumplimiento al resto de requisitos previstos por la norma) la operación podría acceder al régimen de neutralidad fiscal como una fusión por absorción ordinaria.

¹⁵⁴¹ Así lo entiende, VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, pp.344-345, trayendo a colación las SSTJUE de 17 de febrero de 1976, asunto C-45/75, *Rewe-Zentrale des Lebensmittel-Grosshandels GmbH v. Hauptzollamt Landau/Pfalz*, aps.12-13; de 27 de febrero de 1980, asunto C-168/78, *Comisión v. Francia*, ap.5; de 14 de febrero de 1995, asunto C-279/93, *Roland Schumacker v. Finanzamt Köln-Altstadt*, aps.31-37; y de de 18 de junio de 2009, asunto C-303/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy*.

aplicación objetivo de la Directiva no sólo las operaciones de fusión en las que los socios de la sociedad o sociedades transmitentes reciban, junto con los títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria, una compensación de diferente naturaleza en contrapartida a la transmisión patrimonial efectuada, sino también aquellas operaciones en las que la compensación en efectivo supere la cifra del 10%.

4.3. Escisiones

4.3.1. La escisión total

4.3.1.1. Modalidades cubiertas y principales caracteres definidores

La escisión total aparece definida en el artículo 2, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE como la operación en virtud de la cual “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”. Ciertamente, nos encontramos ante una definición surgida originariamente en el ámbito del Derecho tributario europeo (pues ya figuraba en la Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones de 1969), si bien su aparición formal se produjo en el ámbito del Derecho societario europeo, a través de la antigua Directiva 82/891/CEE en materia de escisiones internas de sociedades anónimas¹⁵⁴². Más recientemente, y en el marco de la configuración de un régimen jurídico-procedimental armonizado aplicable a las escisiones transfronterizas, la Directiva 2019/2121/UE introdujo en la Directiva 2017/1132/UE una definición de estas operaciones que, en lo esencial, se encuentra alineada con las definiciones contenidas en las normas anteriormente señaladas, si bien únicamente hace referencia a la modalidad de escisión por constitución¹⁵⁴³ lo que determina que en el plano del Derecho societario las operaciones de escisión total por absorción de naturaleza transfronteriza sigan enfrentándose a obstáculos jurídicos que dificultan su realización e impiden que dichas operaciones puedan llevarse a cabo con adecuados niveles de seguridad jurídica y protección de los derechos de principales colectivos afectados por las mismas.

¹⁵⁴² Vid. artículos 2.1 y 21.1 de la Directiva 82/891/CEE (actuales artículos 136.1 y 155.1 de la Directiva 2017/1132/UE) que hacen referencia, de forma respectiva, a la escisión por absorción y a la escisión por constitución.

¹⁵⁴³ Vid. artículo 166 *ter*, apartado 4, subapartado a) de la Directiva 2017/1132/UE.

Desde una perspectiva formal, cabría señalar como, a la hora de determinar las principales modalidades que podrán adoptar las operaciones de escisión, la Directiva 2009/133/CE se aparta del planteamiento seguido por la antigua Directiva 82/891/CEE y por ella misma en materia de fusiones, al dar cobertura bajo una misma definición a la escisión por absorción y a la escisión por constitución. En este sentido, lo cierto es que la referencia a que las sociedades beneficiarias podrán ser “ya existentes o nuevas” permitiría incluso hablar de una tercera modalidad de escisión total que podríamos calificar como “escisión mixta”, y cuya particularidad residiría en que las destinatarias del patrimonio de la sociedad escindida serían, por una parte, sociedades de nueva creación, y, por otra parte, sociedades pre-existentes a la operación¹⁵⁴⁴. De hecho, algunos Estados miembros como Bélgica han extendido de forma explícita el régimen de neutralidad fiscal a este tipo de escisiones (*scission mixte*) que cuentan con una definición propia en el ámbito del Derecho societario y a la cual se remite la normativa fiscal¹⁵⁴⁵.

En cualquier caso, es importante tener presente que las “escisiones múltiples”, caracterizadas por la escisión de dos o más sociedades en favor de otras sociedades nuevas o ya existentes, quedarían como tales al margen de las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE, por cuanto la definición de escisión total es meridianamente clara a la hora de referirse a una única sociedad transmitente. De este modo, a nuestro juicio, operaciones como la denominada “escisión-fusión cruzada”¹⁵⁴⁶, en virtud de la cual dos sociedades A y B se escinden totalmente transmitiendo todo su patrimonio a las sociedades C y D, tan sólo podrían tener acceso al régimen de neutralidad fiscal como escisiones independientes, debiendo cumplir todos los requisitos establecidos al efecto por parte de la norma comunitaria.

Por lo que respecta a los caracteres definidores de la definición de escisión total contemplada en el artículo 2, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE (comunes para sus tres variantes o modalidades), cabría sintetizarlos en torno los siguientes elementos: 1) la transmisión de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad transmitente hacia las sociedades beneficiarias; 2) el hecho de que dicha transmisión patrimonial se produzca en el momento de la “disolución sin liquidación” de la sociedad escindida; 3) la extinción de la sociedad transmitente como resultado de la operación de escisión; 4) la atribución a los socios de la sociedad escindida, con arreglo a una norma proporcional y en contrapartida de la transmisión patrimonial efectuada, de títulos representativos del capital social de las sociedades beneficiarias a cambio de los títulos que poseían en la sociedad transmitente con carácter previo a la operación¹⁵⁴⁷; y 5) la

¹⁵⁴⁴ Así lo entiende, DOMÍNGUEZ PÉREZ, J.L., *op.cit.*, p.147.

¹⁵⁴⁵ Vid. artículo 45.1 del *Code des Impôts sur les Revenues (CIR)* en relación con el artículo 675 del *Code des Sociétés*.

¹⁵⁴⁶ Vid. DOMÍNGUEZ PÉREZ, J.L., *op.cit.*, p.156.

¹⁵⁴⁷ A este respecto, cabría señalar que, en el ámbito de las operaciones de escisión, la Directiva 2009/133/CE no contempla una operación análoga a la “fusión impropia” prevista en su artículo 2, apartado a), subapartado iii). De este modo, una hipotética operación de escisión transfronteriza en la que una de las sociedades beneficiarias ostenta la totalidad de las participaciones representativas del capital de la sociedad transmitente y, por ende, no entrega a los socios de ésta títulos representativos de su capital

posibilidad de que los socios de la sociedad transmitente puedan recibir, de forma adicional a los títulos representativos del capital social de las sociedades beneficiarias y con el fin de ajustar el tipo de canje a números enteros de títulos, una compensación en efectivo que no supere el 10% del valor nominal de los títulos atribuidos, o a falta de su valor nominal, de su valor contable.

Tal y como puede observarse, las operaciones de escisión total comparten la gran mayoría de sus caracteres definidores con las operaciones de fusión (por absorción y por constitución), de forma tal que las consideraciones realizadas acerca de los mismos en el epígrafe anterior de este trabajo resultarán también aplicables en el ámbito de la escisión total.

Sin embargo, y en la medida en que en las operaciones de escisión total existen necesariamente varias sociedades beneficiarias (a diferencia de lo que sucede en el ámbito de las fusiones caracterizadas por la presencia de una única sociedad beneficiaria), cabría señalar que la definición contemplada en el artículo 2, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE, en línea con lo establecido por la Directiva 2017/1132/UE en el plano del Derecho societario, no exige que los elementos patrimoniales transmitidos a cada una de las sociedades beneficiarias constituyan ramas de actividad; requisito que sí figura en las definiciones de escisión parcial y aportación de activos recogidas respectivamente en los apartados c) y d) de la Directiva Fiscal de Fusiones¹⁵⁴⁸. Ciertamente, el planteamiento adoptado por el legislador europeo podría abrir la puerta del régimen de neutralidad fiscal a operaciones de escisión que busquen la mera transmisión de determinados elementos patrimoniales con diferimiento del gravamen de las plusvalías latentes e incluso la evasión de los debidos impuestos¹⁵⁴⁹,

social en contrapartida de la aportación patrimonial recibida, quedaría al margen del régimen de neutralidad fiscal (en este sentido, *vid.* VANDE VELDE, I., *op.cit.*, p.92). Nótese, asimismo, como, en el plano del Derecho societario europeo y de acuerdo con lo establecido en el artículo 160 *decies* de la Directiva 2017/1132/UE, se reconoce un derecho de separación a los socios de la sociedad escindida que hubiesen votado en contra de la operación cuyo ejercicio determinaría que éstos no se convirtiesen en socios de las sociedades beneficiarias (tal y como se recoge en el artículo 160 *novodecies* de la citada norma comunitaria).

¹⁵⁴⁸ No obstante, algún autor entiende que, a pesar de que una primera lectura del artículo 2, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE podría llevarnos a pensar que la definición de escisión total no exige la presencia del requisito de rama de actividad, lo cierto es que una interpretación de este precepto en relación con la definición de “sociedad beneficiaria” contenida en el artículo 2, apartado g) de la Directiva (“sociedad que recibe el patrimonio, activo y pasivo, o el conjunto o una o varias ramas de actividad de la sociedad transmitente”) nos llevaría al resultado contrario ya que, en la medida en que en la operación de escisión total no es posible por definición que una sola sociedad reciba la totalidad del patrimonio de la sociedad transmitente, la sociedad beneficiaria de la escisión total será aquella que reciba una o varias ramas de actividad de la sociedad transmitente (en este sentido, *vid.* MENÉNDEZ GARCÍA, G., “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*, nº8, 2006, pp.22-23).

¹⁵⁴⁹ Pensemos, por ejemplo, en una sociedad A residente a efectos fiscales en el Estado miembro X que quiere transmitir un inmueble. Para ello, podría plantearse llevar a cabo una operación de escisión total transfiriendo el conjunto de su actividad a una sociedad B residente en el Estado miembro Y, a excepción del citado inmueble que sería transferido a la sociedad C residente en el Estado miembro Z. Con posterioridad a la operación, los socios de la extinta sociedad A podrían vender a un tercero sus títulos en la sociedad C aprovechándose de la posible existencia de un régimen de “*participation exemption*”. Ahora bien, no puede perderse de vista que, al objeto de dar cumplimiento al requisito previsto en el artículo 4.2,

contribuyendo en último extremo al desmembramiento o disgregación (que no reorganización) de la sociedad escindida¹⁵⁵⁰, más aún, si tenemos en cuenta que la Directiva no parece exigir (al menos de forma explícita) que las sociedades beneficiarias desarrollen una actividad empresarial con posterioridad a la operación de escisión total en virtud de la cual reciben los activos¹⁵⁵¹.

De hecho, no conviene perder de vista que la posibilidad de introducir el requisito relativo a la exigencia de rama de actividad en el ámbito de las escisiones totales fue valorado durante el proceso de elaboración de la Directiva 2005/19/CE, si bien finalmente esta idea fue descartada al considerarse que la cláusula contenida originariamente en artículo 11.1 de la Directiva 90/434/CEE (hoy artículo 15.1 de la Directiva 2009/133/CE) era suficiente para evitar posibles abusos. No obstante, parte de la doctrina científica ha criticado esta decisión al entender que no resulta coherente que en el ámbito de las escisiones parciales se haya introducido como una suerte de medida específica anti-abuso la exigencia de que el conjunto patrimonial transmitido conforme una rama de actividad, mientras que en el ámbito de las escisiones totales se confíe directamente en la cláusula anti-abuso prevista en el artículo 15.1 de la Directiva para evitar comportamientos fraudulentos de similar naturaleza, a saber, la instrumentalización de estas operaciones para llevar a cabo meras transmisiones de activos sin fines reorganizativos de la actividad con diferimiento del gravamen de las plusvalías latentes e incluso la evasión de los debidos impuestos¹⁵⁵². También en una línea de pensamiento crítico, se ha apuntado que esta divergencia con respecto a la exigencia del requisito de rama de actividad entre ambos tipos de escisión podría dar lugar a que aquellos supuestos en los que existan dudas acerca de su cumplimiento se reconviertan en operaciones de escisión total, menos eficientes desde la perspectiva económica-financiera, con el fin de eludir la condición impuesta a las escisiones parciales por parte de la Directiva 2009/133/CE¹⁵⁵³.

A este respecto, cabría traer a colación el caso de Francia, por cuanto el artículo 209 B, apartado 1 del *Code Général des Impôts* supedita la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a las operaciones de escisión (sin necesidad de autorización

apartado b) de la Directiva 2009/133/CE y en la medida en que un único inmueble no constituye *per se* un establecimiento permanente, la sociedad C debería disponer con carácter previo a la escisión un establecimiento permanente localizado en el Estado miembro X al que quedase vinculado el inmueble transmitido pues, de lo contrario, ya no resultaría de aplicación el régimen de neutralidad fiscal.

¹⁵⁵⁰ De hecho, la denominada “indiferencia de la unidad económica” en el marco de las operaciones de escisión total ha sido criticada por la doctrina incluso en el plano del Derecho societario (en este sentido, y desde una perspectiva interna, *vid.* ROJO, A., *op.cit.*, p.690; y, en una línea similar, GARRIDO DE PALMA, V.C., “Escisión” en AA.VV *La restructuración empresarial y las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp.173-174).

¹⁵⁵¹ No obstante, en opinión de VANISTENDAEL, F., “Taxation of corporate...”, *op.cit.*, p.914, una operación de escisión en virtud de la cual el patrimonio empresarial de la sociedad transmitente se divide entre dos sociedades beneficiarias, una de las cuales continúa con la actividad, mientras que la otra es inmediatamente liquidada no debería tener acceso al régimen de neutralidad fiscal.

¹⁵⁵² En este sentido, *vid.* AURELIO, M., *op.cit.*, p.335.

¹⁵⁵³ En este sentido, *vid.* MENÉNDEZ GARCÍA, G., “Estudio de las...”, *op.cit.*, pp.23-24; y SIEIRO CONSTENLA, M., “La fiscalidad de las operaciones de reestructuración empresarial”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº5, 2001, p.848.

administrativa previa¹⁵⁵⁴) a una serie de condiciones entre las que se encuentra la exigencia de que cada una de las sociedades beneficiarias reciba una o varias ramas de actividad lo que, a su vez, implica que deban poder distinguirse como mínimo dos ramas de actividad en sede la sociedad transmitente¹⁵⁵⁵. Ciertamente, y en la medida en que nos encontramos ante requisitos no contemplados en la definición contenida en el artículo 2, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE que “estrechan” o “restringen” el alcance del concepto europeo de escisión, parece claro que su exigencia en el plano transfronterizo resultaría contraria al Derecho de la UE con independencia de los fines perseguidos. Por lo que respecta al ámbito estrictamente doméstico, creemos que, aun cuando la Resolución del *Conseil d'État* francés, de 30 de enero de 2013, n°346683 ha dado carta de naturaleza a la aplicación del citado precepto alegando que su tenor literal es suficientemente claro para no precisar una interpretación del mismo a la luz del Derecho de la UE en situaciones internas¹⁵⁵⁶, el mantenimiento del requisito de rama de actividad en relación con las operaciones de escisión total introduce problemas de discriminación inversa y podría presentar problemas de compatibilidad con el ordenamiento comunitario sobre la base de la aplicación de la jurisprudencia del TJUE establecida en el asunto *Leur-Bloem*¹⁵⁵⁷.

4.3.1.2. Especial referencia a la cuestión de la proporcionalidad en la atribución de títulos de las sociedades beneficiarias a los socios de la sociedad escindida

Una cuestión sobre la que resulta preciso detenerse pivota sobre la exigencia explícita de proporcionalidad en la atribución a los socios de la sociedad escindida de títulos representativos del capital de las sociedades beneficiarias de la operación. En este sentido, lo cierto es que el uso de la expresión “con arreglo a una norma proporcional” en la definición de escisión total contemplada en el artículo 2, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE no resulta concluyente a los efectos de determinar si se trata de una mera proporcionalidad cuantitativa en el tipo de canje o si, por el contrario, el acceso de estas operaciones al régimen de neutralidad fiscal exige la presencia de proporcionalidad cualitativa a la hora de atribuir los títulos de las sociedades beneficiarias a los socios de la sociedad transmitente.

¹⁵⁵⁴ *Vid.* artículo 210 B, apartado 3 del CGI.

¹⁵⁵⁵ Una problemática similar parece plantearse en Alemania, tal y como apunta LOZEV, K., “Survey of Implementation of the EC Merger Directive - A Summary with Comments”, *European Taxation*, vol.50, n°2-3, 2010, p.92.

¹⁵⁵⁶ Nótese como este posicionamiento contrasta con el razonamiento seguido por el *Conseil d'État* en sus Resoluciones de 17 de junio de 2011, n° 324392 y de 11 de febrero de 2013, n°356519, en las que se interpreta el concepto de fusión recogido en el artículo 210 A del CGI a la luz de la definición contemplada en el artículo 2, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE.

¹⁵⁵⁷ De hecho, la introducción del citado requisito ya ha sido criticada por algunos autores como VILLEMOT, D., “Les aménagements apportés...”, *op.cit.*, p.1117.

Sin embargo, a nuestro juicio, parece que la intención del legislador europeo al introducir este requisito en la definición de escisión total a los efectos de aplicación de la Directiva 2009/133/CE estaba orientada a evitar que pudieran beneficiarse del régimen de neutralidad fiscal operaciones cuya finalidad no fuese reorganizar la actividad empresarial, sino servir de mecanismo para articular una mera transmisión de elementos patrimoniales entre los socios de la sociedad escindida con efectos económicos similares a los que tendría la liquidación de dicha sociedad, más aun si tenemos en cuenta que la propia Directiva no exige que los conjuntos patrimoniales transmitidos en el marco de estas operaciones constituyan ramas de actividad. Por tanto, la proporcionalidad exigida en el artículo 2, apartado b) de la Directiva debe entenderse en el sentido de que los socios de la sociedad transmitente tienen que recibir títulos representativos del capital social de todas y cada una de las sociedades beneficiarias de la operación en proporción a los derechos que éstos tenían previamente en el capital de la sociedad transmitente (proporcionalidad cualitativa). A esta conclusión, contribuye el hecho de que el tenor literal del citado precepto haga referencia a que los socios de la sociedad escindida deben recibir en contrapartida títulos representativos del capital social “de las sociedades beneficiarias de la aportación (...)”. En nuestra opinión, el uso en plural del término “sociedades beneficiarias” vendría a excluir la posibilidad de que determinados socios de la sociedad transmitente pudiesen recibir exclusivamente títulos representativos del capital social de una de las sociedades beneficiarias.

De este modo, quedarían excluidas del ámbito de aplicación objetivo de la citada norma de Derecho europeo las denominadas “escisiones subjetivas”, cuya característica principal reside en que la atribución de títulos de alguna de las sociedades beneficiarias de la operación a los socios de la sociedad transmitente se lleva a cabo en una proporción distinta a la que tenían previamente en sede dicha sociedad (de forma tal que no se reproduce en las diferentes sociedades beneficiarias la misma composición accionarial y los mismos porcentajes que se daban en sede de la sociedad escindida)¹⁵⁵⁸, sin perjuicio, claro está, de que los Estados miembros puedan extender el régimen de neutralidad fiscal a estas operaciones (p.ej. España¹⁵⁵⁹).

A este respecto, es importante tener presente que la existencia de una proporcionalidad cuantitativa en la atribución de títulos vinculada al mantenimiento en términos globales del valor económico de la participación de los socios de la sociedad transmitente antes y después de la escisión debe entenderse incluida implícitamente no

¹⁵⁵⁸ En este sentido, *vid.* GINTER, E., “Reform of the Tax Regimen Applicable to Mergers, Divisions and Transfers of Assets”, *European Taxation*, vol.42, nº5, 2002, p.172. En contra, *vid.* BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, p.118.

¹⁵⁵⁹ *Vid.* artículo 76.2, 2º, de la LIS, en virtud del cual se da cobertura bajo el régimen de neutralidad fiscal a las escisiones subjetivas (tanto totales como parciales en las que existan dos o más sociedades beneficiarias), si bien, con el fin de evitar que puedan acogerse al citado régimen operaciones cuyos efectos económicos se asimilan más a los derivados de una separación de los socios o a la liquidación de la sociedad transmitente que a los de una auténtica reorganización de las actividades empresariales, se impone el requisito adicional de que los conjuntos patrimoniales transmitidos conformen ramas de actividad (en este sentido, *vid.* MENÉNDEZ GARCÍA, G., “Estudio de las...”, *op.cit.*, p.18; o SIEIRO CONSTENLA, M., *op.cit.*, p.848).

sólo en la definición de esta operación por parte de la Directiva 2009/133/CE, sino también en la definición de las operaciones de fusión por absorción y por constitución contenidas en el apartado a) de su artículo 2¹⁵⁶⁰. Ciertamente, el hecho de que en la definición que aporta la Directiva acerca de las operaciones de fusión por absorción y por constitución no figure que la atribución de títulos de la sociedad beneficiaria a los socios de la sociedad o sociedades transmitentes deba realizarse “con arreglo a una norma proporcional” no implica ni mucho menos que como resultado de la operación pueda alterarse el valor económico de la participación que éstos tenían en el capital de la sociedad o sociedades transmitentes. Por ello, en nuestra opinión, la introducción de la citada expresión específicamente en la definición de las operaciones de escisión total entronca directamente con la existencia de una pluralidad de sociedades beneficiarias (a diferencia de las operaciones de fusión) y viene a cerrar la puerta a la posibilidad de que los socios de la sociedad transmitente reciban títulos de dichas sociedades en proporción distinta a la que tenían previamente en sede de la sociedad escindida.

Por otra parte, y en relación con esta cuestión, no conviene perder de vista que la Directiva 2009/133/CE parece apartarse del planteamiento seguido por la Directiva 2017/1132/UE a la hora de definir las operaciones de escisión en el plano transfronterizo, habida cuenta de que esta última no hace referencia en su artículo 160 *ter* al hecho de que la atribución de títulos de las sociedades beneficiarias a los socios de la sociedad transmitente deba realizarse “con arreglo a una norma proporcional”. Si esto lo ponemos en relación con lo establecido en el Considerando nº 18 de la Directiva 2019/2121/UE donde se hace referencia a la posibilidad de que los Estados miembros puedan extender el derecho de separación previsto en el artículo 160 *decies* “a socios que, como consecuencia de una escisión transfronteriza, adquirirían acciones o participaciones de la sociedad beneficiaria en proporciones diferentes de las que tenían antes de la operación”¹⁵⁶¹, podría afirmarse que en el plano del Derecho societario europeo se deja la puerta abierta a que operaciones de escisión total de naturaleza transfronteriza en las que no se verifique la presencia de una proporcionalidad cualitativa en la atribución de títulos a los socios de la sociedad transmitente puedan acceder a los beneficios de la Directiva 2017/1132/UE¹⁵⁶².

Ahora bien, y con independencia de lo dicho anteriormente, si partimos de la idea de que las escisiones subjetivas juegan un importante papel en la práctica empresarial como mecanismo para dar respuesta a aquellas situaciones en las que existe un conflicto de intereses económicos entre los socios o para planificar la sucesión de empresas de base familiar (facilitando el relevo generacional y evitando el surgimiento

¹⁵⁶⁰ En este sentido, *vid.* IBFD, *Survey of the implementation of the EC Corporate Tax Directives*, IBFD, Amsterdam, 1995, p.23.

¹⁵⁶¹ En una línea similar, aunque en el ámbito de las escisiones totales de naturaleza interna, podría traerse a colación el tenor literal del artículo 139.2 de la citada norma donde se establece la posibilidad de que, en aquellos supuestos en los que “las acciones de las sociedades beneficiarias se atribuyan a los accionistas de la sociedad escindida no proporcionalmente a sus derechos en el capital de esta sociedad”, las legislaciones de los Estados miembros puedan otorgar a dichos socios un derecho de separación.

¹⁵⁶² La misma conclusión podría sostenerse en el ámbito de las escisiones totales de naturaleza interna si tenemos en cuenta lo dispuesto en los artículos 136.1, 139.2 y 155.1 de la Directiva 2017/1132/UE.

de futuros conflictos entre los herederos¹⁵⁶³), contribuyendo a garantizar el correcto funcionamiento e incluso la subsistencia de algunas empresas, no estaría de más plantearse la posibilidad de introducir una modificación en el contenido de la Directiva 2009/133/CE al objeto de que estas operaciones transfronterizas pudieran beneficiarse de sus disposiciones¹⁵⁶⁴. En este sentido, y con el fin de evitar el acceso al régimen de neutralidad fiscal de escisiones subjetivas cuyos efectos económicos sean similares a los que tendría la liquidación de la sociedad escindida y que tan sólo sirvan como instrumento para “enmascarar” una mera transmisión de elementos patrimoniales entre los socios de la sociedad escindida, podría suplirse de algún modo la falta de proporcionalidad cualitativa a través de la exigencia de que los conjuntos patrimoniales transmitidos a cada una de las sociedades beneficiarias constituyan ramas de actividad en el sentido del artículo 2, apartado j) de la Directiva 2009/133/CE. Asimismo, no conviene perder de vista que la cláusula anti-abuso contenida en el artículo 15 de la Directiva serviría de instrumento eficaz o “última barrera” a la hora de impedir que escisiones subjetivas que no presentasen motivos económicos válidos pudiesen beneficiarse de las disposiciones de la Directiva.

4.3.2. Escisión parcial

4.3.2.1. Modalidades cubiertas y principales caracteres definidores

La escisión parcial aparece definida en el artículo 2, apartado c) de la Directiva 2009/133/CE como la operación en virtud de la cual “una sociedad transfiere a una o varias sociedades ya existentes o nuevas, sin ser disuelta, una o varias ramas de actividad, manteniendo al menos una rama de actividad en la sociedad transmitente, mediante la atribución a sus socios, con arreglo a una norma proporcional, de títulos representativos del capital social de las sociedades beneficiarias de la aportación y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 % del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos títulos deducido de su contabilidad”. A este respecto, la primera cuestión que cabría señalar es que nos encontramos ante una definición surgida en el ámbito del Derecho tributario europeo y cuya introducción al texto de la Directiva Fiscal de Fusiones no se produjo de forma

¹⁵⁶³ En este sentido, *vid.* BLÁZQUEZ LIDOY, A., “Las reestructuraciones familiares a través de escisiones subjetivas mediante acciones sin voto y motivo económico válido”, *Aranzadi Jurisprudencia Tributaria*, nº21, 2006, p.17. Ciertamente, en el ámbito de la empresa familiar los conflictos entre socios no sólo no son infrecuentes sino que a menudo presentan mayor intensidad, por cuanto propiedad y dirección aparecen unidos y se entrelazan intereses económico-empresariales con vínculos familiares directos y por afinidad (sobre esta cuestión, HIRIGOYEN, G., “Concilier finance et management dans les entreprises familiales”, *Revue Française de Gestion*, nº198-199, 2009, pp.393-411).

¹⁵⁶⁴ En favor de esta posibilidad se ha mostrado FERNÁNDEZ-VELILLA, J.A., “La Propuesta de modificación del régimen fiscal aplicable a las operaciones de reestructuración empresarial intracomunitarias: apuntes y reflexiones a la luz de la normativa de transposición española”, *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez*, nº7, 2004, pp.53-54.

originaria, sino que vino de la mano de la Directiva 2005/19/CE. No sería hasta finales del año 2019 cuando, en el marco de la configuración de un régimen jurídico-procedimental armonizado aplicable a las escisiones transfronterizas, la Directiva 2019/2121/UE introdujo en la Directiva 2017/1132/UE una definición de estas operaciones que, por una parte, presenta determinados elementos que impiden un alineamiento perfecto con la definición de escisión parcial que opera a efectos de la Directiva Fiscal de Fusiones y, por otra parte, únicamente hace referencia a la modalidad de escisión parcial por constitución¹⁵⁶⁵.

A este respecto, y desde una perspectiva formal, cabría señalar como la Directiva 2009/133/CE contempla la escisión parcial como una operación independiente dotada de sustantividad propia y no como una mera modalidad de escisión concebida en sentido amplio (a diferencia de lo que sucede en el plano del Derecho societario europeo)¹⁵⁶⁶. Asimismo, es importante tener presente que la definición prevista en el artículo 2, apartado c) de la Directiva permite dar cobertura a las diferentes modalidades que puede adoptar una escisión parcial, a saber: escisión parcial por absorción, escisión parcial por constitución y escisión parcial “mixta”.

Sin embargo, las “escisiones múltiples” caracterizadas por la escisión de dos o más sociedades en favor de otras sociedades nuevas o ya existentes, quedarían como tales al margen de las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE, por cuanto la definición de escisión parcial es meridianamente clara a la hora de referirse a una única sociedad transmitente. De este modo, a nuestro juicio, operaciones como la denominada “escisión-absorción cruzada”¹⁵⁶⁷, en virtud de la cual dos sociedades A y B se escinden de forma parcial transmitiéndose de forma recíproca una o varias de sus ramas de actividad, tan sólo podrían tener acceso al régimen de neutralidad fiscal como escisiones independientes, debiendo cumplir todos los requisitos establecidos al efecto por parte de la norma comunitaria.

Por lo que respecta a los caracteres definidores de la figura de la escisión parcial a los efectos de aplicación de la Directiva 2009/133/CE (comunes para sus tres variantes o modalidades), cabría comenzar señalando que, a diferencia de las escisiones totales, la transmisión patrimonial que se produce en el marco de las mismas no se extiende a la totalidad de los elementos de activo y pasivo de la sociedad escindida sino tan sólo a

¹⁵⁶⁵ Vid. artículo 166 *ter*, apartado 4, subapartado b) de la Directiva 2017/1132/UE.

¹⁵⁶⁶ A este respecto, cabría señalar como algunos autores han criticado el planteamiento adoptado por el legislador europeo a la hora de incorporar la figura de la escisión parcial al ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE, afirmando que sería más correcto “considerar la escisión como una sola operación y definirla en sus dos posibles efectos jurídicos, cuando se disuelve la sociedad escindida y cuando no se disuelve la misma. La técnica utilizada ha obligado a corregir múltiples preceptos de la Directiva 90/434/CEE, teniendo que introducir también, cada vez que se hace referencia a la escisión, la escisión parcial como forma independiente” (en este sentido, *vid.* ÁLVAREZ-BUYLLA ORTEGA, A., *op.cit.*, p.7).

¹⁵⁶⁷ Vid. DOMÍNGUEZ PÉREZ, J.L., *op.cit.*, p.156.

una o varias de sus ramas de actividad¹⁵⁶⁸, debiendo la sociedad transmitente mantener al menos una rama de actividad con posterioridad a la operación.

Como puede observarse, el concepto de “rama de actividad”, definido por la propia Directiva 2009/133/CE en su artículo 2, apartado j), constituye un elemento central de la definición de escisión parcial y presenta un claro componente anti-abuso, tanto por lo que respecta a la exigencia de que el conjunto patrimonial transmitido a la sociedad o sociedades beneficiarias sea capaz de funcionar por sus propios medios como en relación con el requisito relativo al mantenimiento de al menos una rama de actividad en sede de la sociedad transmitente, por cuanto su finalidad reside en evitar que operaciones de escisión parcial empleadas de forma instrumental para articular la mera transmisión de elementos patrimoniales aislados con diferimiento del gravamen de

¹⁵⁶⁸ Nótese como, al igual que sucede con el resto de operaciones de reorganización empresarial, la Directiva 2009/133/CE no especifica si la transmisión patrimonial efectuada en el marco de las operaciones de escisión parcial se produce o no por “sucesión universal”. En el plano del Derecho societario europeo, tras la reforma operada por la Directiva 2019/2121/UE, la redacción del artículo 160 *novodecies* de la Directiva 2017/1132/UE relativo a los efectos de las escisiones transfronterizas, aun cuando tampoco califica expresamente de “universal” a la transmisión patrimonial que se produce en el marco de estas operaciones (ya sean totales o parciales), establece que dentro del conjunto patrimonial transmitido a la sociedad o sociedades beneficiarias se incluirán “todos los contratos, créditos, derechos y obligaciones” de la sociedad transmitente. Ciertamente, no encontramos ante una cuestión que a nivel interno ha dado lugar a un intenso debate doctrinal. A este respecto, y aun sin ánimo de abordar con profundidad esta problemática, pues presenta implicaciones tributarias y societarias cuyo análisis con el debido rigor excedería con mucho el objeto de este trabajo, cabría señalar que, en el plano del Derecho societario doméstico, el artículo 70.1 de la LME habla explícitamente de “traspaso en bloque por sucesión universal” a la hora de definir la operación de escisión parcial mientras que, en el plano del Derecho tributario, el artículo 76.2.1º, apartado b) de la LIS se refiere simplemente a la transmisión “en bloque” de las partes del patrimonio de la sociedad escindida que conformen una rama de actividad. En este sentido, y partiendo de la concepción de que la sucesión universal se encuentra ligada fundamentalmente a la desaparición jurídica de la sociedad transmitente y a la transmisión de la totalidad de su patrimonio, algunos autores han negado el carácter “universal” de la transmisión que se produce en el ámbito de las escisiones parciales (*vid.* ESCRIBANO GÁMIR, M.C., “La responsabilidad de las sociedades beneficiarias de la escisión y de la sociedad parcialmente escindida”, en *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, UCM, marzo 2011, pp.15 y 17 (el documento se encuentra disponible en <http://eprints.ucm.es/9601/1/HARVARD.pdf>); RUIBAL PEREIRA, L., *La sucesión en Derecho Tributario. Especial Referencia a la sucesión de empresa*, Lex Nova, Valladolid, 1997, pp.242-243; DE LA HUCHA CELADOR, F., *op.cit.*, p.59; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *Escisión*, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A., OLIVENCIA, M. (dirs.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t.IX, vol.3, Civitas, Madrid, 1992, p.178; o, en una línea similar GARCÍA NOVOA, C., “Comentario al nuevo párrafo del art.97 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades: el régimen de las escisiones societarias”, *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, vol.I, tomo X, 2001, p.1817). Por parte, y defendiendo la tesis contraria, podríamos traer a colación la opinión de QUIJANO GONZÁLEZ, J., ESTEBAN RAMOS, L., “Tutela de los acreedores: las responsabilidades de las sociedades que participan en la escisión”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ESTEBAN VELASCO, G. (dirs.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Tomo II, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp.578-579; GUASCH MARTORELL, R., *La escisión de sociedades en el Derecho español: la tutela de los intereses de socios y acreedores*, Civitas, Madrid, 1993, p.97; o de MENÉNDEZ GARCÍA, G., “Delimitación de los...”, *op.cit.*, p.18, quien entiende que el fenómeno de la sucesión universal se produce tanto en el ámbito de las escisiones totales como en el de la escisión parcial, ya que su apreciación no debe vincularse necesariamente a la transmisión de la totalidad del patrimonio de la sociedad que se escinde ni a su extinción, sino más bien a la forma o modo en que la transmisión patrimonial se realiza (transmisión en bloque y en un solo acto). En favor del carácter universal de la sucesión que se produce en el ámbito de las escisiones parciales también se mostró la Consulta Vinculante de la DGT de 7 de noviembre de 2011, V2644-11.

las plusvalías latentes e incluso la evasión de los debidos impuestos puedan acceder al régimen de neutralidad fiscal¹⁵⁶⁹. Asimismo, es importante tener presente que la condición relativa a que la sociedad transmitente conserve, con posterioridad a la operación, al menos una rama de actividad, conecta directamente con otra de las características definidoras de la operación de escisión parcial, a saber, la no extinción de la sociedad transmitente como resultado de la misma, impidiendo que dicha sociedad mantenga tan sólo elementos patrimoniales de carácter residual que no permitan el desarrollo autónomo de una actividad económica.

En relación con esta cuestión, cabría señalar que nos encontramos ante dos elementos que no concurren en la definición de escisión parcial contenida en el artículo 160 *ter*, apartado 4, subapartado b) de la Directiva 2017/1132/UE (y que, por tanto, resulta más flexible) lo que se traducirá en que no todas las operaciones de escisión parcial transfronteriza realizadas al amparo del régimen jurídico-procedimental previsto en la citada Directiva tendrán acceso al régimen de neutralidad fiscal configurado por la Directiva 2009/133/CE, poniendo nuevamente de manifiesto la ausencia de una identidad entre los fines perseguidos por ambas normas de Derecho de la UE.

Por otra parte, y como elemento común a las operaciones de escisión total, cabría hacer referencia a la necesidad de que los socios de la sociedad escindida reciban, con arreglo a una norma proporcional y en contrapartida de la transmisión patrimonial efectuada, títulos representativos del capital social de la sociedad o sociedades beneficiarias a cambio de los títulos que poseían en la sociedad transmitente con carácter previo a la operación¹⁵⁷⁰, pudiendo, asimismo, percibir una compensación adicional en efectivo al objeto de ajustar el tipo de canje a números enteros de títulos, siempre que ésta no supere el 10% del valor nominal de los títulos atribuidos, o a falta de su valor nominal, de su valor contable.

Nuevamente se observa una importante diferencia en este punto con respecto a la definición de escisión parcial contenida de la Directiva 2017/1132/UE por cuanto en el plano del Derecho societario europeo se admite la posibilidad de que los socios de la sociedad transmitente puedan recibir en contrapartida no sólo títulos representativos del capital social de la sociedad o sociedades beneficiarias, sino también títulos de la propia

¹⁵⁶⁹ En este sentido, *vid.* AURELIO, M., *op.cit.*, p.334, que apunta a título de ejemplo como, de no existir el requisito relativo al mantenimiento de al menos una rama de actividad en sede de la sociedad transmitente, una sociedad A residente en el Estado miembro X podría transmitir un inmueble de gran valor con diferimiento del gravamen de las plusvalías latentes o incluso sin tributar por las mismas del siguiente modo: en primer lugar, la sociedad A llevaría a cabo una escisión parcial transfiriendo el conjunto de su actividad a la sociedad B residente en el Estado miembro Y, dejando en la sociedad A el inmueble que desea transmitir; en segundo lugar, los socios de la sociedad A procederían a la venta de sus acciones al sujeto o entidad interesada en el inmueble, de forma tal que, si dicha transmisión de títulos pudiera beneficiarse de un sistema de “*participation exemption*”, el activo se habría transmitido sin producirse gravamen alguno sobre sus plusvalías latentes.

¹⁵⁷⁰ Nótese, sin embargo, como, en el plano del Derecho societario europeo y de acuerdo con lo establecido en el artículo 160 *decies* de la Directiva 2017/1132/UE, se reconoce un derecho de separación a los socios de la sociedad escindida que hubiesen votado en contra de la operación cuyo ejercicio determinaría que éstos no se convirtiesen en socios de la sociedad o sociedades beneficiarias (tal y como se recoge en el artículo 160 *novodecies* de la citada norma comunitaria).

sociedad transmitente o incluso títulos representativos del capital de ambas sociedades. Ahora bien, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 160 *novodecies*, apartado 2, subapartado b) de la Directiva 2017/1132/UE, se impone la necesidad de que al menos algunos de los socios de la sociedad transmitente reciban títulos representativos del capital social de la sociedad o sociedades beneficiarias. De este modo, todas aquellas operaciones transfronterizas de escisión parcial en las que los socios de la sociedad transmitente no reciban en contrapartida únicamente títulos representativos del capital social de la sociedad o sociedades beneficiarias quedarán extramuros del régimen de neutralidad fiscal configurado por la Directiva 2009/133/CE, sin perjuicio de que puedan beneficiarse de las disposiciones previstas en la Directiva 2017/1132/UE.

En relación con esta cuestión, cabría señalar como la Directiva no precisa si nos encontramos ante una mera proporcionalidad cuantitativa en el tipo de canje o si, por el contrario, el acceso de estas operaciones al régimen de neutralidad fiscal exige la presencia de proporcionalidad cualitativa a la hora de atribuir los títulos de las sociedades beneficiarias a los socios de la sociedad transmitente. Ciertamente, esta cuestión no se plantea en aquellos supuestos en los que existe una única sociedad beneficiaria, pues si sólo se entregasen títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria a uno de los socios de la sociedad transmitente, se estaría incumpliendo, a nuestro juicio, el tenor literal del artículo 2, apartado c) de la Directiva 2009/133/CE por cuanto exige que todos los socios de la sociedad transmitente perciban títulos de la sociedad o sociedades beneficiarias. Sin embargo, tratándose de escisiones parciales con pluralidad de sociedades beneficiarias, la escueta redacción del citado precepto nos conduce a una problemática similar a la ya apuntada cuando analizamos la figura de la escisión total acerca de la naturaleza de la proporcionalidad exigida en el marco de estas operaciones.

En nuestra opinión, los argumentos esgrimidos en su momento, y a los que ahora nos remitimos, resultan extensibles en gran medida a las escisiones parciales con pluralidad de sociedades beneficiarias, de forma tal que la inclusión explícita de la expresión “con arreglo a una norma proporcional” en la definición de escisión parcial contemplada en el artículo 2, apartado c) de la Directiva 2009/133/CE parece que debe entenderse *a priori* en el sentido de que los socios de la sociedad transmitente tienen que recibir títulos representativos del capital social de todas y cada una de las sociedades beneficiarias de la operación en proporción a los derechos que éstos tenían previamente en el capital de la sociedad transmitente (proporcionalidad cualitativa), al objeto de evitar que pudieran beneficiarse del régimen de neutralidad fiscal operaciones cuya finalidad no fuese reorganizar la actividad empresarial. De este modo, quedarían excluidas del ámbito de aplicación objetivo de la Directiva 2009/133/CE las escisiones parciales subjetivas, sin perjuicio, claro está, de que los Estados miembros puedan extender el régimen de neutralidad fiscal a estas operaciones (p.ej. España).

No obstante, lo cierto es que el argumento que pivota sobre la teórica finalidad anti-abuso de la exigencia de proporcionalidad cualitativa en la atribución de títulos a los socios de la sociedad escindida, resulta más difícil de sostener en el ámbito de la

escisión parcial que en el ámbito de la escisión total debido a que las primeras cuentan con otros elementos en su definición que ya contribuyen a evitar que operaciones que carezcan de fines reorganizativos puedan acceder a los beneficios de la Directiva 2009/133/CE, a saber: la exigencia de que el conjunto patrimonial transmitido a la sociedad o sociedades beneficiarias sea capaz de funcionar por sus propios medios, y el requisito relativo al mantenimiento de al menos una rama de actividad en sede de la sociedad transmitente. Por ello, en nuestra opinión, las escisiones parciales subjetivas con pluralidad de sociedades beneficiarias deberían quedar cubiertas por el ámbito de aplicación objetivo de la Directiva 2009/133/CE siempre y cuando todos los socios de la sociedad escindida recibiesen títulos de alguna de las sociedades beneficiarias (no necesariamente de todas), y se mantuviesen términos globales del valor económico de su participación antes y después de la escisión parcial (proporcionalidad cuantitativa)¹⁵⁷¹. A este respecto, creemos que la exigencia del requisito de rama de actividad, unido a la propia cláusula anti-abuso prevista en el artículo 15 de la Directiva, resultan suficientes para impedir que operaciones cuyos fines no consistan en la reorganización de las actividades de la empresa puedan acceder a los beneficios de la Directiva. En cualquier caso, nos encontramos ante una cuestión que debería ser clarificada por parte del legislador europeo o, en su caso, a través de la jurisprudencia del TJUE.

4.3.2.2. Sobre el concepto de rama de actividad empleado por la Directiva 2009/133/CE en el ámbito de las operaciones de escisión parcial y aportación de activos

4.3.2.2.1. Consideraciones generales

El concepto de “rama de actividad” aparece definido en el artículo 2, apartado j) de la Directiva 2009/133/CE como “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”. A este respecto, la primera cuestión que cabría señalar es que nos encontramos ante un concepto autónomo propio del Derecho tributario europeo¹⁵⁷² que, si bien ya

¹⁵⁷¹ Por ejemplo, pensemos en una sociedad A residente en el Estado miembro X, cuyo capital se encuentra dividido a partes iguales entre dos socios a' y b' y cuyo patrimonio esté integrado por tres ramas diferenciadas de actividad. La sociedad A podría llevar a cabo una escisión parcial subjetiva en virtud de la cual una rama de actividad fuese transmitida a la sociedad B, residente en el Estado miembro Y, y cuyos títulos serían atribuidos exclusivamente al socio a'; otra rama de actividad fuese transmitida a la sociedad C, residente en el Estado miembro Z, y cuyos títulos serían atribuidos exclusivamente al socio b'; y otra rama de actividad fuese mantenida en la sociedad A cuyos títulos seguirían en manos de los socios a' y b'.

¹⁵⁷² En relación con esta cuestión, cabría señalar como, la ausencia de una definición del concepto de “rama de actividad” por parte de una norma de Derecho societario europeo, abría la puerta a que, en el ámbito de los ordenamientos internos de los Estados miembros, pudiesen existir divergencias entre el

figuraba en el artículo 7, apartado 1, b) de la Directiva 69/335/CEE relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, no sería definido como tal por una norma de Derecho de la UE hasta la aprobación de la Directiva 90/434/CEE, la cual, a su vez, se limitaba a asumir la definición de este término configurada más de veinte años atrás por parte de la Propuesta de Directiva de 1969.

De hecho, en algunos Estados miembros como Austria, Bélgica, o Alemania, la introducción de una definición del concepto de rama de actividad por parte de una norma de Derecho positivo a nivel comunitario supuso una auténtica novedad, por cuanto a nivel interno se trataba de un término configurado y desarrollado vía

concepto empleado por las normas propias del Derecho societario en el marco de las definiciones de las operaciones de reorganización empresarial en las que podría resultar relevante (p.ej. la escisión parcial o la segregación) y el concepto empleado por la normativa tributaria, que necesariamente debería estar alineado con la definición prevista en el artículo 2, apartado j) de la Directiva 2009/133/CE. En este sentido, podría traerse a colación el caso de España, por cuanto el artículo 70 de la LME hace pivotar la definición de la escisión parcial sobre el concepto de “unidad económica”, frente al concepto de “rama de actividad” empleado por el artículo 76.2.1º de la LIS a la hora de definir la citada operación (en una línea similar, *vid.* artículo 124.1, apartado b) del *Código das Sociedades Comerciais* portugués v. artículo 73.2, apartado a) del *Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas*). De este modo, y en la medida en que nos encontramos ante conceptos similares pero no equivalentes (siendo más restrictivo el segundo que el primero, tal y como parece extraerse de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de enero de 2012, JUR 2012\43149, FJ 5º), podría darse el caso de que una escisión parcial que se hubiese realizado conforme a lo establecido en la LME finalmente no tuviese acceso al régimen de neutralidad fiscal. En este sentido, resultan ilustrativas las palabras del TEAC en su resolución de 19 de enero de 2007, nº res.00/3412/2004, FJ 3, cuando afirma que “argumenta la recurrente que el concepto de escisión parcial enunciado por el art. 97.2.b) LIS es coincidente con el mercantil, identificando a estos efectos “la unidad económica” mercantil con la “rama de actividad”. Tal identificación resulta sin embargo imposible a la vista de la definición que el propio art. 97, en su apartado 4, da para la rama de actividad. Así lo viene declarando reiteradamente la Dirección General de Tributos (DGT en lo sucesivo) en sus contestaciones a consultas como señala el informe ampliatorio. Y, desde luego, es indudable que la ley tributaria no tiene por qué beneficiar toda escisión mercantil, pudiendo delimitar en los términos que considere oportuno el ámbito del régimen especial como efectivamente hace”. Ciertamente, y aun cuando la citada divergencia entre ambos conceptos pueda justificarse sobre la base de la falta de una identidad total entre los fines de ambas normas, introduce una cierta inseguridad jurídica en los agentes económicos a la hora de planificar estas operaciones ya que, en la mayoría de los casos y con independencia de que “encajen” en la definición prevista por la norma mercantil, la no aplicación del régimen de neutralidad fiscal a las mismas se traducirá en la imposibilidad efectiva de llevarlas a cabo. En este sentido, no puede perderse de vista como, aun sin resolver la cuestión acerca de si ambos conceptos son o no equivalentes, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de febrero de 2012 (JUR 2011\77310), en su FJ 6º, ya apuntó que en el caso de que efectivamente nos encontrásemos ante conceptos no equiparables íntegramente, la Administración tributaria debería llevar a cabo un análisis de las diferencias existentes entre los mismos, definiendo en qué casos una “unidad económica” en sentido de la legislación societaria no constituiría, al mismo tiempo, una “rama de actividad” desde la óptica fiscal, lo cual, a juicio de algunos autores, constituye, “una reacción contra la desmesurada autonomía de la interpretación fiscal, frente al Derecho sustantivo, desplegada por parte de los criterios administrativos” (*vid.* SÁNCHEZ MANZANO, J.D., “Análisis de determinadas...”, *op.cit.*, p.87). De hecho, esta problemática que acabamos de apuntar no se da en algunos Estados miembros como Bélgica, por cuanto su legislación societaria no sólo opera con el concepto de “rama de actividad”, sino que lo define de siguiendo el tenor literal de la Directiva 2009/133/CE (*vid.* artículo 680 del *Code des Sociétés* belga). Ahora bien, si tenemos en cuenta que la definición de escisión parcial (transfronteriza) que figura en el artículo 160 *ter*, apartado 4, subapartado b) de la Directiva 2017/1132/UE pivota simplemente sobre la transmisión por parte de la sociedad escindida de “una parte de su patrimonio activo y pasivo”, no parece que, en el marco de operaciones cubiertas por el ámbito de aplicación de la citada norma comunitaria, las legislaciones societarias de los Estados miembros puedan introducir elementos que restrinjan la definición de estas operaciones, exigiendo, por ejemplo, que el conjunto patrimonial transmitido configure una “rama de actividad”, una “unidad económica”, u otro concepto de similar naturaleza.

jurisprudencial sobre la base de la resolución de casos concretos¹⁵⁷³. Por su parte, en otros Estados miembros como Irlanda (o, en su momento, Reino Unido), sus respectivas legislaciones fiscales domésticas optaban por el uso del término “parte de un negocio” (*part of a trade*) frente al concepto de “rama de actividad” (*branch of activity*) introducido por la Directiva 90/434/CEE¹⁵⁷⁴, lo cual podía plantear dudas acerca de la identidad entre ambos conceptos¹⁵⁷⁵.

En relación con esta cuestión, cabría señalar como no todos los Estados miembros han seguido el mismo camino a la hora de trasladar la definición de rama de actividad prevista en el Directiva a sus respectivos ordenamientos internos, pudiendo distinguir esencialmente entre aquellos Estados miembros que han optado por incluir en sus legislaciones fiscales domésticas una definición de este concepto similar a la contenida en la Directiva (p.ej. España o Portugal)¹⁵⁷⁶; aquéllos que han hecho lo propio pero a través de instrumentos de naturaleza administrativa (p.ej. Francia)¹⁵⁷⁷ o en los comentarios a un texto normativo (p.ej. Bélgica)¹⁵⁷⁸; y aquellos otros que prefieren emplear una definición propia (y más laxa) del concepto de rama de actividad (p.ej. Italia)¹⁵⁷⁹, sin perjuicio de que, a través de su interpretación por parte de los órganos

¹⁵⁷³ En este sentido, *vid.* SCHMIDT, M., *op.cit.*, p.515.

¹⁵⁷⁴ *Vid.* DELOITTE TOUCHE TOHMATSU INTERNATIONAL, *op.cit.*, p.11; y FÉDÉRATION DES EXPERTS COMPTABLES EUROPÉENS, *op.cit.*, p.22.

¹⁵⁷⁵ En el caso del Reino Unido, la sección 140(1)(a) de la *Taxation of Chargeable Gains Act 1992*, en su redacción original, establecía que “*This section applies where a company resident in the United Kingdom carries on a trade outside the United Kingdom through a branch or agency and: (a) that trade, or part of it, together with the whole assets of the company used for the purposes of the trade or part (or together with the whole of those assets other than cash) is transferred to a company not resident in the United Kingdom*”. Posteriormente, y como resultado de la implementación de las disposiciones de la Directiva 2005/19/CE, fueron modificados varios epígrafes de la sección 140, sustituyéndose el término “*trade*” por “*business*” con el fin de evitar posibles problemas de interpretación. Sin embargo, en Irlanda, la Sección 631(1)(a) de la *Taxes Consolidation Act, 1997* sigue empleando en el ámbito de las operaciones de aportación de activos los términos “*whole of a trade*” y “*part of a trade*” para referirse al conjunto patrimonial transmitido en el marco de las mismas.

¹⁵⁷⁶ A este respecto, *vid.* artículo 76.4 de la LIS donde se define el concepto de rama de actividad como “el conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios. Podrán ser atribuidas a la entidad adquirente las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de los elementos que se traspasan”, y artículo 73.4 del *Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas*, que siguiendo una línea similar a la norma española define la rama de actividad (*ramo de atividade*) como “*o conjunto de elementos que constituem, do ponto de vista organizacional, uma unidade económica autónoma, ou seja, um conjunto capaz de funcionar pelos seus próprios meios, o qual pode compreender as dívidas contraídas para a sua organização ou funcionamento*”.

¹⁵⁷⁷ En Francia, el concepto de rama de actividad (*branche d'activité*) aparece recogido en la Instrucción de la Dirección General de Impuestos, de 3 de agosto de 2000 (BOI 4 I-2-00, nº 152 de 18 de agosto de 2000), cuyo apartado 48 la define como “*l'ensemble des éléments d'actif et de passif d'une division d'une société qui constituent, du point de vue de l'organisation, une exploitation autonome, c'est-à-dire un ensemble capable de fonctionner par ses propres moyens*”.

¹⁵⁷⁸ En Bélgica, el concepto de rama de actividad (*branche d'activité*) aparece definido en los Comentarios al *Code des impôts sur les revenus* como “*l'ensemble des éléments qui sont investis dans une division de cette entreprise et constituent, au point de vue technique, une exploitation indépendante, c.-à-d. un ensemble capable de fonctionner par ses propres moyens*” (*vid.* Com. IR, nº46/36 en el que se remite a *Chambre, session 1958-1959, doc. 216/1*).

¹⁵⁷⁹ De hecho, en Italia, donde el artículo 178.1, apartado b-bis del *Testo Unico delle Imposte sui Redditi* relativo a la escisión parcial emplea los términos “*azienda*” o “*complesso aziendale*” frente al de “*ramo*”

jurisdiccionales nacionales, sus caracteres se hayan ido aproximando a los contenidos en la definición de rama de actividad prevista por la Directiva¹⁵⁸⁰.

Por lo que respecta a la finalidad del requisito relativo a la exigencia de que, en el marco de determinadas operaciones de reorganización empresarial, los elementos patrimoniales transmitidos conformen una rama de actividad, ya hemos apuntado cómo el legislador europeo trataría de evitar que operaciones de aportación de activos o de escisión parcial que no persiguen una auténtica finalidad reorganizadora de la actividad empresarial, sino la mera transmisión de un conjunto inconexo de elementos de activo y pasivo, puedan beneficiarse de las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE, estableciendo una suerte de filtro previo a la aplicación de la cláusula anti-abuso contenida en su artículo 15, cuya interpretación no está exenta de dificultades¹⁵⁸¹. No obstante, lo cierto es que la importancia de los fines perseguidos por el citado concepto contrasta con lo escueto de la definición aportada por la Directiva, de forma tal que, aun cuando ésta ha sido perfilada y clarificada por parte del TJUE, todavía plantea algunos problemas interpretativos.

4.3.2.2.2. Caracteres definidores

4.3.2.2.2.1. La necesidad de que se transmita la totalidad de los elementos de activo y pasivo que integran la rama de actividad

A la vista del tenor literal del artículo 2, apartado j) de la Directiva 2009/133/CE, podrían plantearse ciertas dudas acerca de si en el marco de operaciones transfronterizas de escisión parcial o de aportación de activos cubiertas por el régimen de neutralidad fiscal resulta necesario que se transmita la totalidad de los elementos de activo y de pasivo que integran la/s rama/s de actividad objeto de transmisión o, por el contrario, pueden quedar excluidos de la transmisión determinados activos y pasivos vinculados a la rama de actividad en cuestión siempre que esto no afecte a su autonomía desde el punto de vista organizativo y funcional.

d'attività” que figura en la Directiva 2009/133/CE, ni siquiera existe una definición propiamente dicha de este concepto (también denominado *ramo d'azienda*), sino que ésta debe construirse sobre la base del término “*azienda*” (empresa o explotación), definido por el artículo 2555 del *Codice Civile* como “*il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa*”.

¹⁵⁸⁰ A este respecto, podrían traerse a colación las Sentencias de la Corte de Casación italiana de 9 de mayo de 2014, nº 10128, de 12 de mayo de 2005, nº 17928, o de 25 de octubre de 2002, nº 15105 donde se hace referencia, entre otras cuestiones, a la necesidad de que la *rama d'azienda* presente un carácter autónomo desde el punto de vista organizativo, funcional y económico (sobre esta cuestión, *vid.* BAVAGNOLI, F., *L'affitto d'azienda. Profili di calcolo economico e di rappresentazione contabile*, Giuffrè Editore, Milano, 2006, p.14).

¹⁵⁸¹ En este sentido, *vid.* MENÉNDEZ GARCÍA, G., “Estudio de las...”, *op.cit.*, p.18.

No obstante, de la sentencia del TJUE en el asunto *Andersen og Jensen* puede extraerse de forma clara la necesidad de que la sociedad transmitente transfiera a la sociedad beneficiaria todos los elementos de activo y de pasivo inherentes a la rama o ramas de actividad objeto de la transmisión en el marco de una operación de aportación de activos o de escisión parcial para que éstas puedan tener acceso a las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE¹⁵⁸², lo cual, a juicio de un sector de la doctrina, presenta problemas de compatibilidad con la definición del concepto de “rama de actividad” contenida en el artículo 2, apartado j) de la Directiva, así como con la propia finalidad de dicha norma comunitaria¹⁵⁸³. De este modo, la rama de actividad se concibe como una partida unitaria de elementos de activo y pasivo cuya división “artificial” entre la sociedad transmitente y la sociedad beneficiaria se pretende evitar¹⁵⁸⁴. Por tanto, y a título de ejemplo, cabría señalar como el hecho de que la sociedad transmitente retenga el capital de un préstamo de elevada cuantía suscrito por ésta y transfiera a la sociedad beneficiaria las obligaciones derivadas del mismo constituiría una disociación artificial de los elementos integrantes de la rama o ramas de actividad transmitidas que impediría calificar la operación en cuestión de aportación de activos o, en su caso, de escisión parcial¹⁵⁸⁵, con independencia de la finalidad que se persiguiera con dicha división de los elementos del préstamo (p.ej. disminuir el valor neto del patrimonio aportado a la sociedad beneficiaria con el fin de agilizar un proceso de cambio generacional)¹⁵⁸⁶.

A este respecto, lo cierto es que no han faltado voces críticas entre la doctrina que entienden que el criterio mantenido por el Tribunal en relación con la división de los elementos del préstamo resulta demasiado inflexible y riguroso, sobre la base de los

¹⁵⁸² Vid. STJUE de 15 de enero de 2002, asunto C-43/00, *Andersen og Jensen Aps v. Skatteministeriet*, aps. 24-25. A este respecto, nótese como, si bien la citada sentencia se refiere específicamente a las operaciones de aportación de activos contempladas en el artículo 2, apartado d) de la Directiva 2009/133/CE, a los efectos que a nuestro trabajo interesan en este momento, no existe inconveniente alguno en extender sus conclusiones a las operaciones de escisión parcial recogidas actualmente en el artículo 2, apartado c) de la Directiva 2009/133/CE y que, como sabemos, fueron introducidas en el texto de la Directiva con posterioridad a la sentencia *Andersen og Jensen* a través de la Directiva 2005/19/CE, por cuanto ambas operaciones pivotan sobre el concepto de “rama de actividad”.

¹⁵⁸³ En este sentido, vid. BOULOGNE, F., GOOIJÉ, J., “Merger Directive: conceptual clarity of the term “branch of activity” needed”, *European Taxation*, vol.53, nº5, 2013, p.244.

¹⁵⁸⁴ Vid. Conclusiones del Abogado General Tizzano, presentadas el 11 de septiembre de 2001, asunto C-43/00, *Andersen og Jensen Aps v. Skatteministeriet*, ap.21.

¹⁵⁸⁵ Vid. STJUE de 15 de enero de 2002, asunto C-43/00, *Andersen og Jensen Aps v. Skatteministeriet*, aps.25 y 29. En este sentido, resultan ilustrativas las palabras del Abogado General cuando afirma que, en el caso concreto, “(...) la anomalía de la operación de que se trata consistía precisamente en el hecho de que se pretendía transferir a la sociedad beneficiaria la actividad de comercialización de artículos deportivos junto con la obligación de reembolsar un capital destinado a una actividad diferente que, tras quedar dispensada del correspondiente elemento del pasivo, debía permanecer, en cambio, en la sociedad transmitente” (vid. Conclusiones del Abogado General Tizzano, presentadas el 11 de septiembre de 2001, asunto C-43/00, *Andersen og Jensen Aps v. Skatteministeriet*, ap.24).

¹⁵⁸⁶ Vid. Conclusiones del Abogado General Tizzano, presentadas el 11 de septiembre de 2001, asunto C-43/00, *Andersen og Jensen*, ap.25, cuyo criterio parece seguir de forma implícita el TJUE a la vista del razonamiento y de la respuesta conjunta dada a las tres primeras cuestiones prejudiciales (vid. STJUE de 15 de enero de 2002, asunto C-43/00, *Andersen og Jensen Aps v. Skatteministeriet*, aps.20-29).

siguientes argumentos¹⁵⁸⁷: 1) la admisión del planteamiento del TJUE implica que, por lo que respecta al conjunto patrimonial transmitido, la sociedad beneficiaria tendría que adoptar necesariamente la estructura financiera (modelo de financiación, nivel de capitalización, apalancamiento financiero, etc.) configurada por la sociedad transmitente, aun cuando ésta no fuera la más adecuada teniendo en cuenta las circunstancias concretas del sector; 2) el vínculo establecido por el TJUE entre los elementos del préstamo a efectos de aplicación del régimen de neutralidad fiscal no resulta exigible, con carácter general, ni por el Derecho civil ni por el Derecho societario de los Estados miembros; 3) el nexo indisoluble que el Tribunal plantea entre el principal y las obligaciones financieras del préstamo no resulta un criterio operativo, habida cuenta de que el efectivo recibido por la sociedad transmitente puede emplearse, entre otras finalidades, para la compra de activos afectos a diferentes ramas de actividad, para hacer frente a los gastos corrientes de la sociedad, o incluso para el pago de dividendos (siempre que la legislación societaria doméstica así lo permita), lo cual podría dificultar, o incluso, imposibilitar la identificación de este nexo entre el capital recibido y la carga financiera de la devolución del préstamo¹⁵⁸⁸.

En relación con esta cuestión, tampoco ha estado exenta de críticas la referencia efectuada por el Tribunal en el marco del asunto *Andersen og Jensen* a que las sociedades participantes en la aportación de activos podrían haber llegado al mismo resultado a través de una adquisición de activos efectuada en parte al contado y que, por ende, quedaría extramuros de la definición contenida en el artículo 2, apartado d) de la Directiva 2009/133/CE¹⁵⁸⁹. Ciertamente, la invocación de este argumento basado en la

¹⁵⁸⁷ Sobre esta cuestión, *vid.* VINTHER, N., WERLAUFF, E., “Community Law and the Independent Business as Interpreted by the ECJ in *Andersen & Jensen Aps*”, *European Taxation*, vol.42, nº10, 2002, pp.443-445.

¹⁵⁸⁸ Ciertamente, si el destino del préstamo reside única y exclusivamente en la adquisición de un activo vinculado a una determinada rama de actividad de la sociedad transmitente, parece evidente que si posteriormente ese bien se transmite como parte inherente de la rama de actividad en cuestión también deberá transmitirse la carga financiera del préstamo suscrito para su adquisición, más aun si el bien transmitido se emplea como garantía. Ahora bien, la cuestión acerca de cuándo debe transmitirse el pasivo que constituyen las obligaciones derivadas del préstamo se complicaría en aquellos supuestos en los que el préstamo suscrito por la sociedad transmitente se destina a la compra de una serie de bienes que quedarían afectados a una determinada rama de actividad (p.ej. maquinaria y equipamiento), pero se garantiza a través de la constitución de una hipoteca sobre un bien de la sociedad transmitente (p.ej. un inmueble) que pertenece a otra de sus ramas de actividad. A este respecto, parece que la interpretación más razonable y acorde con la jurisprudencia del TJUE pasaría porque la carga financiera del préstamo (pasivo) acompañe a los activos en los que se empleó el efectivo recibido (y no al bien empleado como garantía), de forma tal que: a) si el objeto de la transmisión es la rama de actividad a la que se encuentran afectos, la sociedad beneficiaria recibiría dichos activos junto con las cargas del préstamo, mientras que el bien empleado como garantía permanecería hipotecado en sede de la sociedad transmitente hasta que la sociedad beneficiaria pagase el préstamo; y b) si el objeto de la transmisión es la rama de actividad a la que se encuentra afecto el bien utilizado como garantía, la sociedad beneficiaria recibiría el bien hipotecado pero no la carga financiera del préstamo, que permanecería vinculada a la rama de actividad a la que se encontrasen afectos los activos adquiridos con el mismo. Asimismo, y en caso de que el dinero obtenido con el préstamo fuese destinado a la adquisición de bienes afectos a diferentes ramas de actividad de la sociedad transmitente, las obligaciones financieras de dicho préstamo deberían transmitirse a la sociedad beneficiaria junto con dichos activos de forma proporcional al valor de los mismos.

¹⁵⁸⁹ *Vid.* STJUE de 15 de enero de 2002, asunto C-43/00, *Andersen og Jensen Aps v. Skatteministeriet*, ap.26, donde se afirma que: “además, debe añadirse que, en el asunto principal, la sociedad transmitente y

realidad económica de la operación y la opción por parte del contribuyente de la opción más ventajosa en términos fiscales supone la introducción en el razonamiento del TJUE de un elemento de naturaleza subjetiva a la hora de interpretar el artículo 2 de la Directiva difícilmente compatible con la doctrina establecida en la sentencia *Leur Bloem*¹⁵⁹⁰.

Asimismo, y cuando parece que la cuantía del préstamo no debería afectar a las conclusiones del TJUE acerca de la disociación de sus elementos, cabría señalar como la referencia efectuada por el Tribunal a la “elevada cuantía” del préstamo en su respuesta a las tres primeras cuestiones planteadas en el asunto *Andersen og Jensen*¹⁵⁹¹, supone la introducción, a nuestro juicio desafortunada, de un concepto jurídico indeterminado susceptible de valoración en cada caso concreto que podría generar en los agentes económicos incertidumbre acerca de si la transmisión de las obligaciones financieras de un préstamo suscrito por la sociedad transmitente, reteniendo ésta el capital del mismo, en el marco de operaciones de aportación de activos o de escisión parcial cubiertas por el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE resultaría admisible en aquellos supuestos en los que el préstamo suscrito por la sociedad transmitente fuese de escasa cuantía¹⁵⁹².

Por otra parte, y desde otro punto de vista, podría decirse que el TJUE cierra la puerta del régimen de neutralidad fiscal a aquellos supuestos en los que la transmisión de una o varias ramas de actividad incluye elementos de activo y pasivo no vinculados a la/s misma/s, por ejemplo, debido a que se encuentran afectos a otras ramas de actividad de la sociedad transmitente que permanecen bajo su titularidad con posterioridad a la operación¹⁵⁹³.

Ciertamente, si se aceptase la transmisión de activos aislados de la sociedad transmitente no afectos a la rama de actividad transmitida se estaría enmascarando una

la sociedad beneficiaria de la aportación habrían llegado al mismo resultado si ésta hubiera suscrito el préstamo y, posteriormente, hubiera adquirido los activos de la sociedad transmitente como contrapartida, por una parte, de sus propias acciones y, por otra, del capital recibido en préstamo. Ahora bien, tal transmisión, que se efectuaría en parte al contado, no constituiría una aportación de activos en el sentido de la Directiva”.

¹⁵⁹⁰ Sobre esta cuestión, *vid.* BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, p.107-108.

¹⁵⁹¹ *Vid.* STJUE de 15 de enero de 2002, asunto C-43/00, *Andersen og Jensen Aps v. Skatteministeriet*, ap.29.

¹⁵⁹² A este respecto, nótese como, en todo caso, la valoración de la cuantía del préstamo no debería realizarse en términos absolutos (nominal recibido por la sociedad transmitente) sino en términos relativos, por ejemplo, en función del capital social de la sociedad transmitente, tal y como parece sugerir el Abogado General cuando hace referencia a que, en el caso *Andersen og Jensen*, el importe del préstamo suscrito por la sociedad transmitente era más de treinta veces superior a su capital social (*vid.* Conclusiones del Abogado General Tizzano, presentadas el 11 de septiembre de 2001, asunto C-43/00, *Andersen og Jensen Aps v. Skatteministeriet*, ap.24).

¹⁵⁹³ A este respecto, resultan ilustrativas las palabras del Abogado General Tizzano en el asunto *Andersen og Jensen* cuando afirma que “la no transmisión de un elemento de activo inherente a dicha actividad impide calificar la operación como aportación de una rama de actividad a efectos del artículo 2 de la Directiva y, a la inversa, la aportación de una rama de actividad a efectos del artículo 2 de la Directiva no permite justificar la transmisión de un elemento de pasivo inherente a una actividad distinta que permanece en la sociedad transmitente” (ap.22).

mera transmisión de elementos patrimoniales sin fines reorganizativos que no debería quedar cubierta por la Directiva 2009/133/CE si atendemos a su finalidad. No obstante, el requisito de vinculación con la rama de actividad transmitida resulta particularmente relevante en relación con los elementos de pasivo, ya que si se diese cobertura bajo el régimen de neutralidad fiscal a la transmisión de pasivos no vinculados a la rama de actividad o injustificadamente elevados por parte de la sociedad transmitente, existiría el riesgo de que la operación enmascarase un pago en efectivo irregular (superior al límite del 10% en el caso de una escisión parcial o de cualquier importe en el supuesto de una aportación de activos) por parte de la sociedad beneficiaria, en el medida en que esta última debería afrontar el pago de pasivos de la sociedad transmitente no vinculados a la rama de actividad recibida y, por ende, ajenos a la operación de aportación de activos o escisión parcial¹⁵⁹⁴.

Así, y a título de ejemplo, podría traerse a colación el caso de Francia, donde la aportación de elementos de pasivo no vinculados a la rama de actividad transmitida en el marco de una escisión parcial o de una aportación de activos, equivale a un pago en efectivo que se opone a la aplicación del régimen de neutralidad fiscal. Sin embargo, de forma excepcional y bajo autorización previa de las autoridades tributarias, se admite la aplicación del régimen fiscal especial a las aportaciones de activos aislados que contribuyan de forma eficaz a la creación, expansión, o mejora de las estructuras de una empresa¹⁵⁹⁵, lo cual supone una flexibilización unilateral del ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE y del criterio interpretativo sentado por el TJUE. Por su parte, en otros Estados miembros como España o Portugal, el legislador nacional ha optado por clarificar esta cuestión directamente en la definición del concepto de rama de actividad que figura en su Derecho interno incluyendo un inciso final en el que se hace referencia a que sólo podrán ser atribuidas a la sociedad beneficiaria las deudas contraídas por la sociedad transmitente para la organización o el funcionamiento de los elementos patrimoniales que se traspasan¹⁵⁹⁶.

¹⁵⁹⁴ De hecho, en un primer momento, y a la hora de implementar la Directiva 90/434/CEE en sus respectivos ordenamientos domésticos, la mayoría de Estados miembros (p.ej. Bélgica, Finlandia, Alemania, Dinamarca Portugal o Suecia) exigía de forma explícita la existencia de una conexión entre los elementos de pasivo y la rama de actividad transmitida, ya que de lo contrario la operación de aportación de activos quedaría fuera del régimen fiscal especial (*vid.* DELOITTE TOUCHE TOHMATSU INTERNATIONAL, *op.cit.*, pp.12-13).

¹⁵⁹⁵ *Vid.* DIRECTION GÉNÉRALE DES FINANCES PUBLIQUES, *SJ - Mesures fiscales soumises à agrément préalable – La rénovation de la structure des sociétés - Application, sur agrément, du régime des fusions aux apports partiels d'actif et aux scissions*, BOI-SJ-AGR-20-10-20121203, 3 de diciembre de 2012, aps.90 y 100.

¹⁵⁹⁶ *Vid.* artículo 76.4 de la LIS y artículo 73.4 del *Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas*. En relación con el caso de España, esta necesidad de que los pasivos transmitidos se encuentren necesariamente vinculados a la adquisición, financiación, organización, o funcionamiento de los activos aportados (aspecto para el cual será relevante analizar no sólo el origen de los pasivos transmitidos sino también su importe) ha quedado plasmada en la SAN de 19 de marzo de 2019, rec. nº. 71/2017, FJ. 5º, que sigue el criterio fijado en la Resolución del TEAC de 8 de enero de 2015 (ref. nº 2735/2012/00/00), así como en las Consultas Vinculantes de la DGT de 12 de septiembre de 2008, V1664-08, o de 10 de noviembre de 2006, V2241-06. Ahora bien, a este respecto, es importante tener presente que, tal y como se afirma en la citada sentencia, la definición de rama de actividad prevista en el artículo 76.4 de la LIS no obliga a la transmisión de aquellas deudas contraídas para la organización y

Ahora bien, no conviene perder de vista que, tal y como han apuntado algunos autores, en ocasiones puede resultar difícil determinar cuáles son los pasivos efectivamente vinculados a una determinada rama de actividad y, por ende, si en el marco de una operación de escisión parcial o aportación de activos cubierta por la Directiva 2009/133/CE se está transmitiendo una cifra de pasivo excesiva con el fin de reducir el valor neto de los activos transmitidos, especialmente en aquellos supuestos en los que la sociedad transmitente se organice de forma funcional y no lleve una contabilidad separada para cada una de las diferentes actividades que realiza. De hecho, incluso en presencia de contabilidades diferenciadas por cada rama de actividad, podría resultar complicado para las autoridades tributarias nacionales realizar una asignación proporcional precisa de los pasivos vinculados a la satisfacción de gastos comunes de la empresa (p.ej. los saldos deudores con la Hacienda Pública derivados del pago de los diferentes tributos) o de aquéllos que presenten una vinculación con todas las ramas de actividad desarrolladas por la sociedad en cuestión (p.ej. la contratación de una línea de crédito o posibilidad de descubierto (*overdraft facility*) común para toda la sociedad), especialmente cuando se trate de reorganizaciones empresariales intra-grupo debido a la existencia de un mayor riesgo potencial de alteración de las cuentas de las sociedades participantes¹⁵⁹⁷. A tal efecto, y más allá de la naturaleza propia del pasivo en cuestión, podrían tenerse en cuenta criterios tales como el volumen de negocios de las diferentes ramas de actividad, la masa salarial que representan, o la proporción de los valores contables de los activos aportados¹⁵⁹⁸.

Por su parte, la atribución de determinados elementos de activo de uso común en sede de la sociedad transmitente a la rama o ramas de actividad aportadas tampoco está exenta de cuestiones problemáticas, siendo competencia de los Estados miembros el establecimiento de los criterios de reparto de dichos elementos entre las ramas de actividad que integran la empresa. De hecho, en algunos Estados miembros como Francia, se admite que, en el marco de una operación de aportación de activos cubierta por el régimen de neutralidad fiscal y a la vista de su naturaleza, los elementos de activo (y pasivo) relativos a los servicios administrativos comunes de la sociedad transmitente (material de oficina, informático, etc.) no se sean repartidos entre las ramas de actividad de la sociedad en función de su afectación y transferidos junto con el conjunto patrimonial que integra *stricto sensu* la rama de actividad transmitida, de forma tal que,

funcionamiento de los elementos patrimoniales que conforman la rama de actividad transmitida, de forma tal que esta decisión quedará en manos del sujeto pasivo.

¹⁵⁹⁷ En este sentido, *vid.* ASHTA, A., “The Taxation of Mergers Directive (90/434/EEC)”, *Cahier du CEREN*, n°3, 2003, p.10.

¹⁵⁹⁸ A título de ejemplo, y en el ámbito doméstico, podría traerse a colación la Consulta Vinculante de la DGT de 22 de junio de 1999, V0028-99, donde se afirmaba que “respecto de la deuda financiera no vinculada directamente a activos transmitidos, en la medida en que la misma necesariamente debe financiar parte del resto de activo de la sociedad transmitente, podrá ser atribuida a la rama de actividad aportada, pudiéndose tomar como criterio de distribución la proporción de los valores contables de los activos aportados o cualquier otro que razonablemente permita la asignación de dicha deuda, siempre que del mismo resulte que el conjunto de elementos patrimoniales aportados sea susceptible de constituir una unidad económica capaz de funcionar por sus propios medios”.

con posterioridad a la operación seguirán en manos de la sociedad transmitente¹⁵⁹⁹. Asimismo, y en relación con otros activos, la Administración tributaria francesa apunta criterios tales como la asignación del valor de los inmuebles de uso común en proporción a la superficie ocupada por cada una de las ramas de actividad, o la asignación de una parte de la tesorería de explotación centralizada de la sociedad en función de las necesidades de capital circulante de las diferentes ramas de actividad¹⁶⁰⁰.

En definitiva, podría decirse que frente a una interpretación restrictiva del concepto de rama de actividad y, por extensión, de las operaciones de aportación de activos y de escisión parcial, que pivota sobre la obligatoriedad de que se transmitan todos los elementos de activo y pasivo que integran la rama o ramas de actividad transferidas en el marco de estas operaciones¹⁶⁰¹, algunos autores se han mostrado partidarios de una interpretación más flexible de la Directiva 2009/133/CE que exija sólo la transmisión de aquellos activos vinculados a la rama de actividad en cuestión que resulten relevantes desde el punto de vista operativo (en el sentido de que contribuyan a la generación de beneficios), así como de los pasivos asociados a los mismos (p.ej. las provisiones dotadas en relación con los activos transmitidos), pudiendo las partes implicadas en la operación decidir acerca de la transmisión o no del resto de elementos patrimoniales que integran la rama de actividad¹⁶⁰². Dentro de este planteamiento, la capacidad de la rama de actividad transmitida de contribuir a las actividades de la sociedad beneficiaria se configuraría como un elemento central para la aplicación del régimen de neutralidad fiscal, a la vez que constituiría un claro indicador de que la operación se realiza por motivos económicos válidos. De hecho, nos encontramos con una idea que ya estaba presente en el ámbito de la imposición indirecta en relación con la aplicación del tipo reducido al que eran sometidas las aportaciones de la totalidad del patrimonio empresarial o de una o varias ramas de actividad¹⁶⁰³, al afirmar el TJUE que “el régimen fiscal favorable concedido en los supuestos de aportación de una o más ramas de una actividad no depende de la cantidad de actividades que ejercía, en el momento de la aportación, la sociedad a la que pertenecía la entidad que es objeto de la aportación, si no a la capacidad de esta última de

¹⁵⁹⁹ Vid. Instrucción de la DGI, de 3 de agosto de 2000 (BOI 4 I-2-00, nº 152 de 18 de agosto de 2000), aps.74-75.

¹⁶⁰⁰ Vid. Instrucción de la DGI, de 3 de agosto de 2000 (BOI 4 I-2-00, nº 152 de 18 de agosto de 2000), ap.66.

¹⁶⁰¹ A título de ejemplo, cabría señalar como, de acuerdo con la doctrina del TJUE, en aquellos supuestos en los que sociedad transmitente aporte la totalidad de sus ramas de actividad, la mera conservación bajo su titularidad de “un reducido número de acciones de una sociedad tercera” determinaría la no aplicación del régimen de neutralidad fiscal, por cuanto la operación ya no podría ser considerada una aportación de activos en el sentido del artículo 2, apartado e) de la Directiva 2009/133/CE. A la misma conclusión se llegaría si las acciones de la sociedad tercera mantenidas por la sociedad transmitente formasen parte de la rama de actividad transmitida (vid. STJUE de 15 de enero de 2002, asunto C-43/00, *Andersen og Jensen Aps v. Skatteministeriet*, ap.28).

¹⁶⁰² En este sentido, vid. VINTHER, N., WERLAUFF, E., *op.cit.*, pp.444-445.

¹⁶⁰³ Vid. artículo 7.1, apartado b) de la Directiva 69/335/CEE.

contribuir, mediante su actividad, al desarrollo de la empresa cesionaria” (el subrayado es nuestro)¹⁶⁰⁴.

Ahora bien, a nuestro juicio, no debe perderse de vista por una parte, que ni la Directiva 69/335/CEE ni la actual Directiva 2008/7/CE contemplan una definición del concepto de rama de actividad y, por otra parte, que el artículo 2, apartado j) de la Directiva 2009/133/CE en modo alguno hace referencia a la “capacidad de contribuir” de la rama de actividad, sino que el elemento central sobre el que se construye la definición del citado concepto reside en la capacidad del conjunto de elementos de activo y pasivo para funcionar con sus propios medios. Por tanto, y aun compartiendo la idea de la necesidad de una interpretación menos teórica y más apegada a la realidad empresarial del concepto de rama de actividad, creemos que un planteamiento más flexible que el adoptado por el TJUE pero a la vez respetuoso con la Directiva 2009/133/CE pasaría por admitir, en el marco de operaciones de aportación de activos o de escisión parcial, la no transmisión de aquellos elementos de activo y pasivo afectos a la rama de actividad transferida que no resultasen esenciales para su funcionamiento autónomo¹⁶⁰⁵.

En este sentido, y a título de ejemplo, podría traerse a colación el caso de Bélgica, donde el hecho de que el inmovilizado financiero y los demás títulos en cartera en manos de la sociedad transmitente puedan considerarse como elementos afectos a una de sus ramas de actividad en aquellos supuestos en los que resulten normalmente integrados en la explotación de dicha rama (esto es, que presenten un interés esencial para su explotación o que su incorporación a la misma sea consecuencia directa de su explotación) pero sin constituir su elemento esencial (es decir, que la gestión de dichos títulos no sea el objeto principal de la rama de actividad)¹⁶⁰⁶, no implica que la sociedad transmitente tenga la obligación de aportarlos junto con los demás elementos patrimoniales que integran la rama de actividad transmitida para que la operación de reorganización empresarial en cuestión pueda beneficiarse del régimen de neutralidad fiscal¹⁶⁰⁷. Asimismo, también puede observarse una cierta flexibilidad por parte de la Administración tributaria francesa a la hora de permitir que la sociedad transmitente retenga elementos de pasivo que no estén “directamente y exclusivamente” vinculados a la rama de actividad aportada, tales como préstamos de carácter general, o saldos deudores de cuentas bancarias, siempre que no exista una justificación económica o jurídica para su transmisión y se obtenga la correspondiente autorización¹⁶⁰⁸. De igual modo, el régimen de neutralidad fiscal podría resultar aplicable bajo autorización de las autoridades tributarias francesas en aquellos supuestos en los que la sociedad transmitente no transfiriese algunos de los elementos de activo o pasivo afectos a la

¹⁶⁰⁴ Vid. STJUE de 13 de octubre de 1992, asunto C-50/91, *Commerz-Credit-Bank AG-Europartner v. Finanzamt Saarbrücken*, ap.14.

¹⁶⁰⁵ En una línea similar, vid. BOULOGNE, F., GOOIJÉ, J., *op.cit.*, p.244.

¹⁶⁰⁶ Vid. artículo 46.1, último párrafo, del *Code des impôts sur les revenus 1992*.

¹⁶⁰⁷ Sobre esta cuestión, vid. CALICIS, A., ALEXANDRE, C., *op.cit.*, pp.14-16.

¹⁶⁰⁸ Sobre esta cuestión, vid. DIBOUT, P., *op.cit.*, p.998.

rama de actividad en cuestión¹⁶⁰⁹, pues lo realmente importante es que se transmitan los elementos patrimoniales “esenciales” que permiten dotar al conjunto de un funcionamiento autónomo¹⁶¹⁰.

De este modo, a los efectos de aplicación del régimen de neutralidad fiscal, el concepto de rama de actividad no se extendería *stricto sensu* a la totalidad de activos y pasivos vinculados a la misma, sino tan sólo a aquéllos que posibilitan que el conjunto patrimonial presente un carácter autónomo desde el punto de vista organizativo, funcional, y económico-financiero¹⁶¹¹. Todo ello, sin perjuicio de que a través de la aplicación de la cláusula prevista en el artículo 15 de la Directiva puedan evitarse posibles supuestos abusivos derivados de una mayor flexibilidad en la interpretación del concepto de rama de actividad; en este contexto, el análisis de la “capacidad de contribuir” del conjunto patrimonial aportado sí que podría entrar en juego al objeto de acreditar la presencia de motivos económicos válidos en la operación de reorganización empresarial en cuestión.

4.3.2.2.2. La necesidad de que se transmita la propiedad de los activos que integran la rama de actividad

Otra de las cuestiones que podría plantearse en relación con el concepto de rama de actividad contenido en la Directiva 2009/133/CE pivota sobre la necesidad de que se transmita a la sociedad beneficiaria de la aportación (ya sea en el marco de una operación de escisión parcial o de una aportación de activos) la propiedad de los elementos patrimoniales que integran la rama de actividad transmitida o si, por el contrario, resultaría admisible bajo la óptica del régimen de neutralidad fiscal que la sociedad transmitente retuviese la propiedad de alguno de dichos elementos en aquellos supuestos en los que la sociedad beneficiaria pudiese hacer uso de los mismos sobre la

¹⁶⁰⁹ Vid. DIRECTION GÉNÉRALE DES FINANCES PUBLIQUES, *SJ - Mesures fiscales soumises à agrément préalable – La rénovation de la structure des sociétés - Application, sur agrément, du régime des fusions aux apports partiels d'actif et aux scissions*, BOI-SJ-AGR-20-10-20121203, 3 de diciembre de 2012, ap.20. En este sentido, cabría señalar como la Resolución de la *Cour de Cassation*, de 15 de mayo de 2012, nº 11-17972, ha admitido incluso que la falta de transmisión a la sociedad beneficiaria de los créditos pendientes de cobro a clientes no afectaba a la calificación del conjunto patrimonial transmitido como “rama de actividad”, en la medida en que no constituían elementos “indispensables” (aunque sí inherentes o esenciales) a la actividad transmitida (sobre esta cuestión, *vid.* MASCLET DE BARBARIN, M., “Notion d'éléments composant la branche complète d'activité: quand l'indispensable est nécessaire et suffisant”, *Revue des Sociétés*, nº2, 2013, pp.117-120).

¹⁶¹⁰ Vid. Decisión del *Conseil d'Etat*, 8ª y 3ª ss.sec, de 27 de julio de 2005, nº 259052.

¹⁶¹¹ A este respecto, y más allá de los elementos de activo y pasivo propiamente dichos, no puede perderse de vista la importancia de los medios personales afectos a la actividad como elemento clave de su funcionamiento autónomo. De hecho, las Administraciones tributarias nacionales supeditan, con carácter general, la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a que la transmisión del conjunto patrimonial en cuestión venga acompañada de la transferencia a la sociedad beneficiaria del personal afecto a la misma (*vid.*, a título de ejemplo, las Decisiones del *Service des décisions anticipées* belga (SDA), de 6 de junio de 2006 nº 600.013, y de 29 de julio de 2008, nº800.221; o, en el caso de Francia, la Instrucción de la DGI francesa, de 3 de agosto de 2000 (BOI 4 I-2-00, nº 152 de 18 de agosto de 2000), ap.53; o la Decisión del *Conseil d'Etat*, 8ª y 3ª ss.sec, de 13 de julio de 2012, nº 358931).

base de un determinado negocio jurídico celebrado con la sociedad transmitente, de forma tal que no se viese comprometido en modo alguno el funcionamiento autónomo del conjunto patrimonial transmitido.

A este respecto, cabría señalar como, en materia de IVA, el TJUE ha introducido una serie de matices que flexibilizan el concepto de “universalidad total o parcial de bienes” que figura en el artículo 19 de la Directiva 2006/112/CE frente al concepto de “rama de actividad” que opera en el ámbito de la Directiva 2009/133/CE. Así, en aquellos supuestos en los que la actividad económica transmitida no requiera la utilización de locales específicos o equipados de instalaciones fijas necesarias para llevarla a cabo, la operación de reorganización empresarial en cuestión (p.ej. una escisión parcial o una aportación de activos) podría beneficiarse de la denominada “regla de no sujeción” prevista en el citado precepto¹⁶¹² aun cuando no se produzca la transmisión de los derechos de propiedad del inmueble en el que se desarrollaba la actividad transmitida (p.ej. en aquellos casos en los que la transmisión de las existencias y del equipamiento comercial resulta suficiente para permitir la continuidad de una actividad económica autónoma en sede de la sociedad beneficiaria), y siempre, claro está, que el Estado miembro de la sociedad transmitente haya hecho uso de esta facultad (tal y como sucede, por ejemplo, en Bélgica¹⁶¹³, Eslovenia¹⁶¹⁴, España¹⁶¹⁵, Francia¹⁶¹⁶, Luxemburgo¹⁶¹⁷ o Portugal¹⁶¹⁸). De igual forma, también podrá resultar de aplicación la regla de no sujeción en materia de IVA a aquellas operaciones de transmisión de una universalidad total o parcial de bienes en las que no se transmita la propiedad de determinados bienes inmuebles necesarios para el desarrollo de la actividad “si se ponen a disposición del cesionario los locales comerciales mediante un contrato de arrendamiento o si éste dispone él mismo de un inmueble apropiado al que trasladar el conjunto de bienes transmitidos y donde puede continuar desarrollando la actividad económica de que se trate”¹⁶¹⁹.

¹⁶¹² Vid. artículo 19 de la Directiva 2006/112/CE.

¹⁶¹³ Vid. artículos 11 y 18.3 del *Code de la Taxe sur la Valeur Ajoutée*.

¹⁶¹⁴ Vid. ZORMAN, G., JANEZIC, K., *op.cit.*, p.600.

¹⁶¹⁵ Vid. artículo 7.1 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

¹⁶¹⁶ Vid. artículo 257 bis del *Code Général des Impôts*.

¹⁶¹⁷ Vid. artículo 9.2 del *Texte coordonné de la Loi du 12 février 1979 concernant la taxe sur la valeur ajoutée*.

¹⁶¹⁸ Vid. artículo 3.4 del *Código do Imposto sobre o Valor Acrescentado*.

¹⁶¹⁹ Vid. SSTJUE de 10 de noviembre de 2011, asunto C-444/10, *Christel Schriever v. Bundesfinanzhof*, aps.27, 29 y 32. Ahora bien, este supuesto debe diferenciarse de aquél en el que se arrienda el conjunto de elementos necesarios para el ejercicio de una actividad económica. En este sentido, la STJUE de 19 de diciembre de 2018, asunto C-17/18, *Virgil Mailat y otros*, ap.30, no estaremos ante la “transmisión de una universalidad total o parcial de bienes” en el sentido del artículo 19 de la Directiva 2006/112/CE en aquellos supuestos en los que el inmueble destinado a una explotación comercial es arrendado junto con todos los bienes de capital y de consumo destinados a dicha explotación, con independencia de que el arrendatario continúe realizando, bajo el mismo nombre comercial, la actividad previamente desarrollada por el arrendador. Un interesante análisis de la sentencia del TJUE en el asunto *Mailat* puede encontrarse en CORNIELJE, S., “The scope of the transfer of a totality of assets in EU VAT”, *EC Tax Review*, vol. 28, n°5, pp.250-251.

Ciertamente, y aun reconociendo las diferentes finalidades específicas que persiguen el sistema de diferimiento previsto por la Directiva 2009/133/CE y la “regla de no sujeción” contemplada por la Directiva 2006/112/CE, habida cuenta de que esta última se orienta fundamentalmente a eliminar el impacto que tendría el pago del IVA en la tesorería de la sociedad beneficiaria de la aportación¹⁶²⁰, no puede ignorarse que, sin llegar a resultar totalmente idénticos, el concepto de “universalidad parcial de bienes” que maneja el artículo 19 de la Directiva 2006/112/CE y el concepto de “rama de actividad” que figura en el artículo 2, apartado j) de la Directiva 2009/133/CE presentan un denominador común, a saber: la capacidad de funcionar por sus propios medios¹⁶²¹. Por ello, creemos que, en relación con las operaciones de reorganización empresarial cubiertas por la Directiva 2009/133/CE en las que se transmiten una o varias ramas de actividad, debería plantearse la posibilidad de permitir su acceso al régimen de neutralidad fiscal aun cuando no se transmitiese la propiedad de algunos elementos afectos a la misma y necesarios para su realización efectiva (p.ej. determinados bienes inmuebles), pero siempre que la sociedad beneficiaria pudiera seguir haciendo uso de los mismos (p.ej. en virtud de un contrato de arrendamiento suscrito con la sociedad transmitente) al objeto de no comprometer el funcionamiento autónomo del conjunto patrimonial transmitido.

A nuestro juicio, la adopción de este planteamiento dotaría de un mayor grado de flexibilidad a la aplicación de la Directiva 2009/133/CE, con el consiguiente beneficio para las sociedades de los diferentes Estados miembros, sin comprometer en modo alguno los caracteres definidores del concepto de rama de actividad. Ahora bien, y al objeto de evitar posibles comportamientos abusivos que puedan poner en riesgo la finalidad perseguida por dicha norma, en este tipo de supuestos cobrará especial relevancia el análisis bajo la óptica de la cláusula contenida en el artículo 15 de la Directiva de las características del negocio jurídico en virtud del cual se formaliza la toma de posesión por parte de la sociedad beneficiaria de los elementos patrimoniales afectos a la rama de actividad cuya propiedad retiene la sociedad transmitente. Por ejemplo, si se tratase de un contrato de arrendamiento, habría que tener en cuenta

¹⁶²⁰ En palabras del propio TJUE, la finalidad de la denominada “regla de no sujeción” reside en “facilitar las transmisiones de empresas o partes de empresas, simplificándolas y evitando sobrecargar la tesorería del beneficiario con una carga fiscal desmesurada que, en cualquier caso, recuperaría posteriormente mediante una deducción del IVA soportado” (*vid.* SSTJUE de 27 de noviembre de 2003, asunto C-497/01, *Zita Modes Sàrl v. Administration de l'enregistrement et des domaines*, ap.39; de 10 de noviembre de 2011, asunto C-444/10, *Christel Schriever v. Bundesfinanzhof*, ap.23; y de 19 de diciembre de 2018, asunto C-17/18, *Virgil Mailat y otros*, ap.13). Ciertamente, en el momento de la transmisión del conjunto patrimonial, se produciría una salida de tesorería por el importe del impuesto, que no se recuperaría hasta el momento en que se practicara la deducción del IVA soportado. Es precisamente en este lapso temporal donde se generan los costes financieros para la sociedad beneficiaria, y que dependerán evidentemente de la cantidad pagada en concepto de IVA, pero también de otros factores como el hecho de que se haya tenido que acudir a financiación externa para acometer el pago del citado impuesto (en este sentido, *vid.* CALDERÓN CARRERO, J.M., QUINTAS SEARA, A., “El IVA en...”, *op.cit.*, p.98).

¹⁶²¹ *Vid.* STJUE de 27 de noviembre de 2003, asunto C-497/01, *Zita Modes Sàrl v. Administration de l'enregistrement et des domaines*, ap.40, por lo que respecta al concepto de “universalidad total o parcial de bienes”; y STJUE de 15 de enero de 2002, asunto C-43/00, *Andersen og Jensen Aps v. Skatteministeriet*, ap.35, en relación con el concepto de “rama de actividad”.

elementos tales como su duración o las formas acordadas para finalizarlo, en la medida en que podrían impedir la continuidad duradera de la actividad económica transmitida. Ahora bien, y a los efectos de determinar la presencia de motivos económicos válidos en la operación de reorganización empresarial en cuestión, dichos elementos deberían ser integrados en el marco de un análisis global de las circunstancias del caso¹⁶²².

De hecho, en algunos Estados miembros como Francia, las autoridades tributarias admiten que la sociedad transmitente conserve la propiedad de los inmuebles necesarios para la realización de la rama de actividad aportada sin que esto afecte a la aplicación del régimen de neutralidad fiscal, en aquellos supuestos en los que, en virtud de un acuerdo con la sociedad beneficiaria, ésta pueda seguir utilizando los citados inmuebles para explotar “de manera autónoma y permanente” (“*de manière autonome et pérenne*”) la rama de actividad recibida. Asimismo, tampoco se exige la transmisión de la propiedad de las marcas bajo las que se comercializan los productos de la rama de actividad aportada en aquellos supuestos en los que dichas marcas son utilizadas de forma conjunta por otras ramas de actividad o por otras sociedades (ya sean filiales o no), si bien la sociedad transmitente deberá, en todo caso, permitir el uso de la marca o marcas en cuestión por parte de la sociedad beneficiaria durante un periodo de tiempo no inferior a diez años¹⁶²³.

4.3.2.2.3. El carácter autónomo del conjunto patrimonial que integra la rama de actividad

Uno de los elementos centrales de la definición del concepto de rama de actividad previsto en el artículo 2, apartado j) de la Directiva 2009/133/CE hace referencia a la necesidad de que el conjunto de elementos de activo y pasivo que la integran constituya “una explotación autónoma” (“*independent business*”, “*exploitation autonome*”, “*azienda indipendente*”, “*exploração autónoma*”) desde el punto de vista de la organización. A este respecto, cabría señalar que, aun cuando el citado precepto intenta clarificar el alcance de esta expresión al afirmar que su significado pivota sobre la capacidad del conjunto patrimonial de “funcionar por su propios medios”¹⁶²⁴, lo

¹⁶²² De hecho, en materia de IVA, y en este tipo de supuestos, el TJUE ya tuvo ocasión de declarar que “la posibilidad de resolver un contrato de arrendamiento por tiempo indefinido previo preaviso a corto plazo no es, en sí misma, determinante para concluir que el cesionario tuviese la intención de liquidar de inmediato el establecimiento comercial o la parte de la empresa transmitida” (vid. STJUE de 10 de noviembre de 2011, asunto C-444/10, *Christel Schriever v. Bundesfinanzhof*, ap.43).

¹⁶²³ Vid. Instrucción de la DGI, de 3 de agosto de 2000 (BOI 4 I-2-00, nº 152 de 18 de agosto de 2000), ap.71. Sobre esta cuestión, vid. COZIAN, M., DEBOISSY, F., *op.cit.*, p.738.

¹⁶²⁴ En relación con esta cuestión se ha puesto de manifiesto (vid. IBFD, *Survey of the implementation of the EC Corporate Tax Directives*, IBFD, Amsterdam, 1995, p.46) como el uso por parte de la versión en lengua inglesa de la Directiva 2009/133/CE de la expresión “*entity capable of functioning by its own means*” (el subrayado es nuestro) resulta confuso en la medida en que podría inducir a pensar que, a efectos de la aplicación de la Directiva, la rama de actividad tiene que constituir una entidad jurídica independiente, lo cual, en modo alguno, resulta exigible por dicha norma. A este respecto, resultan más claras las versiones de la Directiva 2009/133/CE en lengua española (“conjunto capaz de funcionar por

cierto es que nos encontramos ante una característica definidora del concepto de rama de actividad cuyo significado a efectos de la aplicación de las disposiciones de la Directiva presenta algunas aristas y zonas grises.

De hecho, el TJUE ha tratado de arrojar algo de luz sobre esta cuestión al establecer que el carácter autónomo de la explotación deberá apreciarse, en primer lugar, desde el punto de vista de su funcionamiento, lo cual implica que el conjunto patrimonial transmitido debe poder funcionar como una empresa autónoma *per se*, esto es, sin necesidad de inversiones o aportaciones adicionales; y, sólo en segundo lugar, desde el punto de vista financiero. En este sentido, entiende el Tribunal que el hecho de que la sociedad beneficiaria recurra a un crédito bancario en las condiciones normales de mercado (p.ej. para satisfacer sus necesidades futuras de tesorería) no puede, en sí mismo, excluir que la rama de actividad aportada presente un carácter autónomo en el sentido del artículo 2, apartado j) de la Directiva, ni siquiera cuando son los propios socios de la sociedad beneficiaria los que garantizan el citado crédito a través de la pignoración de sus títulos en el capital social de dicha sociedad¹⁶²⁵. La misma conclusión podría extraerse *a priori*, cuando es la sociedad transmitente la que garantiza el crédito suscrito por la sociedad beneficiaria, o incluso la que actúa como prestamista, siempre que las condiciones pactadas sean similares a las normales del mercado en virtud de la aplicación del principio de plena competencia (*arm's length principle*), cuestión que habrá que vigilar especialmente en aquellos supuestos de aportación de activos en los que la sociedad transmitente adquiere el control de la sociedad beneficiaria como resultado de la operación y que también puede resultar relevante a los efectos de determinar la presencia de motivos económicos válidos¹⁶²⁶.

Por el contrario, la naturaleza autónoma del conjunto patrimonial transmitido podría cuestionarse cuando un análisis de la situación financiera de la sociedad beneficiaria de la aportación, apreciada en su conjunto, determinase que ésta sería incapaz de sobrevivir por sus propios medios con posterioridad a la operación, tal y como sucedería en aquellos supuestos en los que los ingresos de la sociedad beneficiaria de la aportación resultasen insuficientes en relación con los intereses y con la amortización de las deudas asumidas¹⁶²⁷. Esta evaluación global de la situación financiera de la sociedad beneficiaria, que deberá realizarse con base a un horizonte

sus propios medios”), francesa (“*ensemble capable de fonctionner par ses propres moyens*”), italiana (“*complezzo capace di funzionare con i propri mezzi*”), o portuguesa (“*conjunto capaz de funcionar pelos seus próprios meios*”).

¹⁶²⁵ Vid. STJUE de 15 de enero de 2002, asunto C-43/00, *Andersen og Jensen Aps v. Skatteministeriet*, ap.35.

¹⁶²⁶ Así lo entienden, VINTHER, N., WERLAUFF, E., *op.cit.*, pp.441-443. En contra de este planteamiento, se mostró en sus conclusiones el Abogado General al afirmar que “cuando la sociedad transmitente garantice un crédito contraído por la sociedad beneficiaria, las autoridades nacionales deberán apreciar si dicha garantía es indispensable para permitir a la sociedad beneficiaria ejercer su actividad: en caso afirmativo, deberá considerarse que esta última no está en condiciones de funcionar por sus propios medios” (*vid.* Conclusiones del Abogado General Tizzano, presentadas el 11 de septiembre de 2001, asunto C-43/00, *Andersen og Jensen Aps v. Skatteministeriet*, ap.34).

¹⁶²⁷ Vid. STJUE de 15 de enero de 2002, asunto C-43/00, *Andersen og Jensen Aps v. Skatteministeriet*, ap.36.

temporal razonable (pues ninguna empresa puede garantizar su supervivencia a muy largo plazo), constituye una suerte de foto fija tomada en el momento de realización de la operación de reorganización empresarial en cuestión, de forma tal que no se tendrán en cuenta los hechos y circunstancias acaecidos con posterioridad a misma, salvo que pudieran servir para constatar la situación de hecho existente en el momento en que se llevó a cabo la operación (capacidad o incapacidad financiera de la sociedad beneficiaria para sobrevivir por sus propios medios)¹⁶²⁸.

A estos efectos, algunos autores han apuntado que podría resultar de utilidad la elaboración de un ratio entre la cifra de beneficios potenciales brutos de la sociedad beneficiaria (que integraría, a su vez, los beneficios potenciales inherentes al conjunto patrimonial recibido), y el nivel de endeudamiento global de la sociedad beneficiaria (que incluiría, a su vez, los pasivos inherentes al conjunto patrimonial recibido, así como los créditos suscritos por la propia sociedad beneficiaria en condiciones de mercado con el fin de asegurar la continuidad de su explotación con posterioridad a la realización de la operación de reorganización empresarial en cuestión)¹⁶²⁹. Asimismo, también parece razonable que se tengan en cuenta otros elementos como el sector en el que opera la sociedad beneficiaria, la composición de su patrimonio, o su cifra de capital y reservas¹⁶³⁰.

En cualquier caso, y más allá de las indicaciones concretas apuntadas por el TJUE, conviene tener presente que, a la hora de apreciar el carácter autónomo de la explotación transmitida (ya sea en el marco de una de escisión parcial o de una aportación de activos), los órganos jurisdiccionales nacionales no podrán aplicar reglas generales o criterios fijados *ex ante*, sino que deberán tener en cuenta todas las circunstancias que concurren en el caso concreto¹⁶³¹.

A nuestro juicio, y por lo que respecta al criterio relativo a la “autonomía funcional” del conjunto de elementos de activo y pasivo transmitido (apuntado ya, en cierto modo, en las sentencias *Muwi Bouwgroep BV*¹⁶³² y *Commerz Credit Bank AG*¹⁶³³ en materia de imposición indirecta), cabría señalar que, aun cuando parece evidente que el cumplimiento de este requisito deberá verificarse en la fecha de realización de la operación en cuestión¹⁶³⁴, la doctrina del TJUE en el asunto *Andersen og Jensen* no aclara si el conjunto patrimonial transmitido tiene que presentar una “autonomía

¹⁶²⁸ En este sentido, *vid.* VINTHER, N., WERLAUFF, E., *op.cit.*, p.442, quienes apuntan, a título de ejemplo, como el hecho de que poco después de la operación en cuestión, y sin que se hubieran producido cambios sustanciales en la sociedad beneficiaria, ésta reciba un préstamo sin garantía constituye un buen indicador de que, desde el punto de vista financiero, la sociedad puede funcionar con sus propios medios.

¹⁶²⁹ *Vid.* DIBOUT, P., *op.cit.*, p.997.

¹⁶³⁰ En este sentido, *vid.* VINTHER, N., WERLAUFF, E., *op.cit.*, p.442.

¹⁶³¹ *Vid.* STJUE de 15 de enero de 2002, asunto C-43/00, *Andersen og Jensen Aps v. Skatteministeriet*, ap.37.

¹⁶³² *Vid.* STJUE de 13 de diciembre de 1991, asunto C-164/90, *Muwi Bouwgroep BV v. Staatssecretaris van Financiën*, ap.22.

¹⁶³³ *Vid.* STJUE de 13 de octubre de 1992, asunto C-50/91, *Commerz-Credit-Bank AG-Europartner v. Finanzamt Saarbrücken*, ap.12.

¹⁶³⁴ En este sentido, *vid.* DIBOUT, P., *op.cit.*, p.997.

funcional” ya en sede de la propia sociedad transmitente o si, por el contrario, bastaría con que el conjunto patrimonial transmitido analizado desde una suerte de perspectiva “neutra”, esto es, al margen de la función que los elementos de activo y pasivo que lo integran desempeñaban en sede de la sociedad transmitente, fuese susceptible de funcionar por sí mismo como una empresa autónoma (sin necesidad de inversiones o aportaciones adicionales por parte de la sociedad beneficiaria)¹⁶³⁵. Pensemos, por ejemplo, en el caso de una sociedad A, que opera tres ramas de actividad X, Y, Z, y que pretende aportar a la sociedad B, en lugar de una de sus ramas de actividad, un conjunto patrimonial T formado por elementos de activo y pasivo procedentes de sus ramas de actividad X, Y, Z, suponiendo, por una parte, que no se ve comprometido el funcionamiento autónomo de las ramas de actividad que venía operando la sociedad A con carácter previo a la operación (simplemente habrán perdido algunos elementos de activo y pasivo afectos a las mismas) y, por otra parte, que el conjunto patrimonial T analizado de forma independiente es susceptible de funcionar por sus propios medios.

A este respecto, lo cierto es que el tenor literal del artículo 2, apartado j) de la Directiva 2009/133/CE, tanto por lo que respecta a la propia denominación del concepto de “rama de actividad”, como por su referencia en la definición del mismo a que los elementos de activo y pasivo proceden de “una división de una sociedad” (“*a division of a company*”, “*une division d’une société*”, “*un settore di una società*”, “*um departamento de uma sociedade*”) y constituyen “desde el punto de vista de la organización” (“*from an organisational point of view*”, “*du point de vue de l’organisation*”, “*dal punto di vista organizzativo*”, “*do ponto de vista organizacional*”) una explotación autónoma, parece apuntar hacia la necesidad de que la “autonomía funcional” del conjunto de elementos patrimoniales que integran la rama de actividad deba verificarse en sede de la sociedad transmitente al objeto de que la operación de reorganización empresarial en cuestión (escisión parcial o aportación de activos) pueda acceder al régimen de neutralidad fiscal¹⁶³⁶. De hecho, en este punto, la definición de rama de actividad contemplada en el artículo 2.1 de la Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones de 1969 resultaba algo más ambigua en la medida en que hacía referencia a que el conjunto patrimonial transmitido debía constituir una explotación autónoma “desde el punto de vista técnico” (y no desde el punto de vista de la propia organización), lo que abría la puerta a una interpretación del citado precepto en el sentido de que no resultaba exigible que el conjunto patrimonial transmitido tuviese que presentar necesariamente un funcionamiento autónomo en sede de la sociedad transmitente.

En relación con la posición adoptada por las autoridades tributarias nacionales, cabría señalar como, con carácter general, se ha impuesto el criterio tendente a exigir

¹⁶³⁵ En relación con esta cuestión, algunos autores han ido incluso un paso más allá al entender que, por lo que respecta a la autonomía funcional del conjunto patrimonial transmitido, la existencia de una rama de actividad debe valorarse también desde el punto de vista de la sociedad beneficiaria y con posterioridad a la propia realización de la aportación (en este sentido, *vid.* CALICIS, A., ALEXANDRE, C., *op.cit.*, p.12).

¹⁶³⁶ En esta misma línea, *vid.* LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *op.cit.*, p.92.

que el conjunto de elementos de activo y pasivo transmitidos presente ya un funcionamiento autónomo en sede de la sociedad transmitente, disponiendo, en su caso, de una cartera de clientes, instalaciones, y personal propios (p.ej. Alemania¹⁶³⁷, Bélgica¹⁶³⁸, España¹⁶³⁹, Francia¹⁶⁴⁰, o Italia¹⁶⁴¹). Dicho posicionamiento, sin embargo, no ha estado exento de críticas desde la doctrina que apuntan a que lo verdaderamente relevante a efectos de la Directiva es que el conjunto patrimonial transmitido pueda operar de forma autónoma con independencia de la situación de la sociedad transmitente o beneficiaria¹⁶⁴², o bien en sede de la sociedad beneficiaria con posterioridad a la realización de la operación de reorganización empresarial en cuestión¹⁶⁴³, e incluso hacia una posible interpretación restrictiva del ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE, a través de la introducción de requisitos adicionales que no figuran en la definición de rama de actividad contenida en su artículo 2, apartado j), que sería contraria al Derecho de la UE y, en particular, a la jurisprudencia del TJUE en el asunto *A.T.*¹⁶⁴⁴.

¹⁶³⁷ En este sentido, *vid.* NAKHAI, K., WAGNER, T., “Germany. Tax Authorities Issue Draft Guidance On Reorganizations”, *Tax Notes International*, June 6, 2011, p.776.

¹⁶³⁸ *Vid.* Decisiones del *Service des décisions anticipées* belga (SDA) n° 600.013, de 6 de junio de 2006; n° 700.266; de 24 de julio de 2007; o n° 800.009, de 17 de junio de 2008. De hecho, en este Estado miembro esta exigencia resulta incluso anterior a la aprobación de la Directiva 90/434/CEE tal y como muestra la cuestión parlamentaria n° 57 de 30 de septiembre de 1974 presentada por el señor Lindemans al Ministro de Finanzas (*vid. Bulletin des Questions et Réponses du Sénat*, de 29 de octubre de 1974, p.107).

¹⁶³⁹ *Vid.*, entre otras, las Consultas Vinculantes de la DGT de 6 de abril de 2018, V0890-18, de 1 de febrero de 2017, V0265-17, de 25 de noviembre de 2016, V5107-16, de 17 de noviembre de 2016, V4460-16, o de 23 de mayo de 2016, V2225-16. En el ámbito jurisdiccional *vid.*, entre otras, las SSTs de 17 de marzo de 2016, rec. n° 2581/2014, de 21 de junio de 2010 (rec. n° 5045/2005), o de 29 de octubre de 2009 (rec. n° 7162/2004); o las SSAN de 17 de enero de 2019 (rec. n° 190/2016), y de 19 de marzo de 2019 (rec. n° 71/2017). No obstante, la STS de 20 de julio de 2014, rec. n° 5175/2011, FJ 3, matizó que el concepto de rama de actividad contenido en el artículo 2, apartado j) de la Directiva 2009/133/CE “no cierra el paso a la posibilidad de transmitir una actividad en estado preparatorio que consume su inicio en sede de la adquirente (...)”. De este modo, bastaría con que de forma incipiente existiese en el seno de la sociedad transmitente “una diferenciación organizativa empresarial capaz de funcionar por sus propios medios”.

¹⁶⁴⁰ *Vid.* Decisión del *Conseil d’Etat*, 8ª y 3ª ss.sec, de 27 de julio de 2005, n° 259052. Por su parte, en la Instrucción de la DGI, de 3 de agosto de 2000 (BOI 4 I-2-00, n° 152 de 18 de agosto de 2000), aps.49 y 55, también se apunta explícitamente que la actividad transmitida debe ser realmente ejercida en el momento de aprobación de la operación de reorganización empresarial en cuestión por parte de las Asambleas Generales de las sociedades participantes en la misma, así como en la fecha convenida por las partes para que la operación despliegue sus efectos, si ésta fuera diferente (ap.51).

¹⁶⁴¹ *Vid.*, entre otras, las Sentencias de la Corte de Casación italiana de 5 marzo de 2008, n° 5932; o de 30 de enero de 2007, n° 1913.

¹⁶⁴² En este sentido, *vid.* BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, p.107; o, en una línea similar, CALDERÓN CARRERO, J.M., MARTÍN JIMÉNEZ, A., *Derecho Tributario de...*, *op.cit.*, p.295.

¹⁶⁴³ En este sentido, *vid.* CALICIS, A., ALEXANDRE, C., *op.cit.*, p.15.

¹⁶⁴⁴ Así lo entienden, GRACIA ESPINAR, E., VIÑAS RUEDA, L., *op.cit.*, pp.74-76, quienes, en el ámbito de nuestro ordenamiento interno, afirman que el criterio interpretativo de la Administración tributaria relativo a la necesidad de que el carácter autónomo de la explotación se verifique en sede de la sociedad transmitente va más allá de lo dispuesto por la LIS y por la propia Directiva 2009/133/CE, habida cuenta de que la definición de rama de actividad contemplada en ambos textos normativos sólo exige que el conjunto patrimonial transmitido tenga la capacidad de constituir un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios en la sociedad beneficiaria, lo cual resulta coherente desde una perspectiva teleológica en la medida en que es precisamente en sede de dicha sociedad “donde realmente interesa a los fines empresariales que ese conjunto de activos y pasivos funcione”. Por su parte,

Asimismo, no conviene perder de vista que el planteamiento adoptado por las Administraciones tributarias nacionales podría traducirse en la denegación del acceso al régimen de neutralidad fiscal a aquellas operaciones de reorganización empresarial en las que se transmite una parte o función de un determinado negocio llevado a cabo por la sociedad transmitente (y no el negocio mismo), lo cual también ha sido criticado por una parte de la doctrina al entender, sobre la base del razonamiento y las conclusiones obtenidas por el TJUE en el asunto *Commerz-Credit-Bank*¹⁶⁴⁵, que una interpretación flexible del concepto de “rama de actividad” previsto en la Directiva 2009/133/CE permitiría dar cobertura a conjuntos patrimoniales que no fuesen “estrictamente independientes” de otras ramas de actividad de la sociedad transmitente sino que representasen una parte o función de una misma actividad o negocio susceptible de ser dividida y con la capacidad de contribuir, a través de su actividad, al desarrollo de la sociedad beneficiaria¹⁶⁴⁶.

Por otra parte, y en relación con el criterio relativo a la capacidad de supervivencia financiera de la sociedad beneficiaria, cabría señalar como su exigencia resulta coherente con el objetivo perseguido por la Directiva 2009/133/CE de eliminar las restricciones, desventajas, o distorsiones de índole fiscal que afectan negativamente a las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial, permitiendo de este modo que las empresas europeas se adapten a las exigencias del mercado interior, aumenten su productividad y mejoren sus niveles de competitividad en el plano internacional¹⁶⁴⁷. Ciertamente, desde esta perspectiva, carecería de sentido dar cobertura bajo el régimen de neutralidad fiscal a una operación de escisión parcial o de aportación de activos que, no sólo no redundase en beneficio de las sociedades participantes, sino que comprometiese la supervivencia financiera de la sociedad beneficiaria debido a la asunción de los pasivos vinculados a la rama de actividad transmitida, situándola en la

SÁNCHEZ MANZANO, J.D., “Análisis de determinadas...”, *op.cit.*, pp.88-89, apunta que el concepto de rama de actividad configurado por la Directiva Fiscal de Fusiones no excluye la posibilidad de transmitir una actividad que se encuentre en fase preparatoria en sede de la sociedad transmitente, de forma tal que su inicio se produzca ya en sede de la sociedad beneficiaria.

¹⁶⁴⁵ A este respecto, nótese que en el citado asunto y a la hora de definir el concepto de “rama de actividad” que figuraba en el artículo 7.1, apartado b) de la Directiva 69/335/CEE (hoy recogido en el artículo 4.1, apartado a) de la Directiva 2008/7/CE), el TJUE ya tuvo ocasión de afirmar, en primer lugar, que para que una parte de una empresa sea considerada como una rama de actividad no es necesario que ésta se distinga del resto de la empresa, sino lo que lo relevante será su capacidad para contribuir, mediante su actividad, al desarrollo de la empresa beneficiaria; en segundo lugar, que la falta de personalidad jurídica no constituye un impedimento para que una entidad pueda ejercer una actividad económica; y en tercer lugar, que sólo el ejercicio de dicha actividad debe ser tenido en cuenta para determinar si una parte de una empresa constituye una rama de actividad, “incluso si esta actividad es financiada mediante los recursos suministrados por el establecimiento principal o si se ejerce por la entidad de que se trate en ejecución de instrucciones dadas por dicho establecimiento” (*vid.* STJUE de 13 de octubre de 1992, asunto C-50/91, *Commerz-Credit-Bank AG-Europartner v. Finanzamt Saarbrücken*, aps.13-16).

¹⁶⁴⁶ Así lo entiende, PETKEVICA, J., “The concept of a “branch of activity” in the EC Merger Directive and issues regarding its implementation in Portugal”, *European Taxation*, vol.48, nº7, 2008, p.372, que apunta como argumento en favor de la independencia de determinadas funciones o partes de un negocio el hecho de que la sociedad transmitente pueda proceder a su externalización.

¹⁶⁴⁷ *Vid.* Considerando nº2 de la Directiva 2009/133/CE.

casilla de salida de un camino que a buen seguro desembocaría en su disolución y liquidación.

Sin embargo, no han faltado voces críticas entre la doctrina que entienden que la referencia a la capacidad de supervivencia financiera de la sociedad beneficiaria no resulta coherente con el funcionamiento del sistema de diferimiento previsto por la Directiva 2009/133/CE en la medida en que la sociedad transmitente no siempre podrá evaluar la capacidad del conjunto patrimonial transmitido para funcionar de forma “financieramente independiente” en sede de la sociedad beneficiaria. De este modo, la posibilidad de la sociedad transmitente de beneficiarse del diferimiento del gravamen de las posibles plusvalías latentes en los elementos de activo y pasivo transmitidos dependería de la posición financiera de la sociedad beneficiaria, lo cual, podría resultar contrario a la doctrina del propio TJUE establecida en el asunto *Leur-Bloem*, por cuanto se estaría supeditando la aplicación el régimen de neutralidad fiscal (o, más bien, la calificación del conjunto patrimonial como rama de actividad) a una condición o requisito no previsto en el tenor literal del artículo 2 de la Directiva¹⁶⁴⁸.

En cualquier caso, parece que el criterio sostenido por el TJUE no pivota exclusivamente sobre la “autonomía financiera” del conjunto patrimonial transmitido analizada de forma aislada e independiente, sino que toma en consideración la situación financiera de la sociedad beneficiaria de la aportación, apreciada en su conjunto, y, especialmente, su capacidad de sobrevivir por sus propios medios con posterioridad a la operación¹⁶⁴⁹. Evidentemente, en un supuesto como el enjuiciado en el asunto *Andersen og Jensen*, caracterizado por la aportación de la totalidad del patrimonio de la sociedad transmitente a una sociedad beneficiaria de nueva creación, la falta de “autonomía financiera” del conjunto patrimonial transferido analizada de forma aislada estará directamente relacionada con los problemas de subsistencia de la sociedad beneficiaria por cuanto esta última, salvo excepciones, carecerá de los recursos y de la capacidad para generar ingresos suficientes para hacer frente a las cargas financieras vinculadas a la rama de actividad recibida.

De hecho, en relación con esta cuestión, algunos autores incluso han apuntado que un conjunto patrimonial que genere pérdidas de forma sistemática en sede de la sociedad transmitente no podrá ser considerado como autónomo desde el punto de vista financiero y, por ende, no podrá ser calificado como “rama de actividad” en el sentido de la Directiva 2009/133/CE, aun cuando presentase un carácter autónomo desde el punto de vista funcional¹⁶⁵⁰. Ahora bien, a nuestro juicio, y habiéndose verificado la “autonomía funcional” del conjunto patrimonial transmitido, la mera presencia de pérdidas asociadas al mismo o de un cierto “desequilibrio financiero” no resultaría suficiente para excluir la existencia de una rama de actividad en aquellos casos en los que pueda apreciarse que tales circunstancias presentan un carácter coyuntural, sin

¹⁶⁴⁸ Así lo entienden, BOULOGNE, F., GOOIJIE, J., *op.cit.*, p.245.

¹⁶⁴⁹ En esta misma línea, *vid.* DIBOUT, P., *op.cit.*, p.997.

¹⁶⁵⁰ *Vid.* BOULOGNE, F., GOOIJIE, J., *op.cit.*, p.244.

perjuicio, claro está, de que pueda acudir a la cláusula anti-abuso prevista en el artículo 15.1 de la Directiva para combatir posibles situaciones abusivas o fraudulentas.

4.3.2.2.4. La naturaleza activa o pasiva del negocio que integra la rama de actividad

Tal y como hemos tenido ocasión de apuntar en anteriores epígrafes de este trabajo, la definición de rama de actividad contenida en el artículo 2, apartado j) de la Directiva 2009/133/CE no aclara si el conjunto patrimonial de elementos de activo y pasivo debe estar vinculado a la obtención de ingresos de naturaleza activa (p.ej. los derivados de la fabricación, transformación, o distribución de un determinado producto) para constituir una rama de actividad propiamente dicha a efectos de aplicación de la Directiva o, por el contrario, puede estar orientado a la obtención de ingresos de naturaleza pasiva (p.ej. los derivados de la tenencia de títulos representativos del capital actividades de otras sociedades o de la explotación de derechos de propiedad intelectual)¹⁶⁵¹.

A este respecto, no han faltado voces que, partiendo de una interpretación teleológica de la norma y, en particular, del hecho de que la Directiva 2009/133/CE se oriente en última instancia a facilitar los procesos de movilidad y cooperación transfronteriza entre sociedades de los Estados miembros de tal forma que éstas puedan adaptarse a las exigencias derivadas del establecimiento del mercado interior, aumenten su productividad y mejoren sus niveles de competitividad en el plano internacional, entienden que el concepto de rama de actividad previsto en la citada norma lleva implícita la exigencia de que realice un negocio de naturaleza activa (*active business*)¹⁶⁵². Asimismo, también se ha apuntado que, en la medida en que ya existe una operación específica orientada a dar cobertura a la transmisión de un conjunto de participaciones que permita a una determinada sociedad obtener la mayoría de los derechos de voto en otra sociedad o, si ya dispusiere de dicha mayoría, adquirir una mayor participación en su capital social¹⁶⁵³, no puede otorgarse la calificación de “rama de actividad” a un conjunto patrimonial integrado exclusivamente por participaciones en el capital de una determinada sociedad (generador de rentas pasivas), aun cuando éstas otorguen a su titular la mayoría de los derechos de voto de la misma¹⁶⁵⁴. De hecho, este parece ser el planteamiento seguido a nivel doméstico por Estados miembros como Bélgica o Luxemburgo¹⁶⁵⁵.

¹⁶⁵¹ Estas dudas han sido expresadas, entre otros, por PETKEVICA, J., *op.cit.*, p.370.

¹⁶⁵² En este sentido, *vid.* IBFD, *Survey of the implementation of the EC Corporate Tax Directives*, IBFD, Amsterdam, 1995, p.46.

¹⁶⁵³ *Vid.* artículo 2, apartado e) de la Directiva 2009/133/CE en relación con la figura del canje de valores.

¹⁶⁵⁴ Así lo entienden, BOULOGNE, F., GOOIJE, J., *op.cit.*, p.246.

¹⁶⁵⁵ En este sentido, *vid.* PETKEVICA, J., *op.cit.*, p.375. En el caso de Portugal, el tenor literal del artículo 73.4 del *Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas* también parece excluir esta posibilidad. De hecho, las autoridades fiscales portuguesas ya han tenido ocasión de afirmar, en el

Ahora bien, en aquellos supuestos en los que el objeto social de la sociedad transmitente fuese precisamente la gestión de carteras de control (p.ej. determinadas sociedades *holding* puras), podría entenderse que dicha sociedad “controla la explotación de la actividad propia de la participada” y, por ende, el conjunto patrimonial transmitido resultaría subsumible bajo el concepto de rama de actividad previsto en el artículo 2, apartado j) de la Directiva 2009/133/CE¹⁶⁵⁶. Ciertamente, la admisión de tesis contraria supondría que la transmisión de una cartera de control por parte de este tipo de entidades no podría beneficiarse del régimen de neutralidad fiscal a pesar de que el mantenimiento y gestión de participaciones sociales constituye precisamente su única actividad. No obstante, también pueden encontrarse autores que, ante la falta de un posicionamiento claro al respecto por parte del TJUE, parecen admitir que el concepto de rama de actividad contemplado en el citado precepto de la Directiva podría dar cobertura a conjuntos patrimoniales susceptibles de generar tanto rentas activas como rentas pasivas, con independencia del objeto social de la sociedad transmitente y siempre y cuando fuesen capaces de funcionar por sus propios medios¹⁶⁵⁷.

Ciertamente, y aun cuando nos encontramos ante una cuestión en la que la escueta redacción del artículo 2, apartado j) de la Directiva no ha sido clarificada por parte del TJUE, no puede perderse de vista como en el ámbito de la Directiva 69/335/CEE relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, cuyo artículo 7.1, apartado b) también hacía referencia al concepto de rama de actividad (mención que en la actualidad figura en el artículo 4.1, apartado a) de la Directiva 2008/7/CE), el Tribunal ya tuvo ocasión de declarar que “la aportación de un conjunto de acciones que una sociedad posee en otra sociedad y que representa el 100 % del capital de esta última no constituye la aportación de una rama de actividad de la primera sociedad”¹⁶⁵⁸. A este respecto, el razonamiento seguido por el Tribunal pivotaba sobre el hecho de que la propia norma comunitaria, en virtud de la modificación efectuada por la Directiva 73/79/CEE, ya contemplaba de forma específica en su artículo 7.1, apartado b) *bis* la aplicación del tipo reducido del impuesto a los supuestos de adquisición por parte de una sociedad de capital en vías de constitución o anteriormente de participaciones que representasen al menos el 75 % del capital social anteriormente emitido por otra sociedad de capital y, por ende, al tratarse de operaciones que presentaban unos efectos económicos similares a los de las aportaciones de activos pero que se llevaban a cabo a través de un procedimiento

marco de una operación de escisión, que la transmisión de participaciones sociales sólo podrá ser susceptible de constituir una rama de actividad a efectos de aplicación del régimen de neutralidad fiscal si junto con las mismas se transmiten otros elementos patrimoniales que permiten configurar una infraestructura asociada a la gestión de dichas participaciones (*vid. Depacho do Subdiretor-geral*, nº 330/2007, de 30 de enero de 2008, que se encuentra disponible a través del siguiente enlace: http://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/727B24E0-2630-4597-80FE-AA355CB4C08E/0/Enquadramento_fiscal_operacao_cisao.pdf).

¹⁶⁵⁶ En este sentido, *vid. LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., op.cit.*, p.92; y, en una línea similar, PETKEVICA, J., *op.cit.*, p.375.

¹⁶⁵⁷ En este sentido, *vid. TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., European Tax Law, op.cit.*, pp.662-663.

¹⁶⁵⁸ *Vid. STJUE* de 13 de diciembre de 1991, asunto C-164/90, *Muwi Bouwgroep BV v. Staatssecretaris van Financiën*, ap.25.

jurídico diferente, no tendría sentido que también les resultase de aplicación lo establecido en el artículo 7.1, letra b) de la Directiva¹⁶⁵⁹.

En definitiva, el posicionamiento del TJUE en el asunto *Muwi Bouwgroep* parece apuntar claramente en la dirección de que, en el ámbito de la Directiva 2008/7/CE, un conjunto patrimonial integrado por títulos representativos del capital social de otra sociedad no constituye una rama de actividad a los efectos de la aplicación de su artículo 4.1, aun cuando otorgue el control total de la sociedad participada¹⁶⁶⁰. A nuestro juicio, y desde la óptica de la Directiva 2009/133/CE, parece claro que la exigencia de funcionamiento autónomo prevista en la definición de rama de actividad contenida en su artículo 2, apartado j) impide otorgar esta calificación a un conjunto de títulos representativos del capital de una sociedad que no otorga a quien los ostenta la mayoría de los derechos de voto de la misma. Mayores dudas plantean, no obstante, aquellos supuestos en los que la citada cartera de títulos sí que otorga a su titular el control de la sociedad participada ya que, en cierto sentido, también le estaría otorgando el control de todo un conjunto de elementos patrimoniales susceptible de llevar a cabo una explotación autónoma capaz de funcionar por sus propios medios, lo cual, evidentemente, debería ser analizado en el caso concreto en función de las características concurrentes en la sociedad participada.

A este respecto, creemos que, aun cuando la extensión con algunos matices de la doctrina del TJUE en el asunto *Muwi Bouwgroep* al ámbito de la Directiva 2009/133/CE resultaría posible sin contravenir la finalidad de esta última, especialmente si tenemos en cuenta que admitir la calificación como rama de actividad de una cartera de control podría plantear problemas desde la óptica del cumplimiento del requisito previsto en su artículo 4.2, apartado b)¹⁶⁶¹, lo cierto es que existen determinados elementos que impiden que pueda defenderse su aplicación analógica de forma rotunda¹⁶⁶². Así, en primer lugar, cabría señalar como, si bien la Directiva 2008/7/CE

¹⁶⁵⁹ Vid. STJUE de 13 de diciembre de 1991, asunto C-164/90, *Muwi Bouwgroep BV v. Staatssecretaris van Financiën*, aps.23-24.

¹⁶⁶⁰ En una línea similar, parece apuntar la STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-651/2011, *X BV v. Staatssecretaris van Financiën*, aps.35-38, en materia de IVA cuando, en relación con la aplicación de la regla de no sujeción prevista en el artículo 19 de la Directiva 2006/112/CE (antiguo artículo 5.8 de la Directiva 77/388/CEE) afirma que “según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la mera adquisición, la mera tenencia y la simple venta de participaciones sociales no constituyen, en sí mismas, una actividad económica, en el sentido de la Sexta Directiva, ya que la mera adquisición de participaciones financieras en otras empresas no constituye una explotación de un bien con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo. El eventual dividendo, fruto de esta participación, es resultado de la mera propiedad del bien (...). Por consiguiente, (...) la cesión de las acciones de una sociedad no puede asimilarse, independientemente de la importancia de la participación en el capital, a la transmisión de una universalidad total o parcial de bienes, en el sentido del artículo 5, apartado 8, de la Sexta Directiva, a no ser que la participación forme parte de una unidad independiente que permita el ejercicio de una actividad económica independiente y que el adquirente ejerza esta actividad. Sin embargo, una simple cesión de acciones que no se acompaña de la transmisión de los activos no permite al cesionario llevar a cabo una actividad económica independiente como sucesor del cedente” (el subrayado es nuestro).

¹⁶⁶¹ En este sentido, *vid.* BOULOGNE, F., GOOIJER, J., *op.cit.*, p.247.

¹⁶⁶² En este sentido, y expresando sus dudas acerca de la relevancia de la doctrina del TJUE en el asunto *Muwi* en el ámbito de la Directiva 2009/133/CE, *vid.* TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., *European Tax Law, op.cit.*, pp.662-663.

opta por el uso del concepto de rama de actividad (*branch of activity, branche d'activité, ramo d'attività, ramo de actividade*), a imagen y semejanza de la Directiva 2009/133/CE, no aporta una definición de dicho término ni se remite a la contenida en la Directiva Fiscal de Fusiones¹⁶⁶³.

En segundo lugar, aunque en relación con lo anterior, puede observarse como, si bien de acuerdo con lo establecido en la sentencia del TJUE en el asunto *Muwi Bouwgroep*, el carácter autónomo de la explotación parece configurarse como un elemento central del concepto de rama de actividad que opera en el ámbito de la Directiva 2008/7/CE¹⁶⁶⁴ (al igual que sucede en el ámbito de la Directiva 2009/133/CE), lo cierto es que en la posterior sentencia del TJUE en el asunto *Commerz-Credit-Bank*, se define el citado concepto como “cualquier parte de empresa que constituya un conjunto organizado de bienes y de personas que contribuyan a realizar una actividad determinada”¹⁶⁶⁵. De este modo, nos encontramos con que, por una parte, se elimina la referencia al carácter autónomo de la explotación, y, por otra parte, se introducen dos elementos que no figuran explícitamente en la definición de rama de actividad contenida en el artículo 2, apartado j) de la Directiva 2009/133/CE y a los que tampoco hace referencia, al menos de forma directa, la sentencia del TJUE en el asunto *Andersen og Jensen*, a saber: la “capacidad de contribuir” de la rama de actividad en la sociedad beneficiaria, y la necesidad de concurrencia del “elemento personal”.

En tercer lugar, es importante tener presente que, a diferencia de la Directiva 2008/7/CE, cuyo artículo 4.1, apartado b) permite dar cobertura de forma explícita a las operaciones en virtud de las cuales se transmite un conjunto de participaciones que representan la mayoría de los derechos de voto de otra sociedad de capital a cambio de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria y con independencia de que éstos sean atribuidos a la propia transmitente o a sus socios, la Directiva 2009/133/CE sólo se refiere específicamente en su artículo 2 a las operaciones de adquisición de una participación mayoritaria de los derechos de voto de una sociedad cuando los títulos de la sociedad dominante entregados en contrapartida son atribuidos a los socios de la sociedad dominada (canje de valores)¹⁶⁶⁶, y no a las operaciones en virtud de las cuales una sociedad aporta un conjunto de títulos que representan la mayoría de los derechos de voto de otra sociedad, recibiendo en contrapartida la propia sociedad títulos representativos del capital de la sociedad beneficiaria. De este modo, y en la medida en que el razonamiento del TJUE en el asunto *Muwi Bouwgroep* a la hora de restringir los contornos de aplicación del concepto de rama de actividad se basaba

¹⁶⁶³ A este respecto, nótese como en el artículo 7.1, apartado b) de las versiones en inglés y en alemán de la Directiva 69/335/CEE se empleaban, respectivamente, los términos “*part of a business*” y “*zweige ihrer tätigkeit*”, frente a los términos “*branch of activity*” y “*Teilbetrieb*” que figuraban en el artículo 2, apartado j) de la Directiva Fiscal de Fusiones; divergencia que ya ha sido corregida en el artículo 4.1, apartado a) de la Directiva 2008/7/CE.

¹⁶⁶⁴ Vid. STJUE de 13 de diciembre de 1991, asunto C-164/90, *Muwi Bouwgroep BV v. Staatssecretaris van Financiën*, ap.22.

¹⁶⁶⁵ Vid. STJUE de 13 de octubre de 1992, asunto C-50/91, *Commerz-Credit-Bank AG-Europartner v. Finanzamt Saarbrücken*, ap.12.

¹⁶⁶⁶ Vid. artículo 2, apartado e) de la Directiva 2009/133/CE.

precisamente en el hecho de que las aportaciones de un conjunto de títulos que otorgan el control de la sociedad participada se encontraban reguladas específicamente en un precepto diferente de la Directiva 69/335/CEE al que contemplaba las aportaciones de rama de actividad, su extensión al ámbito de la Directiva 2009/133/CE resultaría cuanto menos discutible¹⁶⁶⁷.

Por último, no conviene perder de vista como el hecho de que algunos Estados miembros contemplen en sus respectivas legislaciones fiscales domésticas figuras específicas destinadas a garantizar el acceso al régimen de neutralidad fiscal a operaciones de reorganización empresarial caracterizadas por la transmisión de un conjunto de títulos representativos del capital de una sociedad que otorga a su titular el control de la misma constituye, a nuestro juicio, un elemento que apunta hacia una interpretación de la Directiva 2009/133/CE que excluye del concepto de rama de actividad tales carteras de control¹⁶⁶⁸.

Así, en España, junto al concepto “tradicional” de escisión parcial que pivota sobre el concepto de rama de actividad¹⁶⁶⁹, surge la figura de la denominada “escisión financiera”, cuyo elemento diferenciador reside en que el conjunto patrimonial transmitido está constituido por participaciones en el capital de otras entidades que confieran a la sociedad transmitente la mayoría del capital social en éstas¹⁶⁷⁰. Del mismo modo, junto a la figura de la aportación de rama de actividad directamente heredada de la Directiva 2009/133/CE¹⁶⁷¹, el legislador español recoge la figura de la aportación no dineraria especial que permitiría dar cobertura bajo el régimen de neutralidad fiscal, y sujeto a una serie de requisitos, a operaciones de aportación de un conjunto de participaciones en el capital de otras entidades, aun cuando éstas no otorguen a la sociedad transmitente una posición mayoritaria en el capital social de la sociedad participada¹⁶⁷².

Por su parte, y como ya hemos apuntado, la normativa fiscal francesa, tras hacer referencia a las figuras de la aportación parcial de activos y de la escisión parcial, que pivotan sobre el concepto de rama de actividad (*branche complète d'activité*), opta asimilar este concepto: i) las aportaciones de más de un 50% de las participaciones en el

¹⁶⁶⁷ En esta misma línea, *vid.* PETKEVICA, J., *op.cit.*, p.372.

¹⁶⁶⁸ En contra, y sobre la base de la jurisprudencia del TJUE en el asunto *Muwi*, *vid.* BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, p.111.

¹⁶⁶⁹ *Vid.* artículo 76.2.1º, apartado b) de la LIS.

¹⁶⁷⁰ *Vid.* artículo 76.2.1º, apartado c) de la LIS. A este respecto, cabría señalar como la doctrina científica ha criticado que las exigencias relativas al conjunto de elementos patrimoniales que conserva la sociedad escindida con posterioridad a la operación resulten menos flexibles en aquellos supuestos en los que se transmite una rama de actividad (*cfr.* artículo 76.2.1º, apartado b) de la LIS) que en los casos en los que se transmite un conjunto mayoritario de participaciones en el capital de otra u otras entidades no constitutivo de rama de actividad. Sobre esta cuestión, *vid.* ÁLVAREZ-BUYLLA ORTEGA, A., *op.cit.*, p.14; o MENÉNDEZ GARCÍA, G., “Estudio de las...”, *op.cit.*, p.21, que opta por una interpretación conciliadora de ambos preceptos al afirmar que “debe entenderse que, en aquellos casos en que se transmita una rama de actividad, será suficiente que se mantenga en la sociedad transmitente bien otra rama de actividad, bien un paquete accionario mayoritario”.

¹⁶⁷¹ *Vid.* artículo 76.3 de la LIS.

¹⁶⁷² *Vid.* artículo 87 de la LIS.

capital social de una sociedad o, si la sociedad beneficiaria es ya titular de dicho porcentaje, las aportaciones de títulos que refuercen dicha mayoría; ii) las aportaciones de participaciones en el capital social de una sociedad que otorguen a la sociedad beneficiaria la posesión directa de más de un 30% de los derechos de voto de la sociedad cuyos títulos son aportados siempre que ningún otro socio controle, directa o indirectamente, un porcentaje de derechos de voto superior; y, iii) las aportaciones de participaciones en el capital social de una sociedad que otorguen a la sociedad beneficiaria de la misma, cuando ésta ya posea más de un 30% de los derechos de voto de la sociedad cuyos títulos son aportados, el porcentaje de derechos de voto más elevado en dicha sociedad¹⁶⁷³.

4.3.2.3. Una reflexión acerca de la falta de flexibilidad del concepto de escisión parcial previsto en la Directiva 2009/133/CE

A la vista de los elementos que integran la definición de escisión parcial que maneja la Directiva 2009/133/CE, especialmente la exigencia de que los elementos de activo y pasivo transmitidos a la sociedad o sociedades beneficiarias constituyan una rama de actividad, así como la necesidad de que, con posterioridad a la operación, la sociedad transmitente mantenga en su sede al menos una rama de actividad, no han faltado voces entre la doctrina que llaman la atención acerca de que dichos requisitos, aun cuando resultan eficaces desde una perspectiva anti-abuso, podrían restringir “excesivamente” el concepto de escisión parcial a los efectos de aplicación del régimen de neutralidad fiscal, dejando fuera del mismo auténticas operaciones de reorganización empresarial¹⁶⁷⁴ que, en la actualidad, podrían beneficiarse en el plano del Derecho societario europeo del régimen jurídico-procedimental previsto por la Directiva 2017/1132/UE. En este sentido, no conviene perder de vista que la introducción de la condición relativa al mantenimiento en sede de la sociedad transmitente de al menos una rama de actividad con posterioridad a la realización de la escisión parcial fue una cuestión controvertida que no figuraba en la Propuesta de modificación de la Directiva Fiscal de Fusiones de 2003, siendo finalmente incorporada en la versión final de la Directiva 2005/19/CE¹⁶⁷⁵.

Ciertamente, el mero uso del concepto de “rama de actividad” (cuyos límites ya hemos ocasión de analizar), definido por el artículo 2, apartado j) de la Directiva 2009/133/CE como 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

¹⁶⁷³ Vid. artículo 210 B del CGI.

¹⁶⁷⁴ Así lo entiende, *vid.* MENÉNDEZ GARCÍA, G., “Estudio de las...”, *op.cit.*, pp.18-19.

¹⁶⁷⁵ Vid. artículo 1, apartado 3, subapartado a) de la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 90/434/CEE, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, COM (2003) 613 final, de 17 de octubre de 2003. Sobre esta cuestión, *vid.* VAN DEN BRANDE, E., *op.cit.*, p.124.

autónoma, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios”, ya presenta un importante “efecto excluyente” que se ve reforzado debido a su exigencia por partida doble, esto es, con respecto al conjunto patrimonial transmitido y en relación con los elementos de activo y pasivo que permanecen en la sociedad escindida con posterioridad a la operación.

Por ello, y partiendo de la base de que uno de los fines esenciales que persigue la Directiva Fiscal de Fusiones reside en el aumento de la productividad y competitividad a nivel internacional de las empresas europeas a través de la eliminación de los obstáculos fiscales que afectan a las operaciones de reorganización empresarial, no es de extrañar que algunos autores, tomando como referencia el caso de España, hayan planteado la posibilidad de flexibilizar alguno de los requisitos anteriormente señalados para dar cobertura explícita bajo el régimen de neutralidad fiscal europeo a otras operaciones de naturaleza similar a la escisión parcial que pueden resultar útiles a los efectos de reorganizar la estructura patrimonial de una determinada empresa, tales como la segregación de un conjunto patrimonial que, en lugar de constituir una rama de actividad propiamente dicha, estuviese integrado por participaciones en el capital social de otras entidades que confieran a la sociedad escindida la mayoría del capital social de dichas entidades (manteniéndose invariables el resto de los caracteres definidores de la escisión parcial recogidos en el artículo 2, apartado c) de la Directiva 2009/133/CE)¹⁶⁷⁶.

En nuestra opinión, y aun cuando algunos Estados miembros como España o Francia ya contemplan en sus respectivas legislaciones domésticas esta posibilidad, lo cierto es que la introducción de una operación de esta naturaleza bajo el ámbito de aplicación objetivo de la Directiva 2009/133/CE podría presentar problemas desde la óptica del cumplimiento del requisito previsto en su artículo 4.2, apartado b)¹⁶⁷⁷, de forma tal que su acceso al régimen de neutralidad fiscal quedaría condicionado a que el conjunto de participaciones transmitido quedase vinculado a un establecimiento permanente preexistente de la sociedad beneficiaria en el Estado miembro de la sociedad transmitente.

No obstante, algunos autores han ido incluso un paso más allá defendiendo la eliminación del requisito relativo a la exigencia de que el conjunto patrimonial transmitido en el marco de operaciones de escisión parcial o aportación de activos deba conformar una rama de actividad habida cuenta de que, en primer lugar, el temor ante la posibilidad de que una plusvalía latente vinculada a los activos transmitidos se convierta en una plusvalía exenta vinculada a la posterior transmisión de los títulos de la sociedad beneficiaria recibidos en contrapartida por parte de la sociedad transmitente (aportación

¹⁶⁷⁶ En favor de esta posibilidad, ya se mostró en su momento FERNÁNDEZ-VELILLA, J.A., *op.cit.*, pp.52-53.

¹⁶⁷⁷ En este sentido, *vid.* JEFFCOTE, B., BARNETT, M., *op.cit.*, p.180; o EUROPEAN COMMISSION, “Company taxation in the internal market”, *Commission Staff Working Paper*, SEC (2001) 1681, 23 October 2001, p.348, donde parece excluirse del ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial que no determinan *per se* la creación de un establecimiento permanente en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente (p.ej. fusiones y escisiones de sociedades *holding*).

de activos) o de sus socios (escisión parcial) debería ser combatida a través de la cláusula anti-abuso contenida en el artículo 15.1 de la Directiva 2009/133/CE; en segundo lugar, el requisito de vinculación efectiva del conjunto patrimonial transmitido a un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria situado en el Estado miembro de la sociedad transmitente, unido a la definición dada a este término por el artículo 5 del MCOCDE, ya permitiría excluir del acceso al régimen de neutralidad fiscal a transmisiones de elementos patrimoniales aislados; en tercer lugar, el legislador europeo podría adoptar medidas específicas menos restrictivas para llevar a cabo esta tarea tales como el establecimiento de un periodo mínimo de tenencia de los títulos de la sociedad beneficiaria recibidos en contrapartida de la aportación patrimonial efectuada; y, en cuarto lugar, la transmisión de un conjunto de elementos patrimoniales incapaz de funcionar de forma autónoma también podría incrementar los niveles de productividad y competitividad de las sociedades participantes en la operación de reorganización empresarial en cuestión¹⁶⁷⁸.

Ciertamente, la posibilidad de introducir en la Directiva 2009/133/CE un periodo mínimo de tenencia de un año (que los Estados miembros podían extender voluntariamente hasta los dos años) en el cual no se podrían transmitir los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria ya fue contemplada en su momento por el Parlamento Europeo¹⁶⁷⁹, siendo finalmente descartada. Asimismo, debe tenerse presente que una medida de tal naturaleza, no sólo presentaría un difícil encaje con la finalidad última perseguida por la Directiva 2009/133/CE y plasmada en su Considerando nº 2, sino que vendría a operar como una suerte de presunción general de fraude o evasión fiscal, de forma tal que no resultaría compatible con la jurisprudencia del TJUE relativa a la necesidad de que las autoridades tributarias nacionales competentes lleven a cabo un análisis caso por caso de la operación de reorganización empresarial en cuestión para determinar si ésta tiene como objetivo principal o como uno de sus objetivos principales el fraude o la evasión fiscal¹⁶⁸⁰.

Por otra parte, creemos que el requisito de vinculación efectiva a un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria situado en el Estado miembro de la sociedad transmitente no resulta suficiente para evitar supuestos abusivos vinculados a la mera transmisión de elementos patrimoniales aislados sin una finalidad reorganizativa, habida cuenta de que dicho requisito también se vería satisfecho si los elementos patrimoniales transmitidos, aun no presentando una naturaleza autónoma, quedasen efectivamente vinculados a un establecimiento permanente situado en el Estado miembro de la sociedad transmitente del que la sociedad beneficiaria dispusiera

¹⁶⁷⁸ En este sentido, *vid.* BOULOGNE, F., GOOIJE, J., *op.cit.*, pp.247-248; o BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, pp.113-114.

¹⁶⁷⁹ *Vid.* EUROPEAN PARLIAMENT, *Report on the proposal for a Council directive amending Directive 90/434/EEC of 23 July 1990 on the common system of taxation applicable to mergers, divisions, transfers of assets and exchanges of shares concerning*, A5-0121/2004 FINAL, de 26 de febrero de 2004, p.6.

¹⁶⁸⁰ En esta misma línea, *vid.* ENGLISCH, J., *op.cit.*, pp.343-344; CHADEFaux, M., *op.cit.*, p.227; VAN DEN BRANDE, E., *op.cit.*, p.127; DIBOUT, P., *op.cit.*, p.999; o HAMAEEKERS, H., *op.cit.*, p.14.

con anterioridad a la realización de la operación de reorganización empresarial en cuestión.

Sin embargo, debe reconocerse que, aun cuando la interpretación de la cláusula prevista en el artículo 15.1 de la Directiva 2009/133/CE no está exenta de dificultades (como tampoco lo está el propio concepto de rama de actividad), podría resultar suficiente para combatir aquellas operaciones de escisión parcial que no presenten una auténtica finalidad reorganizativa, sin que, por tanto, fuera necesario introducir elementos anti-abuso específicos en la definición de esta operación que puedan terminar por restringir de forma excesiva su perímetro.

De hecho, y sobre la base de este argumento, también pueden encontrarse voces entre la doctrina partidarias de la eliminación del requisito relativo a la necesidad de que la sociedad transmitente mantenga al menos una rama de actividad con posterioridad a la realización de la operación de escisión parcial. En este sentido, también se apunta que: i) si la finalidad del mismo consiste en evitar que, en el marco de las operaciones de escisión parcial, plusvalías gravables *a priori* en sede de la sociedad transmitente (por estar vinculadas a elementos patrimoniales de su titularidad) se conviertan en plusvalías potencialmente exentas (por quedar vinculadas a títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria cuya transmisión por parte de sus socios pueda beneficiarse de un régimen de *participation exemption*), este mismo resultado podría alcanzarse articulando la operación en cuestión a través de una operación de escisión en virtud de la cual se transmita a una sociedad A el activo cuyas plusvalías se pretenden “liberar” de gravamen y a otra sociedad B el resto de los elementos patrimoniales de la sociedad transmitente, procediendo posteriormente los socios de la sociedad escindida a la venta exenta de los títulos recibidos de la sociedad A; y ii) resultaría desproporcionado impedir la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a la operación de escisión parcial en su conjunto por el mero hecho de que los activos mantenidos en sede de la sociedad transmitente no constituyan una rama de actividad en aquellos supuestos en los que el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente pudiese proceder al gravamen de las plusvalías derivadas de la futura transmisión tanto de dichos elementos patrimoniales como de los títulos representativos del capital social de la sociedad escindida por parte de sus socios (p.ej. y tratándose de bienes inmuebles, en virtud de lo establecido en los artículos 13.1 y 13.4 del MCOCDE)¹⁶⁸¹.

4.4. Aportación de activos

¹⁶⁸¹ En este sentido, *vid.* BOULOGNE, F., *Shortcomings in the..., op.cit.*, pp.115-117, quien matiza, desde la óptica del respeto al principio de proporcionalidad en materia de aplicación de la cláusula anti-abuso prevista por la Directiva, que el hecho de que los activos mantenidos en sede de la sociedad transmitente en el marco de una escisión parcial no constituyan una rama de actividad no determina que la operación en cuestión pueda calificarse como abusiva de forma automática (p.ej. en aquellos supuestos en los que no existan plusvalías latentes asociadas a dichos activos cuya tributación se pretenda eludir vía la posterior transmisión exenta de los títulos representativos del capital de la sociedad transmitente).

La aportación de activos aparece definida en el artículo 2, apartado d) de la Directiva 2009/133/CE como la operación en virtud de 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 este respecto, no conviene perder de vista que nos encontramos ante una operación que, a pesar de su importancia en la práctica empresarial y de estar recogida de forma originaria en la Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones de 1969, no fue definida por una norma de Derecho societario europeo (bajo la denominación de “escisión por segregación”) hasta la aprobación de la Directiva 2019/2121/UE. Ahora bien, en relación con la definición de las operaciones de segregación incorporada a la Directiva 2017/1132/UE conviene tener presente que, por una parte, presenta determinados elementos que impiden un alineamiento perfecto con la definición de aportación de activos que opera a efectos de la Directiva Fiscal de Fusiones y, por otra parte, únicamente se proyecta sobre aquellas operaciones en las que la sociedad o sociedades beneficiarias son de nueva creación¹⁶⁸².

Por lo que respecta a los caracteres definidores de la operación de aportación de activos contemplada en la Directiva 2009/133/CE, cabría comenzar señalando que la transmisión que se produce en el marco de la misma puede extenderse a una, varias, o incluso a la totalidad de ramas de actividad de la sociedad transmitente. De hecho, algún autor ha apuntado que la definición de esta operación como “aportación de activos” (*transfer of assets*) resulta engañosa en la medida en que una transmisión de elementos de activo y pasivo que no constituya en conjunto una rama de actividad quedaría extramuros del ámbito de aplicación objetivo de la Directiva; por tanto, resultaría más adecuado que la operación se hubiese denominado como “aportación de rama/s de actividad” (*transfer of branch/es of activity*)¹⁶⁸³.

Como puede observarse, y al igual que sucedía en el ámbito de las escisiones parciales, la introducción del requisito de “rama de actividad” en la definición de la operación de aportación de activos presenta una clara finalidad anti-abuso e impide el acceso al régimen de neutralidad fiscal de operaciones que no persiguen la reorganización de las actividades de la empresa, sino la mera transmisión de elementos patrimoniales aislados con diferimiento del gravamen de las plusvalías latentes e incluso la evasión de los debidos impuestos. A este respecto, cabría apuntar que, si bien es cierto que a la hora de transponer el contenido de la Directiva 2009/133/CE a sus respectivos ordenamientos domésticos los Estados miembros han mantenido este requisito en la definición de la operación de aportación de activos propiamente dicha, no lo es menos que algunos de estos Estados como, por ejemplo, España, o Irlanda, han extendido unilateralmente el régimen de neutralidad a otras operaciones transfronterizas de aportación de activos en las que el conjunto patrimonial transmitido no constituya una rama de actividad sujeto, eso sí, al cumplimiento de una serie de requisitos

¹⁶⁸² Vid. artículo 166 *ter*, apartado 4, subapartado c) de la Directiva 2017/1132/UE.

¹⁶⁸³ En este sentido, *vid.* LARKING, B., “The Merger Directive...”, *op.cit.*, p.363; o SCHONEWILLE, P.H., *op.cit.*, p.18.

adicionales que garanticen los derechos impositivos del Estado miembro de residencia de la sociedad, así como que la operación se realiza con ciertos fines reorganizativos y no equivale a una mera compra-venta de elementos patrimoniales de la sociedad transmitente¹⁶⁸⁴.

En relación con esta cuestión, se observan una serie de diferencias con la definición de la operación de segregación prevista en el artículo 160 *ter*, apartado 4, subapartado c) de la Directiva 2017/1132/UE habida cuenta de que en el marco de estas operaciones: i) no se exige que el conjunto patrimonial transmitido constituya una rama de actividad, y ii) sólo se contempla la posibilidad de que se transmita una parte del patrimonio activo y pasivo de la sociedad transmitente. Estas divergencias, que no vienen sino a reiterar la idea de la ausencia de una identidad entre los fines perseguidos por ambas normas de Derecho de la UE, se traducirán en que, por una parte, determinadas operaciones transfronterizas de aportación de activos transfronteriza realizadas al amparo del régimen jurídico-procedimental previsto en la Directiva 2017/1132/UE citada Directiva quedarán extramuros del régimen de neutralidad fiscal configurado por la Directiva 2009/133/CE (p.ej. cuando el conjunto patrimonial transmitido no constituya una rama de actividad) y, por otra parte, determinadas operaciones transfronterizas de aportación de activos susceptibles de acceder a las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE no podrán realizarse al amparo de las

¹⁶⁸⁴ Así, en el caso de España, el artículo 87 de la LIS exige, con carácter general, que se verifique el cumplimiento de las siguientes condiciones para que las denominadas “aportaciones no dinerarias” puedan acceder al régimen fiscal especial: 1) que la entidad que recibe la aportación sea residente en territorio español o realice actividades en España por medio de un establecimiento permanente al que se afecten los bienes aportados; y 2) que una vez realizada la aportación, el contribuyente aportante del Impuesto sobre Sociedades, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, participe en los fondos propios de la entidad que recibe la aportación en, al menos, el 5%, y 3) que, en el caso de aportación de elementos patrimoniales por contribuyentes del IRPF o del IRNR que sean residentes en Estados miembros de la Unión Europea, dichos elementos estén afectos a actividades económicas cuya contabilidad se lleve con arreglo a lo dispuesto en el Código de Comercio o legislación equivalente. Asimismo, y en aquellos supuestos en que los que el objeto de la aportación sean acciones o participaciones sociales realizadas por contribuyentes del IRPF o del IRNR sin establecimiento permanente en territorio español, el citado precepto exime del cumplimiento del requisito nº3 anteriormente mencionado, pero impone tres condiciones adicionales a las señaladas en primer y segundo lugar, a saber: a) que a la entidad de cuyo capital social sean representativos no le sean de aplicación el régimen especial de agrupaciones de interés económico, españolas o europeas, y de uniones temporales de empresas, previstos en la LIS, ni tenga como actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario en los términos previstos en el artículo 4.ocho.dos de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio; b) que representen una participación de, al menos, un 5 por ciento de los fondos propios de la entidad; y c) que se posean de manera ininterrumpida por el aportante durante el año anterior a la fecha del documento público en que se formalice la aportación. Por lo que respecta al caso de Irlanda, la sección 632 de la *Taxes Consolidation Act 1997*, permite la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a aquellas operaciones en virtud de las cuales una sociedad de un Estado miembro transmite un activo empleado en su actividad en Irlanda a una sociedad de otro Estado miembro que posee la totalidad de las participaciones que representan su capital social (esto es, desde la filial a su matriz), siempre que: a) la sociedad beneficiaria emplee dicho activo para su actividad en Irlanda; b) las plusvalías latentes puestas de manifiesto como resultado de la ulterior transmisión del activo recibido por la sociedad beneficiaria puedan ser gravadas en Irlanda; y c) no resulte de aplicación la cláusula anti-abuso contenida en la sección 635 TCA 1997, que establece la necesidad de que la operación se efectúe por *bona fide commercial reasons* y que no forme parte de un montaje cuyo propósito principal sea la evasión fiscal (sobre esta cuestión, *vid.* FEENEY, M., *op.cit.*, p.1305).

disposiciones previstas en la Directiva 2017/1132/UE (p.ej. cuando en el marco de las mismas se transmita la totalidad de las ramas de actividad existentes en sede de la sociedad transmitente, transformándose ésta en una sociedad *holding* cuyo patrimonio esté integrado exclusivamente por los títulos recibidos en contrapartida de la sociedad beneficiaria).

Sin embargo, y a diferencia de lo que sucede en el ámbito de las escisiones parciales, en el marco de las operaciones de aportación de activos no se exige el mantenimiento de al menos una rama de actividad en sede de la sociedad transmitente con posterioridad a su realización, aun cuando otra de las características definidoras de la aportación de activos (presente también en las escisiones parciales) pivota sobre la no extinción de dicha sociedad¹⁶⁸⁵. A este respecto, es importante tener presente que la problemática que se planteaba en el ámbito de las escisiones parciales vinculada al mantenimiento en la sociedad transmitente únicamente de aquellos elementos patrimoniales aislados que se deseaban transmitir con diferimiento del gravamen de las plusvalías latentes o evasión de los debidos impuestos (vía transmisión de los títulos de la sociedad transmitente aprovechándose de un sistema de *participation exemption*), o de activos residuales que no permitían el desarrollo autónomo de una actividad económica “operativa”, no se plantean en el marco de las aportaciones de activos ya que, con posterioridad a la operación y aun cuando se transfiera la totalidad de las ramas de actividad de la sociedad transmitente, ésta siempre tendrá en su balance los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria¹⁶⁸⁶, configurándose como una sociedad *holding* que, de darse los requisitos de participación establecidos en el artículo 3.1 de la Directiva 2011/96/UE, ostentará la condición de sociedad matriz.

Ciertamente, el hecho de que los títulos representativos del capital de la sociedad beneficiaria de la aportación, entregados en contrapartida de la aportación patrimonial recibida, tengan como destinatario final la propia sociedad transmitente y no sus socios, constituye un elemento diferenciador de la aportación de activos frente al resto de operaciones de reorganización empresarial contempladas por la Directiva 2009/133/CE, ya que, como resultado de la misma, no se produce la integración de los socios de la sociedad transmitente en el capital de la sociedad beneficiaria.

No obstante, una cuestión que la Directiva no aclara pivota sobre la posibilidad de que la sociedad beneficiaria pueda entregar a la sociedad transmitente, en contrapartida a la aportación patrimonial recibida, y con carácter complementario, una compensación en efectivo. A este respecto, lo cierto es que una interpretación muy apegada al tenor literal de la definición de aportación de activos contenida en el artículo 2, apartado d) de la Directiva 2009/133/CE, que no se refiere en modo alguno a una posible compensación en efectivo por parte de la sociedad beneficiaria (al igual que sucede en el ámbito de las operaciones de segregación contempladas en el artículo 160

¹⁶⁸⁵ De hecho, uno de los elementos diferenciadores de la operación de aportación de activos frente a la fusión o la escisión total, reside en que la sociedad transmitente, aun cuando transmita todo su patrimonio activo y pasivo a otra sociedad, no deja de existir como resultado de la operación.

¹⁶⁸⁶ En una línea similar, *vid.* AURELIO, M., *op.cit.*, p.335.

ter, apartado 4, subapartado c) de la Directiva 2017/1132/UE), puesta en relación con el hecho de que la propia norma europea hace referencia de forma explícita a esta posibilidad a través de la introducción de una fórmula estándar en las definiciones de otras operaciones de reorganización empresarial cubiertas por su ámbito de aplicación objetivo (fusiones, escisiones totales/parciales, y canjes de acciones), nos llevaría a concluir que la sociedad transmitente únicamente podrá percibir títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria en contrapartida a la aportación realizada.

Sin embargo, a nuestro juicio, esta interpretación resultaría excesivamente formalista si tenemos en cuenta la finalidad a la que sirve la denominada “regla del 10%” en el marco de otras operaciones de reorganización empresarial ya que, aun cuando en el ámbito de las aportaciones de activos no existe un tipo de canje que ajustar a números enteros de acciones, podría darse el caso de que el valor de la rama o ramas de actividad transmitidas a la sociedad beneficiaria no pudiese verse reflejado con exactitud en un número entero de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria que ésta tendría que entregar a la sociedad transmitente. Por tanto, y aun cuando nada impide a los Estados miembros autorizar de forma unilateral dichos pagos en efectivo a la hora de transponer la Directiva 2009/133/CE en sus respectivos Derechos nacionales¹⁶⁸⁷, no estaría de más que, a los efectos de garantizar un cierto grado de homogeneidad en el conjunto de la UE, el legislador europeo se plantease la admisión de forma explícita en el marco de estas operaciones de una posible compensación en efectivo adicional que no excediese del 10 % del valor nominal de los títulos de la sociedad beneficiaria entregados en contrapartida a la sociedad transmitente o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos títulos deducido de su contabilidad. De este modo, se dotaría de una mayor flexibilidad a la definición de aportación de activos que maneja la Directiva sin comprometer por ello su naturaleza de auténtica operación de reorganización empresarial¹⁶⁸⁸.

A este respecto, no puede perderse de vista que, ya desde un primer momento, algunos Estados miembros como Austria, Bélgica o Países Bajos admitieron, en el ámbito de las aportaciones de activos, la entrega de una compensación adicional en efectivo a la sociedad transmitente por parte de la sociedad beneficiaria únicamente a efectos de redondeo¹⁶⁸⁹. Por su parte, en otros Estados miembros como Francia, la admisión de esta posibilidad ha venido de la mano de la doctrina administrativa, en concreto, de la Instrucción de la *Direction Générale des Impôts* de 3 de agosto de 2000 (BOI 4 I-2-00, n° 152 de 18 de agosto de 2000), cuyo apartado 64 establece que “la aplicación del régimen de favor no será denegada cuando la compensación en efectivo

¹⁶⁸⁷ Vid. LOYENS LEFEVRE RÄDLER (EUROPEAN TAX NETWORK), *op.cit.*, p.12.

¹⁶⁸⁸ De hecho, algunos autores como BRASSEUR, M., VERMEYLEN, J., *op.cit.*, p.84, ya entienden que la definición contenida en el artículo 2, apartado d) de la Directiva permite dar cobertura tanto a aportaciones de activos en las que la sociedad transmitente recibe exclusivamente títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria, como a aportaciones de activos en las que la sociedad transmitente recibe una cantidad adicional en efectivo de la sociedad beneficiaria (*contribution of a branch of activity/global contribution of assets and liabilities v. transfer of a branch of activity/ global transfer of assets and liabilities*).

¹⁶⁸⁹ Vid. DELOITTE TOUCHE TOHMATSU INTERNATIONAL, *op.cit.*, pp.12-13.

percibida por la sociedad transmitente sea inferior al valor de una sola acción de la sociedad beneficiaria de la aportación”.

Por otra parte, y también a diferencia de lo que sucede en el ámbito de las escisiones parciales, cabría destacar como del tenor literal del artículo 2, apartado d) de la Directiva se deduce que la transmisión patrimonial que se produce en el marco de las operaciones de aportación de activos deberá hacerse en favor de una única sociedad beneficiaria¹⁶⁹⁰. De este modo, la operación en virtud de la cual una sociedad A residente en el Estado miembro X transmite una rama de actividad a una sociedad B residente en el Estado miembro Y, a cambio de títulos representativos de su capital social, y otra rama de actividad a una sociedad C residente en el Estado miembro Z, a cambio de títulos representativos de su capital social, debería analizarse como dos aportaciones de activos independientes a los efectos de valorar si concurren los requisitos necesarios para la aplicación de las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE, pudiendo darse el caso de que, aun no verificándose su cumplimiento, por ejemplo, con respecto a la sociedad C, la operación de aportación de activos entre las sociedades A y B todavía podría tener acceso al régimen de neutralidad fiscal si se diera cumplimiento a los requisitos establecidos a tal efecto por la citada Directiva.

A este respecto, y teniendo en cuenta que, en el ámbito de los grupos de empresas, no es infrecuente que se lleven a cabo procesos de reorganización consistentes en la creación de una sociedad *holding* “por abajo”, a través de la aportación por parte de una sociedad a sus filiales de las distintas ramas en las que se divide su actividad industrial y comercial, quedando configurada la sociedad transmitente como una sociedad *holding* que gestiona los títulos de sus filiales recibidos en contrapartida¹⁶⁹¹, quizás resultaría más conveniente que la Directiva 2009/133/CE retornase al planteamiento seguido por la Propuesta de Directiva de 1969, y admitiese de forma explícita la posibilidad de que la aportación de activos pudiese realizarse en favor de una o varias sociedades beneficiarias. De este modo, se evitarían los costes derivados de la realización de varias operaciones de aportación de activos independientes en favor de una única sociedad beneficiaria (en lugar de una única operación de aportación de activos en favor de varias sociedades beneficiarias), siendo el resultado final obtenido exactamente idéntico (sociedad *holding* cuyo patrimonio está compuesto por las participaciones de las sociedades beneficiarias).

¹⁶⁹⁰ En este sentido, nótese que, mientras la definición de escisión parcial contemplada en el artículo 2, apartado c) de la Directiva 2009/133/CE hace referencia a que la transmisión patrimonial se realizará en favor de “una o varias sociedades ya existentes o nuevas”, la definición de la operación de aportación de activos, recogida en el apartado d) del citado precepto, establece que la transmisión patrimonial se efectuará en favor de “otra sociedad”.

¹⁶⁹¹ Sobre esta cuestión, *vid.* NAVATTE, P., *op.cit.*, p.15, o COZIAN, M., DEBOISSY, F., *op.cit.*, p.737. Ciertamente, las ventajas de este planteamiento son evidentes ya que, como bien apuntan LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., HERRERA MOLINA, P., *op.cit.*, p.71, “la organización en torno a una entidad *holding* cuyas rentas se reducen a participaciones en beneficios y plusvalías de cartera simplifica el conjunto normativo aplicable. La tributación de dividendos de fuente internacional conoce sistemas de exención unilateral bastante extendidos. Cuando así no fuera, los convenios bilaterales suelen ofrecer reducciones en las retenciones en la fuente para participaciones significativas. El derecho europeo ofrece la Directiva sobre matrices y filiales (...)”.

Asimismo, no conviene perder de vista que, en el plano del Derecho societario europeo, la definición de segregación prevista en el artículo 160 *ter*, apartado 4, subapartado c) de la Directiva 2017/1132/UE contempla de forma explícita la posibilidad de que en el marco de estas operaciones puedan existir una o varias sociedades beneficiarias. De este modo, la admisión de esta posibilidad en el ámbito de la Directiva 2009/133/CE contribuiría a eliminar las divergencias existentes entre las operaciones de aportación de activos que pueden acogerse a las disposiciones contenidas en una y otra norma, lo cual resultaría deseable si tenemos en cuenta que, el hecho de que no pueda apreciarse una identidad entre las finalidades perseguidas por ambas normas comunitarias, no impide reconocer la estrecha relación existente entre las mismas. Ciertamente, la falta de acceso al régimen de neutralidad fiscal de alguna de las operaciones (o modalidades de las mismas) previstas en la Directiva 2017/1132/UE terminaría por afectar a su vigencia efectiva ya que el coste fiscal asociado a dichas operaciones podría determinar que finalmente no se llevasen a cabo a pesar de disponer de un marco jurídico-procedimental armonizado que permitiese su realización en adecuadas condiciones de seguridad jurídica y protección de los principales colectivos afectados por las mismas.

Por último, aunque en relación con esta cuestión, cabría señalar también como la Directiva Fiscal de Fusiones no especifica, de forma bastante injustificada, si la sociedad beneficiaria podrá ser de nueva creación o ya existente, debiendo entenderse, a nuestro juicio, que ambas posibilidades resultan aceptadas a los efectos de aplicación del régimen de neutralidad fiscal (tal y como figuraba originariamente en la Propuesta de Directiva de 1969)¹⁶⁹². Ciertamente, ante el silencio de la Directiva, no hay razones que inviten a adoptar un planteamiento restrictivo al respecto, limitando la aplicación de las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE únicamente a aquellas aportaciones de activos en las que la sociedad beneficiaria preexistiera a la operación o fuera de nueva creación, más aun cuando éste no es planteamiento seguido por el legislador europeo en materia de fusiones y escisiones. De hecho, esta es la interpretación que han seguido Estados miembros como España a la hora de implementar la Directiva en Derecho interno¹⁶⁹³.

A este respecto, la posición adoptada por el legislador europeo en el plano del Derecho societario europeo y relativa a que las disposiciones de la Directiva 2017/1132/UE únicamente se proyecten sobre aquellas operaciones transfronterizas de aportación de activos (segregación) en las que la sociedad o sociedades beneficiarias se constituyan *ad hoc* en el marco de la realización de dichas operaciones no parece que pueda trasladarse al ámbito de la Directiva 2009/133/CE, por cuanto esta exigencia de que la sociedad o sociedades beneficiarias sean de nueva creación también resulta aplicable en materia de escisiones totales y parciales a diferencia de lo que sucede en el

¹⁶⁹² A este respecto, nótese como la STJUE de 15 de enero de 2002, en el asunto C-43/00, *Andersen og Jensen Aps v. Skatteministeriet* traía su origen de un litigio relativo precisamente a la aplicación de régimen de neutralidad fiscal a una operación de aportación de activos en favor de una sociedad de nueva creación.

¹⁶⁹³ *Vid.* artículo 76.3 de la LIS.

ámbito de la Directiva Fiscal de Fusiones cuyas disposiciones permiten dar cobertura a operaciones de escisión total o parcial con independencia de si la sociedad o sociedades beneficiarias son creadas en el marco de las mismas o ya existían con anterioridad a su realización.

4.5. Canje de acciones

4.5.1. Caracteres definidores

El canje de acciones aparece definido en el artículo 2, apartado e) de la Directiva 2009/133/CE como la operación en virtud de 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 o, si ya dispusiere de dicha mayoría, adquirir una mayor participación 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 títulos deducido de su contabilidad”¹⁶⁹⁴. Nuevamente, nos encontramos ante una definición surgida en el ámbito del Derecho tributario europeo que, si bien no figuraba en la Propuesta de Directiva de 1969, fue finalmente introducida en el texto de la Directiva 90/434/CEE habida cuenta de su importancia en la práctica empresarial comunitaria como instrumento orientado a la toma de control de una determinada sociedad o a reforzar una posición ya mayoritaria en su capital social que, a su vez, permite la “relocalización” de las participaciones en el capital social de dicha sociedad (vía sociedades *holding*) en aquellos Estados miembros cuyos regímenes de *participation exemption* resultan más ventajosos.

¹⁶⁹⁴ A este respecto, y con carácter previo, cabría señalar que la propia denominación de la operación como “canje de acciones” (“*exchanges of shares*”, “*échanges d’actions*”, “*scambio d’azioni*”, “*permutas de acções*”) no parece adecuada si tenemos en cuenta que, de acuerdo con las legislaciones societarias de los diferentes Estados miembros, el capital social de un buen número de entidades contempladas en el anexo de la Directiva 2009/133/CE no se encuentra dividido en “acciones” propiamente dichas (p.ej., en España, el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, establece que el capital de las sociedades anónimas estará dividido en acciones, mientras que el capital de las sociedades de responsabilidad limitada estará dividido en participaciones sociales). De hecho, a nivel interno, la LIS, se refiere en su artículo 76.5 a esta operación como “canje de valores”. Ciertamente, la adopción de una perspectiva omnicompreensiva que tenga en cuenta las diferentes características jurídicas de las entidades cubiertas por el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva nos llevaría a definir las como “canje de títulos representativos del capital social”. En cualquier caso, debe reconocerse que la denominación empleada por la Directiva 2009/133/CE, no resultando estrictamente correcta, al menos parece dejar claro que los elementos transmitidos en el marco de estas operaciones deben ser títulos representativos del capital de una sociedad, habida cuenta de que, por definición, la acción constituye una parte alícuota del capital de una empresa.

A este respecto, y con carácter previo, cabría señalar como algún autor ha llamado la atención acerca de la problemática que podría plantearse en el marco de estas operaciones derivada de las posibles diferencias en el tratamiento fiscal de los títulos que el socio ostentaba en la sociedad adquirida/dominada y los que recibe de la sociedad adquirente/dominante como resultado del canje de valores. Ciertamente, las legislaciones domésticas de los Estados miembros pueden contemplar regímenes fiscales más o menos ventajosos en función de múltiples factores tales como la naturaleza o la magnitud de la participación en el capital de una sociedad, lo que, según el supuesto, podría repercutir de forma positiva o negativa sobre los intereses de los socios de la sociedad adquirida. De este modo, y ante el silencio de la Directiva sobre esta cuestión, parece que en aquellos supuestos en los que como resultado de la operación y de la aplicación de la legislación fiscal del Estado miembro en cuestión, el tratamiento fiscal de las participaciones en el capital social en la sociedad adquirente resulte más oneroso que el aplicable a las participaciones en el capital de la sociedad adquirida, los socios de esta última podrían oponerse a la realización de la operación frustrando así de forma indirecta el objetivo de la Directiva. En caso contrario, si el régimen fiscal aplicable a los títulos ostentados en el capital de la sociedad adquirente resultase más ventajoso en comparación con el aplicable a los títulos ostentados en el capital social de la sociedad adquirida, se podría estar generando un incentivo de naturaleza fiscal a la realización de la operación de canje, la cual podría caer dentro del ámbito de aplicación de la cláusula anti-abuso prevista en el artículo 15 de la Directiva 2009/133/CE si no concurriesen motivos económicos válidos¹⁶⁹⁵.

En cualquier caso, y por lo que respecta a los caracteres definidores de las operaciones de canje de valores, cabría destacar, en primer lugar, como, a diferencia de lo que sucede en el resto de operaciones de reorganización empresarial contempladas por la Directiva 2009/133/CE, el conjunto patrimonial transmitido en el marco de un canje de valores está integrado exclusivamente por títulos representativos del capital social de la sociedad dominada en manos de sus socios, de forma tal que su estructura patrimonial permanece intacta. A este respecto, es importante tener presente que no todas las operaciones de canje de valores tendrán cabida en el seno de la Directiva Fiscal de Fusiones sino que se establece como condición necesaria (pero no suficiente) de acceso al régimen de neutralidad fiscal que el paquete de títulos transmitidos permita a la sociedad dominante obtener la mayoría de los derechos de voto de la sociedad dominada o, si ya dispusiera de dicha mayoría, incrementar su participación en el capital social de la sociedad dominada. Nos encontramos pues ante dos modalidades diferenciadas de la operación de canje de valores; la primera, reconocida de forma originaria por la Directiva 90/434/CEE y, la segunda, introducida explícitamente en su contenido a través de la modificación operada por la Directiva 2005/19/CE.

Una cuestión que no debe pasar desapercibida en relación con la primera de las modalidades apuntadas, pivota sobre la exigencia por parte de la Directiva de que el conjunto de participaciones transmitidas a la sociedad dominante debe permitirle

¹⁶⁹⁵ Así lo entiende, MAISTO, G., “Shaping EU Company...”, *op.cit.*, p.301.

obtener “la mayoría de los derechos de voto” de la sociedad dominada, frente a otras posibles opciones como la “adquisición o toma de control” de la sociedad dominada (expresión empleada en el ámbito de la Directiva 2004/25/CE, relativa a las ofertas públicas de adquisición), o la mera obtención de “la mayoría de los títulos representativos del capital social” de la sociedad dominada¹⁶⁹⁶. En este sentido, no puede perderse de vista que si bien la adquisición de la mayoría de los derechos de voto de una sociedad determina necesariamente su toma de control por parte de la sociedad adquirente, es posible que, en algunos supuestos, una sociedad pueda obtener el control de otra sociedad sin ostentar directamente la titularidad de más del 50% de sus derechos de voto.

Asimismo, y aunque lo más habitual sea que la adquisición de la mayoría de los títulos representativos del capital social de una sociedad conlleve la obtención de la mayoría de sus derechos de voto, lo cierto es que la alteración de la relación de proporcionalidad entre propiedad y control derivada de la admisión por parte de las legislaciones societarias de algunos Estados miembros de acciones con voto múltiple (p.ej. Francia, Países Bajos o Suecia¹⁶⁹⁷) o acciones sin voto (p.ej. España o Francia) determina que no siempre se verifique la afirmación anteriormente efectuada. Por ello, la referencia explícita a la obtención de la mayoría de los derechos de voto de la sociedad dominada empleada por la Directiva a la hora de definir la operación de canje de acciones resulta especialmente pertinente a los efectos de garantizar que como resultado de la misma la sociedad dominante adquiera el control de la sociedad dominada. De este modo, la operación de canje de valores en virtud de la cual una sociedad que ya posee el 49,99% de los derechos de voto de otra sociedad, adquiere un paquete de participaciones en el capital social de la dominada sin derecho de voto quedaría al margen del régimen de neutralidad fiscal previsto por la Directiva 2009/133/CE.

Sin embargo, no puede perderse de vista que, incluso en aquellos supuestos en los que la sociedad dominante adquiere a través de un canje de valores transfronterizo más del 50% de los derechos de voto en el capital de la sociedad dominada, podría no

¹⁶⁹⁶ A este respecto, cabría recordar que el criterio relativo a la obtención de la mayoría de los derechos de voto de la sociedad dominada como elemento definidor de las operaciones de canje de valores también está presente en el artículo 4.1, apartado b) de la Directiva 2008/7/CE, de 12 de febrero de 2008, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales. Nótese, sin embargo, como algún autor, partiendo de la finalidad de la Directiva, se ha mostrado crítico con respecto a la exigencia de este requisito por parte de la norma comunitaria alegando, entre otras cuestiones, que determinadas operaciones de canje de valores en las que se intercambia una participación minoritaria en el capital de la sociedad dominada que no permite a la sociedad dominante obtener (o incrementar) la mayoría de sus derechos de voto podrían resultar beneficiosas para las sociedades participantes desde el punto de vista estratégico y comercial. Asimismo, y desde la óptica de los socios de la sociedad dominada, se apunta que hacer depender la aplicación de la regla de diferimiento a las posibles plusvalías derivadas del intercambio de los títulos que poseen en el capital de dicha sociedad por títulos representativos del capital de la sociedad dominante de que esta última adquiera (o incremente) la mayoría de los derechos de voto de la sociedad dominada podría conducir a resultados arbitrarios (sobre esta cuestión, *vid.* BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, pp.122-123).

¹⁶⁹⁷ *Vid.* ADAMS, R., FERREIRA, D., “One share-one vote: the empirical evidence”, *Review of Finance*, vol.12, nº1, 2008, p.55.

obtener el control efectivo de dicha sociedad debido a la existencia de restricciones estatutarias que limiten el número máximo de derechos de voto que puede ejercitar cada accionista. Ciertamente, si partimos de una interpretación apegada al tenor literal del artículo 2, apartado d) de la Directiva 2009/133/CE, este tipo de supuestos quedarían cubiertos por su ámbito de aplicación en la medida en que la citada norma se refiere simplemente a la “obtención” de la mayoría de los derechos de voto de la sociedad dominada y no su ejercicio efectivo en sede de dicha sociedad. No obstante, si tenemos en cuenta que la propia Directiva opta por el criterio de la obtención de la mayoría de los derechos de voto de la sociedad dominada para definir la operación de canje de valores, en lugar de referirse a la mayoría de las participaciones representativas del capital social de la sociedad dominada, parece que la intención del legislador europeo consiste precisamente en garantizar que, como resultado de estas operaciones, se produce un cambio en el control de la sociedad de forma tal que, desde esta óptica, quedarían excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE los supuestos anteriormente mencionados. De hecho, el Tribunal Superior Administrativo de Finlandia (*Korkein Hallinto-oikeus*) denegó el acceso al régimen de neutralidad fiscal a una operación de canje de valores en virtud de la cual una sociedad adquirió más del 50% de los títulos representativos del capital social de otra sociedad con sus correspondientes derechos de voto, si bien debido a restricciones estatutarias en sede de la sociedad dominada ningún socio podía ejercitar más de una quinta parte de los derechos de voto representados en la Junta General de accionistas¹⁶⁹⁸.

Mayores dudas podrían plantear aquellos supuestos en los que, si bien la sociedad dominante adquiere una participación en el capital social de otra sociedad que le permite obtener la mayoría de sus derechos “ordinarios” de voto o, en su caso, incrementar dicha mayoría, la existencia de acciones privilegiadas (*priority shares*) o incluso de la denominada “acción de oro” (*golden share*) en el capital de la sociedad dominada determina que sus socios originarios siguen manteniendo con posterioridad a la operación de canje de valores, entre otros privilegios, un derecho de veto sobre la toma de decisiones societarias que puede impedir, o cuanto menos, dificultar la toma de control efectivo de la sociedad dominada por parte de la sociedad dominante. A nuestro juicio, si partimos del tenor literal del artículo 2, apartado e) de la Directiva e incluso de la propia finalidad de la norma comunitaria, no parece que la mera posibilidad de que los socios originarios de la sociedad dominada puedan ejercitar un derecho de veto sobre las decisiones societarias con posterioridad al canje de valores resulte suficiente para excluir la operación del ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE.

En cualquier caso, una cuestión que la Directiva no aclara en relación con esta primera modalidad de canje de valores pivota sobre la posibilidad de que la mayoría de los derechos de voto de la sociedad dominada pueda obtenerse de forma progresiva a través de múltiples transacciones realizadas a lo largo de un determinado periodo de

¹⁶⁹⁸ En este sentido, *vid.* KHO 2001 T 92, y KVL 2000/114. Sobre esta cuestión, *vid.* WESTERLUND, G., TAAJAMAA, T., *op.cit.*, p.51.

tiempo (p.ej. a través de una oferta pública de adquisición)¹⁶⁹⁹. A nuestro juicio, y teniendo en cuenta los fines perseguidos por la Directiva, este tipo de operaciones deberían quedar cubiertas por el régimen de neutralidad fiscal pues en aplicación de la denominada *step transaction doctrine* podría considerarse que las sucesivas adquisiciones de títulos de la sociedad dominada que permiten a la sociedad dominante obtener la mayoría de sus derechos de voto forman parte de una única operación¹⁷⁰⁰. No obstante, y a falta de una mayor precisión por parte de la norma europea, nada impide que los Estados miembros puedan establecer límites temporales o de otra naturaleza en este tipo de supuestos. Por tanto, creemos que el legislador europeo debería abordar de forma específica esta cuestión a través de una reforma de la Directiva 2009/133/CE que, como mínimo, admitiese de forma explícita esta sub-modalidad de canje de valores y delimitase, en su caso, las facultades de los Estados miembros al respecto.

Por otra parte, aunque también en relación con esta primera modalidad de canje de valores, cabría señalar que el diferimiento del gravamen de las plusvalías latentes previsto por la Directiva se aplica a la totalidad de los títulos intercambiados en la operación (siempre, claro está, que como resultado de la misma la sociedad dominante obtenga la mayoría de los derechos de voto en el capital de la sociedad dominada) y no solamente al paquete de títulos que permite a la sociedad dominante pasar a ostentar estrictamente la mayoría (50,001%) de los derechos de voto en el capital de la sociedad dominada¹⁷⁰¹. En otras palabras, y a título de ejemplo, podría afirmarse que si la sociedad dominante A, que ostentaba con carácter previo a la operación de canje el 40% de los derechos de voto en el capital de la sociedad dominada B, adquiere a través de un canje de valores una participación adicional en el capital de dicha sociedad que le permite obtener el 60% de sus derechos de voto, el régimen de neutralidad fiscal se aplica a la totalidad de los títulos transmitidos que permitieron a la sociedad dominante incrementar sus derechos de voto en el capital de la sociedad dominada desde el 40% al 60%, y no simplemente a aquéllos que le permitieron alcanzar el 50,001% de los derechos de voto de la sociedad dominada.

En relación con la segunda de las modalidades apuntadas, es importante tener presente que, como resulta evidente, el requisito relativo a la titularidad previa de la mayoría de los derechos de voto de la sociedad dominada debe verificarse en el momento de realización de la operación de canje, ya que podría darse el caso de que la

¹⁶⁹⁹ Esta falta de concreción por parte de la Directiva 2009/133/CE se plasmó, desde un primer momento, en la adopción de posiciones divergentes por parte de los Estados miembros. De este modo, las legislaciones fiscales de países como Luxemburgo, Italia, Finlandia o Bélgica dejaban fuera del régimen de neutralidad fiscal este tipo de operaciones, mientras que Estados miembros como Dinamarca admitían la posibilidad de que los títulos se adquiriesen de forma sucesiva siempre que la obtención de la mayoría de los derechos de voto de la sociedad dominada se completase en un plazo máximo de 6 meses desde la primera de las adquisiciones. En una línea similar, Alemania, Países Bajos o Portugal, también contemplaban la aplicación del régimen especial a estas operaciones siempre que se obtuviera previamente una autorización por parte de las autoridades tributarias nacionales (*Vid. DELOITTE TOUCHE TOHMATSU INTERNATIONAL, op.cit.*, pp.16-17).

¹⁷⁰⁰ En favor de esta posibilidad se han mostrado también CALDERÓN CARRERO, J.M., MARTÍN JIMÉNEZ, A., *Derecho Tributario de...*, *op.cit.*, p.296; o VANDE VELDE, I., *op.cit.*, p.95.

¹⁷⁰¹ En este sentido, *vid. TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., European Tax Law, op.cit.*, p.661.

sociedad dominante hubiese ostentado dicha mayoría en el pasado y que después la hubiese perdido por diferentes causas tales como la venta de sus participaciones o una ampliación de capital llevada a cabo por la sociedad dominada. Por tanto, en este tipo de supuestos, sólo quedarían cubiertas por la Directiva 2009/133/CE las operaciones de canje de valores que permitieran a la sociedad dominante volver a obtener la mayoría de los derechos de voto de la sociedad dominada.

Más dudas acerca de su acceso al régimen de neutralidad fiscal presentan aquellas operaciones de canje de valores a través de las cuales una sociedad que ya posee la mayoría de los derechos de voto de otra sociedad adquiere un paquete de acciones sin voto de dicha sociedad, de forma tal que, si bien se incrementa su participación en el capital de la misma, ésta no se traduce en un incremento de sus derechos de voto. Ciertamente, una interpretación apegada al tenor literal del artículo 2, apartado d) de la Directiva 2009/133/CE nos llevaría a admitir esta posibilidad por cuanto la norma sólo hace referencia a la adquisición de “una mayor participación” y no a la necesidad de que se incrementen los derechos de voto en el capital de la sociedad dominada. No obstante, si tenemos presente que la finalidad del reconocimiento explícito de esta segunda modalidad del canje de valores por parte de la Directiva enlaza directamente con la posibilidad de que la normativa societaria doméstica de los Estados miembros o los propios estatutos de la sociedad dominada puedan establecer mayorías superiores para la adopción determinados acuerdos sociales que “obligan” a la sociedad dominante a incrementar sus derechos de voto en la sociedad dominada a través de nuevas adquisiciones de títulos con el fin de obtener el control total de esta última, parece que sólo deberían tener acceso al régimen de neutralidad fiscal aquellas operaciones de canje de valores que, partiendo ya de una posición mayoritaria sobre los derechos de voto de la sociedad dominada, permitan a la sociedad dominante adquirir nuevos derechos de voto en el capital de dicha sociedad¹⁷⁰².

En segundo lugar, cabría destacar como otro de los elementos definidores del canje de valores reside en que la transmisión patrimonial que se produce en el marco de estas operaciones es efectuada por los socios de la sociedad dominada y no por la propia sociedad (tal y como sucede en las fusiones, escisiones o aportaciones de activos), recibiendo éstos, en contrapartida, y cambio de los títulos que poseían en el capital de la sociedad dominada, títulos representativos del capital social de la sociedad dominante. Asimismo, también se contempla la posibilidad de que los socios de la sociedad dominada perciban, en su caso, una compensación adicional en efectivo 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, con el fin de ajustar el tipo de canje a números enteros de títulos¹⁷⁰³.

¹⁷⁰² Así parece entenderlo, SCHONEWILLE, P.H., *op.cit.*, p.18. A nivel interno, éste parece ser el criterio adoptado por la DGT en sus Consultas Vinculantes de 6 de agosto de 2019, V2026-19; o de 31 de julio de 2008, V1617-08.

¹⁷⁰³ A este respecto, algún como como SANZ GADEA, E., “Régimen fiscal de...”, *op.cit.*, p.142, que opta por “no distinguir donde la Ley no distingue”, ha apuntado que la Directiva no parece exigir que en

Por lo que respecta a la posibilidad de que los socios de la sociedad dominada puedan recibir una compensación adicional en efectivo junto con los títulos representativos del capital de la sociedad dominante, se ha planteado si las cantidades entregadas por parte de la sociedad dominada a la dominante en el marco de un reparto de dividendos posterior a la operación de canje de valores y que luego son distribuidas efectivamente (también como dividendos) a sus socios deben tenerse en cuenta a los efectos del cálculo del importe de la compensación monetaria prevista en el artículo 2, letra e) de la Directiva 2009/133/CE. Ciertamente, nos encontramos ante una cuestión que no resulta baladí en modo alguno habida cuenta de que la consideración de los dividendos distribuidos con posterioridad a la operación por parte de la sociedad dominante a sus socios como parte integrante de la compensación adicional en efectivo que pueden percibir los socios de la sociedad dominada podría determinar que finalmente se excediese el límite de máximo del 10% previsto por el citado precepto y, por ende, las autoridades tributarias procediesen al gravamen del canje de valores. A este respecto, no puede perderse de vista que, en aquellos supuestos en los que exista una identidad entre los socios que ostentan el control de las sociedades participantes en la operación (p.ej. los antiguos socios de la sociedad dominada son los únicos socios de la sociedad dominante que, a su vez, controla el 100% de la sociedad dominada) y con la finalidad de obtener un tratamiento fiscal más favorable, podría diseñarse el canje de valores de tal forma que, por una parte, la compensación en efectivo fijada fuese “formalmente” respetuosa con la regla del 10% (lo que abriría la puerta a la aplicación del régimen de neutralidad fiscal) y, por otra parte, se acordase el reparto de dividendos inmediatamente después de la realización de la operación por parte de la sociedad dominada (filial) hacia la sociedad dominante y por parte de la sociedad dominante hacia sus socios, los cuales podrían beneficiarse, de cumplirse los requisitos establecidos al efecto, de las disposiciones de la Directiva 2011/96/UE¹⁷⁰⁴.

Sobre esta cuestión, cabría comenzar señalando que el TJUE ha precisado que la “compensación en dinero” recogida en el artículo 2, apartado e) de la Directiva 2009/133/CE se integra junto con la operación de adquisición de títulos por parte de la sociedad dominante en una misma transacción¹⁷⁰⁵, pudiendo definirse como aquellas “prestaciones pecuniarias que tengan carácter de verdadera contraprestación en la operación de adquisición, a saber, las prestaciones convenidas con carácter obligatorio como complemento a la atribución de títulos representativos del capital de la sociedad adquirente, y ello con independencia de los motivos que puedan subyacer tras la operación”¹⁷⁰⁶. Por tanto, podría afirmarse que la mera existencia de un vínculo temporal o de otro tipo entre el canje de valores y la entrega de una prestación pecuniaria por parte de la sociedad dominante a los socios de la sociedad dominada, o

el canje de valores intervengan todos los socios de la sociedad, si bien reconoce que podrían existir motivos para sostener una restricción de esta naturaleza.

¹⁷⁰⁴ Sobre esta cuestión, *vid.* WINTHER-SØRENSEN, N., “Pending case filed by Danish courts: the Kofoed case”, en LANG, M., SCHUCH, J., STARINGER, C. (eds.), *ECJ-Recent Developments in Direct Taxation 2007*, Linde, Wien, 2007, p.26.

¹⁷⁰⁵ *Vid.* STJUE de 5 de julio de 2007, asunto C-321/05, *Hans Markus Kofoed v. Skatteministeriet*, ap.29.

¹⁷⁰⁶ *Vid.* STJUE de 5 de julio de 2007, asunto C-321/05, *Hans Markus Kofoed v. Skatteministeriet*, ap.28.

bien un hipotético ánimo de fraude en el diseño de la operación, no resultan suficientes para que dicha entrega pueda ser incluida dentro del concepto de “compensación en dinero” a efectos de aplicación del artículo 2, apartado e) de la Directiva 2009/133/CE, sino que deberá analizarse en cada caso concreto y a la luz del conjunto de circunstancias presentes en el mismo si la entrega de efectivo de que se trate está configurada como una contraprestación obligatoria en relación con la adquisición de títulos por parte de la sociedad dominante (p.ej. si existiese un acuerdo previo entre los socios de la sociedad dominada y la sociedad dominante relativo a la obligatoriedad de que esta última llevase a cabo un reparto de dividendos con posterioridad a la operación de canje de valores)¹⁷⁰⁷.

En nuestra opinión, la delimitación del concepto de “compensación en dinero” realizada por el TJUE en el marco del canje de valores enlaza directamente con la finalidad de la propia Directiva 2009/133/CE consistente en eliminar los obstáculos fiscales que afectan negativamente a las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial, si bien se deja la puerta abierta a que determinadas entregas de efectivo realizadas por la sociedad dominante a sus socios (antiguos socios de la sociedad dominada) con posterioridad al canje de valores y a través de una operación formalmente diferenciada (p.ej. reparto de dividendos) puedan integrarse en el citado concepto y, por ende, deban tenerse en cuenta a los efectos del cálculo de la regla del 10%. Todo ello, sin perjuicio de que posibles supuestos abusivos o fraudulentos puedan ser combatidos a través de la cláusula prevista en el artículo 15.1 de la Directiva 2009/133/CE.

En tercer lugar, aunque en relación con los caracteres definidores anteriormente señalados, cabría señalar que la operación de canje de valores no determina la extinción de la sociedad dominada, sino que ésta continúa existiendo con posterioridad a la misma como filial de la sociedad dominante a efectos de la aplicación de la Directiva 2011/96/UE, conservando la titularidad sobre todos los elementos de activo y pasivo que integraban su patrimonio con carácter previo a la operación. De hecho, el canje de valores tan sólo va a determinar un cambio de la estructura accionarial de las sociedades participantes en la operación, produciéndose, por una parte, una adquisición del control o una consolidación de la posición mayoritaria en el capital de la sociedad dominada por parte de la sociedad dominante y, por otra parte, la incorporación al accionariado de la sociedad dominante de antiguos socios de la sociedad dominada.

¹⁷⁰⁷ Vid. STJUE de 5 de julio de 2007, asunto C-321/05, *Hans Markus Kofoed v. Skatteministeriet*, aps.31-34. Ciertamente, el criterio interpretativo establecido en el asunto *Kofoed* y relativo a la necesidad de que exista un acuerdo previo entre la sociedad dominante y los socios de la sociedad dominada en virtud del cual la primera se compromete a llevar a cabo un reparto de dividendos con posterioridad a la operación resulta particularmente flexible si tenemos en cuenta que en el caso concreto: 1) el dinero empleado para el reparto de dividendos por parte de la sociedad dominante procedía de un reparto de dividendos previo efectuado por la sociedad dominada; y 2) el poder de decisión acerca de la realización de la operación de canje de valores, del reparto de dividendos de la sociedad dominada, así como del reparto de dividendos llevado a cabo por la sociedad dominante, recaía sobre los mismos socios.

En cuarto lugar, y partiendo del tenor literal del artículo 2, apartado e) de la Directiva 2009/133/CE, parece que la operación de canje de valores está limitada a la participación de dos sociedades, una dominante y otra dominada¹⁷⁰⁸. De este modo, quedarían excluidas *a priori* del ámbito de aplicación de la Directiva aquellas operaciones en virtud de las cuales una sociedad obtiene la mayoría de los derechos de voto o refuerza su participación mayoritaria en dos sociedades diferentes, debiendo analizarse ambas operaciones por separado al objeto de verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos por la norma europea para la aplicación del régimen de neutralidad fiscal. Sin embargo, lo cierto es que la jurisprudencia del TJUE ha otorgado el calificativo de “canje de valores” a operaciones caracterizadas por la presencia de varias sociedades dominadas, de forma tal que, a pesar del tenor literal del artículo 2, apartado e) de la Directiva, no parece haber inconveniente en dar cobertura bajo el citado precepto a operaciones de canje de valores con pluralidad de sociedades dominadas¹⁷⁰⁹. A nuestro juicio, esta interpretación de la norma resultaría adecuada en la medida en que esta modalidad de creación de sociedades *holding* “por arriba” se da con frecuencia en el ámbito de grupos de empresas familiares, cuando los socios de las mismas quieren concentrar el capital e interponer una sociedad *holding* entre ellos y las empresas que controlan, llevando, a tal efecto, una operación de canje de valores en virtud de la cual aportan sus títulos en el capital de dichas sociedades a una sociedad *holding* por ellos constituida, la cual pasará a ostentar el control de las sociedades que antes controlaban directamente los propios socios¹⁷¹⁰.

En quinto y último lugar, cabría destacar como, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, no será necesario que la sociedad dominante explote por sí misma una empresa (pudiendo ser una sociedad de nueva creación), ni que exista una integración duradera, desde el punto de vista económico y financiero, de la actividad empresarial de dos sociedades en una misma entidad para que una operación pueda ser calificada como canje de valores en el sentido del artículo 2, apartado d) de la Directiva 2009/133/CE, sin perjuicio de que estos elementos (ausencia de actividad empresarial propia y falta de integración duradera de las actividades de las sociedades participantes en la operación) puedan ser tenidos en cuenta en el marco de un análisis global del caso concreto por parte de las autoridades nacionales para determinar si la operación se realiza por motivos económicos válidos¹⁷¹¹.

¹⁷⁰⁸ A este respecto conviene tener presente que el citado precepto hace referencia a la adquisición por parte de “una sociedad” de una participación en el capital de “otra sociedad”, frente a las definiciones de otras operaciones de reorganización empresarial que se refieren explícitamente a la participación “una o varias sociedades” o “dos o más sociedades” en el papel de beneficiarias (escisión total y escisión parcial) o transmitentes (fusión).

¹⁷⁰⁹ En este sentido, *vid.* STJUE de 17 de Julio de 1997, asunto C-28/95, *Leur Bloem*, ap.48, donde se incluso se llega a afirmar que “el hecho de que una misma persona física, que era socia única y directora de las sociedades dominadas, pase a ser socia única y directora de la sociedad dominante, no impide calificar la operación de fusión por canje de acciones”.

¹⁷¹⁰ Sobre esta cuestión, *vid.* NAVATTE, P., *op.cit.*, p.15.

¹⁷¹¹ En este sentido, *vid.* STJUE de 17 de Julio de 1997, asunto C-28/95, *Leur Bloem*, aps. 42 y 48.

4.5.2. Especial referencia a la cuestión relativa a la residencia de los socios de la sociedad dominada

Si partimos del tenor literal del artículo 2, apartado e) de la Directiva 2009/133/CE, puede observarse que, como es lógico, la norma europea se centra en perfilar los rasgos y caracteres definidores de naturaleza objetiva que dan forma al concepto de canje de valores. En este sentido, no puede perderse de vista que la propia Directiva, por una parte, se refiere específicamente en su artículo 3 a los requisitos que deben satisfacer las sociedades participantes en las operaciones de reorganización empresarial cubiertas por su ámbito de aplicación objetivo para que éstas puedan acceder al régimen de neutralidad fiscal y, por otra parte, no establece ninguna condición relativa a la naturaleza, residencia fiscal o sujeción a una determinada figura impositiva de los socios de dichas sociedades. En este sentido, el propio TJUE ha tenido ocasión de afirmar que “la Directiva sobre fusiones se aplica siempre que el canje de títulos, en el sentido del artículo 2 de dicha Directiva, tenga lugar entre dos o más sociedades de Estados miembros que cumplan los requisitos que figuran en el artículo 3 de la Directiva sobre fusiones”¹⁷¹².

De este modo, y en la medida en que, a diferencia de las fusiones, escisiones (totales o parciales), y aportaciones de activos, la transmisión patrimonial que se produce en el marco del canje de valores es efectuada por los socios de la sociedad dominada (y no por la propia sociedad), podría plantearse la cuestión acerca de si el hecho de que una parte de las participaciones adquiridas por la sociedad dominante en el marco de una operación de canje de valores (ya fuera para obtener la mayoría de los derechos de voto de la sociedad dominada o, si ya dispusiera de la misma, para incrementar su participación en el capital de dicha sociedad) proceda de socios de la sociedad dominada no residentes a efectos fiscales en el territorio de la UE determinaría la no aplicación de las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE.

A este respecto, cabría señalar que, a los efectos de dar cobertura explícita a estas operaciones, la Propuesta de modificación de la Directiva 90/434/CEE presentada por la Comisión en el año 2003 ya contemplaba la adición de un nuevo apartado a su artículo 8 donde se establecía que “el hecho de que una sociedad adquiera una participación en la sociedad dominada, a socios con residencia fiscal en un Estado no perteneciente a la Comunidad, no será obstáculo para que se le concedan las ventajas fiscales previstas en el presente artículo”¹⁷¹³. Sin embargo, la oposición mostrada por

¹⁷¹² Vid. STJUE de 22 de marzo de 2018, asuntos acumulados C-327/16 (*Marc Jacob v. Ministre des Finances et des Comptes publics*) y C-421/16 (*Marc Lassus v. Ministre des Finances et des Comptes publics*), ap.40, matizando a continuación el Tribunal que, a estos efectos, resulta irrelevante que los socios de la sociedad dominada residan a efectos fiscales en un Estado miembro que no sea el de las sociedades afectadas por la operación de canje de valores (ap.41).

¹⁷¹³ Vid. artículo 1, apartado 6, subapartado 8 de la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 90/434/CEE, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, de 17 de octubre de 2003, COM (2003) 613 final.

algunos Estados miembros, que entendían que la modificación del artículo 8 de la Directiva en el sentido señalado podía plantear problemas en relación con la garantía de sus derechos de gravamen sobre los socios residentes en terceros Estados¹⁷¹⁴, determinó finalmente que la reforma propuesta fuese eliminada del contenido de la Directiva 2005/19/CE¹⁷¹⁵ y sustituida por la introducción de una declaración en las Actas del Consejo con el siguiente tenor literal: “El Consejo y la Comisión convienen en que el artículo 8 de la Directiva 90/434/CEE no excluye a los socios residentes en Estados miembros de los beneficios de la Directiva en aquellos casos en los que la participación mayoritaria se adquiere de residentes en la Comunidad y de residentes en terceros países”¹⁷¹⁶.

Ciertamente, la relevancia práctica de la incorporación de dicha declaración es muy limitada por cuanto, a la luz del principio de seguridad jurídica y de acuerdo con la jurisprudencia reiterada del TJUE, todas aquellas declaraciones recogidas en un Acta del Consejo con motivo de la adopción de una disposición de Derecho derivado que no se plasmen de algún modo en el texto de la disposición de que se trate, no presentan ningún alcance jurídico ni podrán ser tenidas en cuenta para su interpretación¹⁷¹⁷. Por el contrario, no conviene perder de vista que lo establecido en los diferentes preceptos de la Propuesta de Directiva de 1969 y su evolución hasta la redacción actual de la Directiva 2009/133/CE, sí que podría resultar de utilidad a efectos interpretativos en la medida en que el método de la “interpretación histórica” también ha sido empleado en alguna ocasión por parte del propio TJUE¹⁷¹⁸.

¹⁷¹⁴ A este respecto, podría traerse a colación la opinión de FERNÁNDEZ-VELILLA, J.A., *op.cit.*, p.56, al afirmar en su momento que “esta modificación, *a priori* inocua, (...) podría dar lugar a la aplicación del régimen de diferimiento a supuestos que actualmente quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 90/434 y de la LIS y, en algunos casos, a supuestos de desimposición en el ámbito de la Unión Europea”. De hecho, el propio Parlamento Europeo en su Informe sobre la Propuesta de Directiva de 2003, COM(2003) 613 final, A5-0121/2004, de 26 de febrero de 2004, se mostró partidario de añadir un inciso final al texto propuesto por la Comisión Europea, de forma tal que el nuevo apartado que se pretendía añadir al artículo 8 de la Directiva 90/434/CEE quedaría redactado del siguiente modo: “el hecho de que una sociedad adquiera una participación en la sociedad dominada, a socios con residencia fiscal en un Estado no perteneciente a la Comunidad, no será obstáculo para que se le concedan las ventajas fiscales previstas en el presente artículo, siempre que no se vulneren de forma significativa los derechos de imposición de los Estados miembros respecto a los socios de terceros países” (el subrayado es nuestro).

¹⁷¹⁵ En este sentido, *vid.* HOFSTÄTTER, M., HOHENWARTER-MAYR, D., *op.cit.*, p.174.

¹⁷¹⁶ *Vid.* COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Note from the General Secretariat to the Committee of Permanent Representatives*, 6000/05, 2003/0239 (CNS), FISC 15, 3 February 2005, Anexo, p.3.

¹⁷¹⁷ En este sentido, *vid.*, entre otras, las SSTJUE de 19 de diciembre de 2012, asunto C-149/11, *Leno Merken BV y Hagelkruis Beheer BV*, ap.46; de 19 de abril de 2007, asunto C-356/05, *Farrell*, ap.31; de 10 de enero de 2006, asunto C-402/03, *Skov y Bilka*, ap.42; de 6 de mayo de 2003, asunto C-104/01, *Libertel*, ap.25; de 8 de junio de 2000, asunto C-375/98, *Epson Europe BV*, ap.26; de 29 de mayo de 1997, asunto C-329/95, *VAG Sverige*, ap.23; de 13 de febrero de 1996, asuntos C-197/94 y C-252/94, *Bautiaa y Société française maritime*, ap.51; y de 26 de febrero de 1991, asunto C-292/89, *Antonissen*, ap.18.

¹⁷¹⁸ A título de ejemplo, podrían traerse a colación las SSTJUE de 27 de abril de 1999, asunto C-48/97, *Kuwait Petroleum (GB) Ltd v. Commissioners of Customs & Excise*; o de 28 de marzo de 1996, asunto C-468/93, *Gemeente Emmen v. Belastingdienst Grote Ondernemingen*.

En cualquier caso, es importante tener presente que, a nuestro juicio, la propuesta de modificación del artículo 8 de la Directiva Fiscal de Fusiones antes citada debe concebirse más como una clarificación de su contenido que como una alteración sustancial del mismo. Por ello, y con independencia de que su introducción pudiera resultar conveniente, lo cierto es que el propio tenor literal del artículo 8.1 de la Directiva 2009/133/CE en la medida en que no realiza distinción alguna en función de la residencia fiscal de los socios de la sociedad dominada resultaría suficiente para concluir no sólo que la adquisición por parte de la sociedad dominante de títulos de la sociedad dominada en manos de socios residentes fuera del territorio de la UE no puede impedir que el resto de socios residentes en un Estado miembro se beneficien de las disposiciones de la Directiva¹⁷¹⁹, sino también que el acceso al régimen de neutralidad fiscal debe garantizarse al conjunto de socios (residentes y no residentes en la UE) de la sociedad dominada participantes en la operación de canje de valores¹⁷²⁰. A este respecto, no conviene perder de vista que, en un entorno económico-financiero altamente globalizado en el que no es infrecuente que una parte del capital social de las sociedades de los diferentes Estados miembros se encuentre en manos de socios residentes en países terceros, la no extensión del régimen de neutralidad fiscal a este colectivo podría suponer un importante obstáculo a la realización de estas operaciones al desincentivar su participación en las mismas, impidiendo a la sociedad dominante obtener la mayoría de los derechos de voto en el capital de la sociedad dominada necesaria para que la operación pudiera beneficiarse de las disposiciones de la Directiva¹⁷²¹.

¹⁷¹⁹ En este sentido, *vid.* CALDERÓN CARRERO, J.M., “La regulación española...”, *op.cit.*, pp.20-21, que apunta con acierto como “si se excluyera del ámbito de aplicación o protección de la Directiva de Fusiones a las operaciones de canje en las que intervinieran junto a socios residentes en la UE otros socios residentes en terceros países, se estaría creando una importante restricción fiscal a la realización de tales operaciones de reorganización empresarial que discriminaría a tales empresas europeas (atendiendo únicamente al criterio de la composición de su accionariado: participadas por residentes de países terceros) y las situaría en peor situación competitiva que las empresas europeas que no se encuentran en tal circunstancia, lo cual parece contrario a la finalidad de la Directiva de Fusiones. La restricción podría resultar más grave e infundada cuando la sociedad comunitaria adquirente posee un vínculo económico estrecho con el territorio y economía de un Estado miembro de la UE, en la medida en que se obstaculizarían operaciones de reestructuración empresarial que afectan al establecimiento y buen funcionamiento del mercado común, que es precisamente lo que trata de fomentar y proteger la Directiva 90/434/CEE (...)”.

¹⁷²⁰ En este sentido, *vid.* VANDE VELDE, I., *op.cit.*, pp.97-98. A este respecto, nótese que, tratándose de socios no residentes en el territorio de la UE, el efecto de las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE quedará limitado al Estado miembro de residencia de la sociedad dominada que, en virtud de lo establecido en el CDI suscrito con el Estado de residencia de los socios de dicha sociedad, es titular de derechos de gravamen sobre las plusvalías puestas de manifiesto como resultado del intercambio de títulos en manos de los socios de la sociedad dominada que reside fiscalmente en su territorio.

¹⁷²¹ A favor de esta interpretación *vid.*, entre otros, SANZ GADEA, E., “Régimen fiscal de...”, *op.cit.*, p.142; BENECKE, A., SCHNITGER, A., *op.cit.*, p.172; TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., *European Tax Law, op.cit.*, p.672; o GRACIA ESPINAR, E., VIÑAS RUEDA, L., *op.cit.*, p.72-73, quienes afirman que si bien la Directiva Fiscal de Fusiones “no permite expresamente esa posibilidad, lo cierto es que en ningún momento la excluye y no puede hacerlo porque limitaría extraordinariamente la aplicación de sus disposiciones si se interpretase que sólo se aplican cuando el 100 por 100 (a falta de otro porcentaje) de sus socios sean residentes en la UE”. No obstante, también pueden encontrarse autores como FERNÁNDEZ-VELILLA, J.A., *op.cit.*, pp.56-57, que defienden la posición contraria. En esta misma línea, la propia DGT ha llegado a afirmar en su Consulta Vinculante de 31 de julio de 2008, V1617-08,

Asimismo, y más allá de la propia interpretación de la norma comunitaria, cabría apuntar que, en ausencia de cualquier tipo de exigencia o requisito por parte de la Directiva 2009/133/CE en relación con la residencia fiscal de los socios de las sociedades participantes en las operaciones de reorganización empresarial cubiertas por su ámbito de aplicación objetivo, la no aplicación por parte de los Estados miembros del régimen de neutralidad fiscal a los socios no residentes en un Estado miembro de la sociedad dominada podría plantear también problemas de compatibilidad con la libertad de establecimiento prevista en el TFUE y en el AEEE¹⁷²². Ahora bien, lo dicho anteriormente no significa que la Directiva 2009/133/CE pueda proyectar su eficacia más allá de las fronteras comunitarias de forma tal que, tratándose de socios no residentes en un Estado miembro, nada impide que sus respectivos Estados de residencia puedan someter a gravamen las plusvalías derivadas de la transmisión de sus participaciones en la sociedad dominada, sin perjuicio, claro está, de que dichas consecuencias tributarias negativas puedan ser mitigadas en aplicación de las disposiciones de un CDI entre los Estados involucrados en la operación.

Por último, en relación con esta cuestión, podría traerse a colación el caso de España por cuanto el artículo 101.1 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, sobre el Impuesto de Sociedades, ya establecía desde la modificación operada por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, la posibilidad de aplicar el régimen de neutralidad fiscal a las operaciones de canje de

que el hecho de que finalmente no se aprobase la modificación del artículo 8 contenida en la Propuesta de Directiva de 2003 y en virtud de la cual se extendía explícitamente el ámbito de aplicación de la Directiva Fiscal de Fusiones a aquellas operaciones de canje de valores en las que una parte de los títulos adquiridos por la sociedad dominante estaban en manos de socios con residencia fiscal en un Estado no miembro de la UE, constituía “una manifestación de la voluntad de exclusión de esta operación del ámbito de aplicación del régimen fiscal protegido”.

¹⁷²² A este respecto, y por lo que respecta al EEE, podría traerse a colación la STJUE de 11 de junio de 2009, asunto C-521/07, *Comisión de las Comunidades Europeas v. Países Bajos*, donde se declaró que Países Bajos había incumplido las obligaciones impuestas por el artículo 40 del AEEE, al no eximir los dividendos pagados por sociedades neerlandesas a sociedades establecidas en Islandia o en Noruega de la retención en origen del impuesto sobre los dividendos en las mismas condiciones que las aplicadas a los dividendos pagados a sociedades neerlandesas o a las establecidas en otros Estados miembros de la Comunidad Europea. Asimismo, y salvando todas las distancias, también cabría referirse a la STJUE de 14 de octubre de 2004, asunto C-299/02, *Comisión de las Comunidades Europeas v. Países Bajos*, en virtud de la cual el Tribunal declaró la incompatibilidad de la normativa neerlandesa que regulaba la matriculación y la gestión de buques marítimos con los actuales artículos 49 y 54 del TFUE debido al establecimiento de una serie de requisitos para poder matricular los buques en dicho Estado miembro entre los que se encontraba que una parte mayoritaria de los accionistas de la sociedad propietaria del buque debían ser nacionales de la UE o del EEE. En caso de no concurrir dicho requisito, la única posibilidad para la sociedad propietaria del buque de efectuar dicha matriculación consistía en modificar en consecuencia la estructura de su capital social, lo cual podría implicar cambios profundos en la sociedad y el cumplimiento de numerosos trámites que no estaban exentos de consecuencias financieras. Por ello, el establecimiento de dicho requisito, junto con otros relativos a la nacionalidad de los administradores de las sociedades propietarias del buque, a la nacionalidad de las personas físicas encargadas de la gestión cotidiana del establecimiento desde el cual se ejercía en los Países Bajos la actividad de navegación marítima exigida para la matriculación de un buque en los registros neerlandeses, a la nacionalidad de los administradores de empresas armadoras de buques registrados en los Países Bajos, y al domicilio de los administradores de empresas armadoras de buques registrados en los Países Bajos, fue considerada como una restricción de la libertad de establecimiento no justificada ni proporcionada al fin perseguido.

valores en las que se verificase el cumplimiento de dos requisitos a saber: 1) que los socios que realizasen el canje residiesen en España, en algún otro Estado miembro de la UE, o incluso en un tercer Estado, siempre que, en este último caso, los valores recibidos fueran representativos del capital social de una entidad residente en España; y 2) que la entidad que adquiriese los valores, fuera residente en territorio español o estuviese comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 90/434/CEE. Tal y como puede observarse, el legislador español no denegaba la aplicación del régimen especial a las operaciones de canje de valores en las que la sociedad dominante adquiriría títulos de la sociedad dominada a socios no residentes en la UE, si bien en este tipo de supuestos imponía el requisito adicional relativo a que la sociedad dominante debía tener su residencia fiscal en España con el fin de conservar los derechos de gravamen sobre las plusvalías diferidas.

Ciertamente, la exigencia de este requisito por parte de la norma española resulta difícilmente compatible con la jurisprudencia del TJUE en los asuntos *Leur-Bloem*¹⁷²³, *Andersen og Jensen*¹⁷²⁴, *Kofoed*¹⁷²⁵, o *A.T.*¹⁷²⁶ en la medida en que limita el ámbito de aplicación del régimen de neutralidad fiscal a las operaciones de canje de valores a través de la introducción de una condición de naturaleza general y subjetiva no prevista en la Directiva 2009/133/CE, y cuya presencia, que afecta negativamente a todos los socios de la sociedad dominada (con independencia de que residan en España, en otro Estado miembro, o en un tercer Estado), no puede encontrar justificación en la lucha contra el fraude y la evasión fiscal a la luz de lo establecido en el artículo 15.1 de la Directiva 2009/133/CE, así como de su interpretación por parte del TJUE.

Asimismo, lo cierto es que nos encontramos ante un requisito que puede plantear problemas de compatibilidad con el Derecho Primario de la UE habida cuenta de que, por una parte, podría introducir una restricción a la libre circulación de capitales de los socios de la sociedad dominada residentes en España (e incluso, de forma indirecta, a los no residentes), en la medida en que la participación en el canje de valores de socios de la sociedad dominada residentes en países terceros (posibilidad a la que no se opone la Directiva 2009/133/CE) determinaría para los primeros el gravamen de las rentas puestas de manifiesto en la operación por el mero hecho de que la sociedad dominante europea no tuviese su residencia en territorio español; y, por otra parte, podría introducir una restricción a la libertad de establecimiento, no sólo de las sociedades cuya residencia fiscal estuviese situada en otros Estados miembros de la UE distintos de España (derivada del surgimiento en este tipo de supuestos de un obstáculo a su participación en operaciones transfronterizas de canje de valores en el papel de sociedad dominante como resultado del menor incentivo para los socios de la sociedad dominada residentes en España de transmitir sus títulos por quedar la operación fuera del amparo del régimen de neutralidad fiscal), sino también de los propios socios residentes en

¹⁷²³ STJUE de 17 de Julio de 1997, asunto C-28/95, *Leur Bloem v. Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*.

¹⁷²⁴ STJUE de 15 de enero de 2002, asunto C-43/00, *Andersen og Jensen Aps v. Skatteministeriet*.

¹⁷²⁵ STJUE de 5 de julio de 2007, asunto C-321/05, *Hans Markus Kofoed v. Skatteministeriet*.

¹⁷²⁶ STJUE de 11 de diciembre de 2008, asunto C-285/07, *A.T. v. Finanzamt Stuttgart-Körperschaften*.

España de la sociedad dominada, siempre que la participación recibida en contrapartida de la sociedad dominante europea no residente les permitiera obtener una capacidad de influencia real en sus decisiones¹⁷²⁷.

De hecho, en el año 2008, la Comisión Europea inició un procedimiento de infracción contra España (nº 2008/4083) al entender que la introducción del citado requisito en el ámbito de los canjes de valores presentaba problemas de compatibilidad con la Directiva 2009/133/CE, así como con los artículos 49 y 61 del TFUE (y los artículos correspondientes del AEEE)¹⁷²⁸. Sin embargo, con fecha de 27 de enero de 2011, y ante las alegaciones presentadas por España, se procedió al cierre del caso sin que se produjera reforma normativa alguna de forma tal que los citados requisitos se han mantenido hasta la redacción actual del artículo 80.1, apartado a) de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades. Ahora bien, en relación con esta cuestión, no han faltado voces entre la doctrina que apuntan la necesidad de una reforma del citado precepto o, en su caso, de una interpretación del mismo que entienda como cumplido el requisito establecido en el artículo 80.1, apartado a) de la LIS en aquellos supuestos en los que la entidad dominante tenga su residencia fiscal localizada en un Estado miembro de la UE y, evidentemente, cumpla los requisitos establecidos en el artículo 3 de la Directiva 2009/133/CE¹⁷²⁹.

4.6. Traslado transfronterizo del domicilio social de una Sociedad Europea o de una Sociedad Cooperativa Europea

4.6.1. Elementos definidores

Tal y como hemos apuntado en anteriores epígrafes de este trabajo, la incorporación del traslado transfronterizo del domicilio social de una SE o una SCE al ámbito de aplicación objetivo de la Directiva Fiscal de Fusiones se produjo a través de

¹⁷²⁷ Sobre esta cuestión, *vid.* GRACIA ESPINAR, E., VIÑAS RUEDA, L., *op.cit.*, pp.72-73; y CALDERÓN CARRERO, J.M., “La regulación española...”, *op.cit.*, pp.24-41, quien ha apuntado que, aun cuando se admitiese que las citadas restricciones a las libertades fundamentales previstas en el Tratado encontrasen justificación en razones imperiosas de interés general como, por ejemplo, la necesidad de garantizar la eficacia de los controles fiscales o de la supervisión fiscal, la norma española difícilmente superaría el test de proporcionalidad establecido por el TJUE ya que, por una parte, la norma española pivota sobre una presunción absoluta de fraude o evasión fiscal vinculada al mero hecho de que la sociedad dominante no resida en territorio español y, por otra parte, parece que el fin legítimo que pudiera perseguir podría alcanzarse con medidas menos restrictivas (p.34).

¹⁷²⁸ *Vid.* EUROPEAN COMMISSION, *Direct taxation: The European Commission requests Spain to change its tax provisions related to the exchange of shares*, Press release, IP/09/1019, 25 June 2009.

¹⁷²⁹ Así lo entiende, CALDERÓN CARRERO, J.M., “La regulación española...”, *op.cit.*, p.44. En una línea similar, aunque apelando al contenido de la declaración introducida en las Actas del Consejo antes citada para defender la aplicación del régimen de neutralidad fiscal “aunque la mayoría de los derechos de voto se adquirieran de socios residentes en terceros Estados, sin ningún requisito adicional”, *vid.* PALAO TABOADA, C., “La modificación de la Directiva de Fusiones”, *Revista de contabilidad y tributación*, nº268, 2005, p.29.

la modificación operada en su contenido por parte de la Directiva 2005/19/CE. Ciertamente, y aun cuando no nos encontramos ante una operación de reorganización empresarial propiamente dicha¹⁷³⁰, pues no implica cambio alguno en la estructura accionarial o patrimonial de la sociedad que la realiza, sino que sus efectos se “limitan” esencialmente a la modificación de la escritura social o estatutos de la SE o SCE en cuestión, así como del régimen jurídico aplicable a las mismas en aquellos ámbitos no regulados por el Reglamento (CE) n° 2157/2001 o por el Reglamento (CE) n° 1435/2003 respectivamente¹⁷³¹, lo cierto es que su cobertura bajo el régimen de la Directiva 2009/133/CE responde a la necesidad de eliminar los obstáculos, restricciones o distorsiones de naturaleza fiscal derivados de la aplicación de las legislaciones domésticas de los Estados miembros y que afectan negativamente a la realización de estas operaciones¹⁷³², tales como la posibilidad de que el traslado del domicilio social de la SE y de la SCE de un Estado miembro a otro pueda dar lugar a alguna forma de imposición en el Estado miembro de origen (se produzca o no un cambio en la residencia fiscal de la sociedad).

Asimismo, no conviene perder de vista que estas operaciones (que constituyen una modalidad de ejercicio de la libertad de establecimiento prevista en el artículo 49 del TFUE), disponen ya de un marco jurídico-procedimental armonizado que garantiza el mantenimiento de la personalidad jurídica de la SE y de la SCE, así como un adecuado nivel de protección de los derechos e intereses de los principales colectivos afectados por las mismas (accionistas minoritarios, acreedores y trabajadores).

De este modo, el artículo 2, apartado k), de la Directiva 2009/133/CE, establece que deberá entenderse por traslado transfronterizo del domicilio social de una SE o SCE “la operación en virtud de la cual una SE o una SCE traslada su domicilio social de un Estado miembro a otro, sin que ello dé lugar a la disolución de la sociedad ni a la creación de una nueva persona jurídica”. A la vista de esta definición, la primera cuestión que cabría señalar pivota sobre el hecho de que la definición de la operación en cuestión se refiere únicamente al traslado del domicilio social (*registered office, siège statutaire, sede sociale*) de una SE o de una SCE, y no al traslado de su sede real o administración central (*head office, administration centrale, amministrazione centrale*), pues aun cuando esta última operación también podría determinar por sí misma el surgimiento del fenómeno impositivo en el Estado miembro de origen (vinculado a una posible pérdida de la residencia fiscal de la SE o SCE en dicho Estado), no puede perderse de vista que, por una parte, es precisamente el traslado transfronterizo del domicilio social de estas formas societarias la operación contemplada explícitamente

¹⁷³⁰ En este sentido, aunque en relación con la operación de traslado transfronterizo del domicilio social contemplada en términos generales, *vid.* ESTEBAN DE LA ROSA, F., *op.cit.*, p.78.

¹⁷³¹ Cuestión distinta sería si se tratase de un traslado del domicilio social de una sociedad nacional de un determinado Estado miembro llevada a cabo a través de una operación de transformación transfronteriza, ya que la conversión en un tipo societario propio del Estado miembro de destino supondría cambios en la estructura jurídica de la sociedad en cuestión y, evidentemente, en el régimen jurídico aplicable a la misma (sobre esta cuestión, *vid.* GONZÁLEZ BLÁZQUEZ, E., *op.cit.*, p.125; y VANISTENDAEL, F., “Taxation of corporate...”, *op.cit.*, p.900).

¹⁷³² *Vid.* Considerando n°6 de la Directiva 2005/19/CE.

por el Reglamento (CE) n° 2157/2001 y por el Reglamento (CE) n° 1435/2003 y, por otra parte, en ambos textos comunitarios se establece la obligatoriedad de que el domicilio social y la sede de administración central de la SE o la SCE se encuentren situadas en el mismo Estado miembro¹⁷³³. Por tanto, y en la medida en que el traslado del domicilio social de una SE o SCE de un Estado miembro a otro determinará necesariamente el traslado de su sede de administración central al mismo Estado miembro, la opción adoptada por la Directiva 2009/133/CE al referirse exclusivamente al traslado transfronterizo del domicilio social de estas entidades resulta no sólo razonable sino coherente con el planteamiento adoptado por los Reglamentos (CE) n° 2157/2001 y 1435/2003.

En segundo lugar, aunque en clara relación con lo anterior, es importante tener presente que la definición contenida en el artículo 2, apartado k), de la Directiva 2009/133/CE no realiza distinción alguna en función de si el traslado transfronterizo del domicilio social de la SE o de la SCE determina o no la pérdida de la residencia fiscal de dichas formas societarias en el Estado miembro de origen. De hecho, si ponemos en relación lo establecido en el citado precepto con el tenor literal del artículo 12.1 de la Directiva, queda patente la irrelevancia de esta circunstancia a la hora de dar cobertura bajo el régimen de neutralidad fiscal a estas operaciones.

En tercer lugar, otra cuestión que cabría resaltar de la definición de esta operación por parte de la Directiva 2009/133/CE y a la que ya nos hemos referido, reside en la no modificación de la estructura patrimonial y accionarial de la SE o SCE en cuestión pues, a diferencia de lo que sucede en otras operaciones de reorganización empresarial, en el marco de un traslado transfronterizo del domicilio social no se produce ninguna transmisión de elementos de activo y pasivo ni, por ende, existe un intercambio de títulos en manos de sus socios.

En cuarto y último lugar, podría señalarse cómo la definición del traslado transfronterizo del domicilio social de la SE o de la SCE contenida en la Directiva 2009/133/CE hace hincapié en la idea del mantenimiento o continuidad de la personalidad jurídica de la sociedad en cuestión en el marco de estas operaciones, al establecer de forma explícita que su realización no dará lugar a la disolución de la SE o SCE en su Estado miembro de origen y a su posterior re-constitución en el Estado miembro de destino. Ciertamente, en este punto, la Directiva no viene sino a reiterar uno de los principios básicos que inspiran el marco jurídico en el que se inscribe la realización de estas operaciones y que aparece recogido en el artículo 8.1 del Reglamento (CE) n° 2157/2001 (en relación con la Sociedad Europea) y en el artículo 7.1 del Reglamento (CE) n° 1435/2003 (en relación con la Sociedad Cooperativa Europea).

¹⁷³³ Vid. artículo 7 del Reglamento (CE) n° 2157/2001 y artículo 6 del Reglamento (CE) n° 1435/2003.

4.6.2. La exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE de las operaciones de traslado transfronterizo del domicilio social de las formas societarias nacionales de los Estados miembros

Una cuestión que no debe pasar desapercibida, gira en torno a la limitación del acceso a los beneficios de la Directiva Fiscal de Fusiones a aquellas operaciones de traslado transfronterizo del domicilio social llevadas a cabo por Sociedades Europeas o por Sociedades Cooperativas Europeas, lo cual, a juicio de algunos autores, resulta discriminatorio¹⁷³⁴. Ya desde poco después de la aprobación de la Directiva 90/434/CEE se criticaba la falta de medidas que garantizaran la neutralidad fiscal de las operaciones de traslado transfronterizo de la sede social de las formas societarias nacionales propias de los diferentes Estados miembros¹⁷³⁵, aun cuando lo cierto es que, en aquel momento, la ausencia de una norma de referencia en el plano del Derecho societario europeo unida a la falta de desarrollo de la jurisprudencia del TJUE en materia de libertad de establecimiento determinaba que la realización de estas operaciones se viese dificultada por importantes obstáculos de naturaleza jurídica y conllevase, en muchas ocasiones, la disolución y liquidación de la sociedad en su Estado miembro de origen¹⁷³⁶.

Ciertamente nos encontramos ante una reivindicación que se ha ido manteniendo a lo largo del tiempo, tal y como muestra el dictamen del Comité Económico y Social Europeo acerca de la Propuesta de modificación de la Directiva 90/434/CEE presentada por la Comisión en el año 2003 donde se afirmaba que la extensión prevista de su ámbito de aplicación no resultaba satisfactoria en la medida en que el régimen de diferimiento de la imposición en el ámbito del traslado transfronterizo del domicilio social quedaba limitado a las formas societarias europeas¹⁷³⁷, a pesar de la evolución (y flexibilización) que ya se venía observando en la jurisprudencia del TJUE en materia de libertad de establecimiento al consagrar la autonomía de la voluntad de los socios fundadores por lo que respecta a la elección del Derecho societario aplicable a las sociedades cubiertas por el ámbito de aplicación del artículo 54 del TFUE, con

¹⁷³⁴ En este sentido, *vid.* TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., *European Tax Law, op.cit.*, p.670; o BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, p.124. En una línea similar, *vid.* SOLER ROCH, M.T., *op.cit.*, p.7.

¹⁷³⁵ En este sentido, *vid.* FÉDÉRATION DES EXPERTS COMPTABLES EUROPÉENS, *op.cit.*, p.3.

¹⁷³⁶ De hecho, la idea relativa a la necesidad de que las operaciones de traslado transfronterizo del domicilio social llevadas a cabo por sociedades nacionales resultasen fiscalmente neutras, tanto para la sociedad como para sus socios, se encuentra presente ya en los primeros trabajos de la Comisión Europea orientados a promover iniciativas legislativas en el plano del Derecho societario europeo que posibilitasen estas operaciones (*vid.* EUROPEAN COMMISSION, *Study on the transfer of the head office of a company from one member state to another*, Brussels, 1993, p.21). En esta misma, *vid.* EUROPEAN COMMISSION, *Report of the reflection group on the future of EU company law*, Brussels, 5 April 2011, p.25.

¹⁷³⁷ *Vid.* Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 90/434/CEE, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, COM (2003) 613 final”, CESE 312/2004, de 25 de febrero de 2004, epígrafe 5.3.

independencia de dónde se localizase su sede real o dónde desarrollasen sus actividades económicas (sentencias *Centros*, *Überseering* e *Inspire Art*).

Sin embargo, a nuestro juicio, la importancia de esta cuestión se ha visto reforzada a la luz de la doctrina del TJUE en los asuntos *Cartesio*, *VALE Építési* y *Polbud* que, sobre la base de la interpretación del derecho de establecimiento previsto en los artículos 49 y 54 del TFUE, abrió definitivamente la puerta al traslado transfronterizo de la sede social por parte de sociedades nacionales de los diferentes Estados miembros (con mantenimiento de su personalidad jurídica y cambio de la *lex societatis*) a través de su conversión en una forma jurídica del Estado miembro de destino (*cross-border conversion*) y, muy especialmente, por la aprobación en el plano del Derecho societario europeo de la Directiva 2019/2121/UE en virtud de la cual se configura un régimen jurídico armonizado aplicable a las operaciones de transformación transfronteriza como mecanismo para que las sociedades de capital de los diferentes Estados miembros puedan trasladar su sede social en adecuadas condiciones seguridad jurídica y protección de los derechos de los principales colectivos afectados por la operación¹⁷³⁸.

A este respecto, no conviene perder de vista como los potenciales beneficios derivados de la aprobación de una norma europea destinada a aportar un marco jurídico adecuado para la realización de estas operaciones podrían quedar enormemente diluidos sino se garantiza la neutralidad fiscal de las mismas, especialmente en el ámbito de la imposición sobre la renta societaria, pero también en relación con otros tributos (p.ej. tasas de registro (*registration duties*) establecidas por el Estado miembro de destino, o impuestos sobre transmisiones patrimoniales (*transfer taxes*) exigidos por el Estado miembro de origen). Si nos centramos en el primero de los ámbitos señalados, es importante recordar que, con carácter general y en la medida en que el traslado del domicilio social determine el cese de la residencia fiscal de la sociedad en su Estado miembro de origen de acuerdo con los criterios de conexión establecidos por su normativa tributaria, dicho Estado podría proceder al gravamen de las plusvalías latentes así como de las deducciones vinculadas a la constitución de reservas constituidas con exención del impuesto a través de los denominados “impuestos de salida”¹⁷³⁹ o “impuestos a la emigración”¹⁷⁴⁰, aun cuando la realización de dichas

¹⁷³⁸ Vid. artículos 86 *bis* y siguientes de la Directiva 2017/1132/UE.

¹⁷³⁹ Vid. O’SHEA, T., “ECJ Says Hungarian...”, *op.cit.*, p.1218; VILÁGI, R., “Exit taxes on various types of corporate reorganizations in light of EU Law”, *European Taxation*, vol.52, nº7, 2012, pp.346-347; o MARTÍN JIMÉNEZ, A., CALDERÓN CARRERO, J.M., “Los impuestos de salida y el Derecho Comunitario europeo a la luz de la legislación española”, *Crónica Tributaria*, nº125, 2007, p.49.

¹⁷⁴⁰ Vid. CEJIE, K., “Emigration taxes-several questions, few answers: from Lasteurie to National Grid Indus and beyond”, *Intertax*, vol.40, nº6/7, 2012, p.384; o RIBES RIBES, A., “La problemática de los exit taxes en la Unión Europea”, en ADAME MARTÍNEZ, F., RAMOS PRIETO, J., (coords.), *Estudios sobre el sistema tributario actual y la situación financiera del sector público: Homenaje al Profesor Dr. D. Javier Lasarte Álvarez*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2014, pp.903-905, quien matiza que los “impuestos de salida” propiamente dichos, es decir, aquéllos que se aplican sobre las plusvalías latentes existentes en sede de la sociedad que abandona la residencia del Estado miembro en cuestión, tan sólo constituyen *stricto sensu* una modalidad de “impuestos a la emigración”, pudiendo diferenciarse de otras figuras impositivas que pretenden gravar la renta futura y que se aplican con posterioridad al cambio de

operaciones no supusiese *stricto sensu* una transmisión de elementos patrimoniales y, por tanto, la realización de posibles plusvalías latentes¹⁷⁴¹.

De hecho, con anterioridad a la aprobación de la Directiva 2016/1164/UE, algunos estudios habían llamado la atención acerca de la incertidumbre existente en relación con determinadas cuestiones de naturaleza fiscal vinculadas al traslado transfronterizo de la sede de las sociedades nacionales de los diferentes Estados miembros, a saber: 1) el carácter heterogéneo de los sistemas de diferimiento diseñados por los Estados miembros y, en particular, la definición de los supuestos que determinaban el fin del diferimiento de la tributación concedida por el Estado miembro de origen; 2) el tratamiento fiscal de las posibles plusvalías surgidas en manos de la sociedad que traslada su sede o en manos de sus socios una vez que éstas son realizadas de forma efectiva debido a la transmisión a un tercero de los elementos de activo y pasivo de la sociedad o de los títulos de la misma en manos de sus socios (por ejemplo, podría plantear dudas la aplicación por parte de los Estados miembros de sus respectivos regímenes de *participation exemption* y, en particular, si el periodo de tenencia de los títulos se computa desde la fecha de adquisición de los mismos o desde la fecha de realización del traslado transfronterizo de la sede de la sociedad en cuestión); o 3) la valoración de los activos transmitidos, habida cuenta de que la normativa interna de los Estados miembros de origen y de destino podría requerir la aplicación de diferentes métodos de valoración¹⁷⁴².

A este respecto, no puede negarse que la evolución de la jurisprudencia del TJUE sobre la base de la libertad de establecimiento, plasmada en asuntos como *National Grid Indus*, *DMC*, o *Verder LabTec*, ha contribuido a que las formas societarias nacionales, en el marco de operaciones de traslado transfronterizo de su sede con cambio de residencia fiscal, puedan beneficiarse de normas de diferimiento impositivo incluso más ventajosas que las contempladas en la Directiva Fiscal de Fusiones (p.ej. con respecto a la exigencia de vinculación de los activos y pasivos de la sociedad a un establecimiento permanente situado en el Estado miembro de origen)¹⁷⁴³,

residencia fiscal de la sociedad en cuestión (*trailing taxes*), o bien pretenden recuperar determinadas deducciones o beneficios fiscales aplicadas por el contribuyente en relación con un supuesto de diferimiento (*recapture or clawback of tax deductions*).

¹⁷⁴¹ En este sentido, *vid.* BURWITZ, G., *op.cit.*, pp.593-594.

¹⁷⁴² Sobre esta cuestión, *vid.* CATHIARD, C., *op.cit.*, pp.53-54.

¹⁷⁴³ Así lo entienden, entre otros, TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., *European Tax Law*, *op.cit.*, p.670; CAPITTA, F., LETIZIA, G., “National Grid Indus Case: Consequences under an Italian Perspective”, *EC Tax Review*, vol.21, nº5, 2012, p.282; o SIGURVALDADOTTIR, V., “The Applicability of Direct Tax EU Directives within EEA States: the Position of the UK on Withdrawal from the EU”, *British Tax Review*, nº5, 2014, pp.554-555. Sin embargo, lo cierto es que el signo de la problemática fiscal que afectaba al traslado del domicilio social vía impuestos de salida ya había comenzado a cambiar tras la publicación de las SSTJUE de 11 de marzo de 2004, asunto C-09/02, *De Lasteyrie du Saillant v. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*; y de 7 de marzo de 2006, asunto C-470/04, *N v. Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo* (un buen análisis de las mismas puede encontrarse en RIBES RIBES, A., “La problemática de...”, *op.cit.*, pp.906-912). De hecho, ambas resoluciones, que se proyectaban sobre personas físicas, sirvieron de base a la Comisión Europea para ir requiriendo de forma progresiva a Estados miembros como Suecia (*vid.* EUROPEAN COMMISSION, *Direct taxation: Commission requests Sweden to change restrictive exit tax provisions for companies*, Press release,

estableciendo una serie de límites a las facultades de los Estados miembros en materia de impuestos de salida¹⁷⁴⁴ entre los que cabría destacar la imposibilidad de que el pago de dichos impuestos pueda exigirse de forma inmediata¹⁷⁴⁵, debiendo los Estados miembros ofrecer al contribuyente la posibilidad de diferir su pago (caso en el que se podrán exigir los correspondientes intereses de acuerdo con la normativa nacional aplicable, así como imponer al contribuyente la carga administrativa vinculada al seguimiento de los activos transferidos respecto de los cuales se hubiera apreciado la existencia de una plusvalía latente)¹⁷⁴⁶, o la necesidad de que, en los supuestos en los que el contribuyente optase por el aplazamiento del pago, la constitución de garantía bancaria se imponga en función del riesgo real de que finalmente no se recaude el impuesto¹⁷⁴⁷.

IP/08/1362, 18 September 2008), España, Portugal (vid. EUROPEAN COMMISSION, *Direct taxation: The European Commission requests Portugal and Spain to change restrictive exit tax provisions for companies*, Press release, IP/08/1813, 27 November 2008), Bélgica, Dinamarca, Países Bajos (vid. EUROPEAN COMMISSION, *Direct taxation: The European Commission requests Belgium, Denmark and The Netherlands to change restrictive exit tax provisions for companies and closes a similar case against Sweden*, Press release, IP/10/299, 18 March 2010), o Irlanda (vid. EUROPEAN COMMISSION, *Direct taxation: The European Commission requests Ireland to amend restrictive exit tax provisions for companies*, Press release, IP/11/78, 27 January 2011), que mantenían en sus legislaciones fiscales domésticas la exigencia inmediata de impuestos de salida en el momento en que las sociedades dejaban de ser residentes en su territorio debido a un traslado de su sede social o real o bien transmitían sus activos localizados en su territorio a otros Estados miembros (a diferencia de lo que sucedía cuando se trataba de supuestos puramente internos), para que procediesen a adaptar sus respectivos ordenamientos a la nueva interpretación del artículo 49 del TFUE efectuada por el TJUE.

¹⁷⁴⁴ Sobre esta cuestión, vid. CALDERÓN CARRERO, J.M., “Las discriminaciones fiscales generadas por el Estado de residencia del contribuyente y el Derecho de la UE: el problema de la importación de pérdidas extranjeras y de los impuestos de salida”, en MARTÍN JIMÉNEZ, A., CARRASCO GONZÁLEZ, F. (dirs.), *Impuestos directos y libertades fundamentales del tratado de funcionamiento de la Unión Europea. Cuestiones fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp.149-154).

¹⁷⁴⁵ No obstante, algunos autores como WATTEL, P.J., “Exit Taxation in the EU/EEA Before and After National Grid Indus”, *Tax Notes International*, vol.65, nº5, 2012, p.371, entendían que, a la luz de la jurisprudencia del TJUE en el asunto *National Grid Indus*, esta afirmación solo podía sostenerse en relación con los Estados miembros que optaban por el modelo de la incorporación para la determinación de la *lex societatis* ya que, en la medida en que el traslado de la sede real de un sociedad establecida en un Estado miembro partidario del modelo de la sede real determinaba, con carácter general, su disolución y liquidación, el Estado miembro de origen quedaba habilitado para exigir todos los impuestos derivados de la finalización de su personalidad jurídica (gravamen de las plusvalías no realizadas).

¹⁷⁴⁶ Vid. STJUE de 29 de noviembre de 2011, asunto C-371/10, *National Grid Indus BV v. Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam*, ap.86. A este respecto, nótese como si bien en la citada sentencia se hace referencia al aplazamiento del cobro del impuesto hasta el momento de realización efectiva de las plusvalías (aps.65-68), lo cierto es que el TJUE también admitió, por resultar una medida proporcionada al objetivo de preservar el reparto de la potestad impositiva entre los Estados miembros, la posibilidad de ofrecer al contribuyente la elección entre el pago inmediato del impuesto sobre las plusvalías latentes o su recaudación escalonada en cinco anualidades (vid. STJUE de 23 de enero de 2014, asunto C-164/12, *DMC Beteiligungsgesellschaft mbH v. Finanzamt Hamburg-Mitte*, ap.64) o la de imponer directamente el fraccionamiento del pago del impuesto a lo largo de diez anualidades (vid. STJUE de 21 de mayo de 2015, asunto C-657/13, *Verder LabTec GmbH & Co. KG v. Finanzamt Hilden*, ap.52).

¹⁷⁴⁷ Vid. STJUE de 23 de enero de 2014, asunto C-164/12, *DMC Beteiligungsgesellschaft mbH v. Finanzamt Hamburg-Mitte*, ap.69. No obstante, a este respecto, se planteaba la duda de si los Estados miembros podían exigir esta garantía siempre que existiese un riesgo real de impago o si, por el contrario, su exigencia quedaba supeditada de forma adicional a que dicha posibilidad también estuviese prevista por el ordenamiento doméstico del Estado miembro en cuestión para supuestos de naturaleza

De hecho, algunos autores ya apuntaron en su momento que la implementación a nivel doméstico de los principios derivados de la jurisprudencia del TJUE en el asunto *National Grid Indus*¹⁷⁴⁸ en materia de impuestos de salida podría traducirse en una pérdida de importancia del papel que hasta la fecha venía jugando la Directiva 2009/133/CE¹⁷⁴⁹. Asimismo, tampoco han faltado voces entre la doctrina científica que, dando un paso más, han planteado la posible incompatibilidad del requisito previsto en el artículo 4.2, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE con el Derecho primario de la UE a la luz de la jurisprudencia del TJUE en materia de libertad de establecimiento¹⁷⁵⁰.

Ciertamente, las legislaciones fiscales de algunos Estados miembros como España ya establecen que, aun cuando la regla general en supuestos de traslado de la residencia fiscal al extranjero por parte de sociedades residentes en territorio nacional consiste en la integración en su base imponible de la diferencia entre el valor de mercado y el valor fiscal de los elementos patrimoniales que figuren bajo su titularidad (a excepción de aquéllos que queden afectados a un establecimiento permanente localizado en España, en relación con los cuales se concede un diferimiento del gravamen de las plusvalías), el pago de la deuda tributaria deberá ser aplazado, a solicitud del contribuyente, hasta la fecha de transmisión a un tercero de dichos elementos patrimoniales, siempre que el Estado miembro de destino sea un Estado miembro de la UE o del EEE con el que exista un efectivo intercambio de información tributaria en los términos previstos en el apartado 4 de la Disposición adicional primera de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, resultando de aplicación lo dispuesto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y su normativa de desarrollo, en cuanto al devengo de intereses de demora y a la constitución de garantías para dicho aplazamiento¹⁷⁵¹.

estrictamente interna con el fin de no vulnerar el principio de no discriminación (sobre esta cuestión, *vid.* BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, p.164).

¹⁷⁴⁸ Un análisis sucinto aunque ilustrativo del razonamiento y principales conclusiones del Tribunal en la citada sentencia puede encontrarse en O'SHEA, "Dutch Exit Tax Rules Challenged in National Grid Indus", *Tax Notes International*, vol.65, nº3, 2012, pp.201-205.

¹⁷⁴⁹ Así lo entienden, BORZUMATO, D., ZANOTTI, E., "Amended Italian Exit Tax Provides New Opportunities For Multinationals", *Tax Notes International*, vol.66, nº9, 2012, p.875.

¹⁷⁵⁰ En este sentido, *vid.* BURWITZ, G., *op.cit.*, p.600. En contra de este planteamiento, *vid.*, entre otros, KOFLER, G., TENORE, M., "Fundamental Freedoms and Directives in the Area of Direct Taxation", en WEBER, D. (ed.), *Traditional and Alternative Routes to European Tax Integration*, IBFD, Amsterdam, 2010, pp.337-338; o SCHÖN, W., "Tax Issues and Constraints on Reorganizations and Reincorporations in the European Union", *Tax Notes International*, vol.34, nº2, 2004, p.202.

¹⁷⁵¹ *Vid.* artículos 19.1 y 27 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades. En una línea similar, aunque con algunos matices, se ha posicionado el legislador italiano a través de la introducción de los apartados *quater* y *quinquies* en el artículo 166.2 del *Testo Unico delle Imposte sui Redditi*. Por lo que respecta al caso de España, cabría señalar como, a nuestro juicio, el aplazamiento del pago del impuesto previsto en el artículo 19.1 de la LIS resultaría de aplicación a aquellas operaciones de transformación transfronteriza cubiertas por la Directiva 2019/2121/UE a través de las cuales una sociedad residente fiscal en España lleva a cabo el traslado de su sede social a otro Estado miembro de la UE o del EEE, cuando dichas operaciones determinen un cambio en la residencia fiscal de la sociedad (lo que generalmente sucederá si el traslado de la sede social viene acompañado del traslado de la sede real) y siempre, claro está, en relación con aquellos activos titularidad de la sociedad que no queden vinculados a un establecimiento permanente localizado en España. Ciertamente, este planteamiento resultaría más respetuoso con la jurisprudencia del TJUE en materia de impuestos de salida que el resultante de aplicar a

En relación con esta cuestión, y por lo que respecta a las operaciones en virtud de las cuales una sociedad nacional de un Estado miembro traslada su sede social a otro Estado miembro de la UE o del EEE (cuya realización puede llevarse a cabo en la actualidad a través de una transformación transfronteriza cubierta por la Directiva 2017/1132/UE), cabría señalar como la aprobación de la Directiva 2016/1164/UE¹⁷⁵² ha permitido dar una respuesta desde el plano del Derecho positivo europeo a la problemática derivada de la exigencia de impuestos de salida por parte del Estado miembro de origen en aquellos supuestos en los que tales operaciones determinasen el traslado de la residencia fiscal de la sociedad en cuestión, contribuyendo de forma decisiva a superar las limitaciones inherentes al carácter casuístico de la jurisprudencia del TJUE¹⁷⁵³ y mitigando en cierta medida los problemas de seguridad jurídica derivados del carácter heterogéneo de las legislaciones domésticas de los Estados miembros en esta materia¹⁷⁵⁴.

estas operaciones las consecuencias derivadas de una interpretación conjunta de los artículos 17.5 y 27.2, apartado c) de la LIS. A este respecto, podría traerse a colación a la Consulta Vinculante de 3 de febrero de 2016, V0419-16, donde la DGT analizó desde la óptica de los artículos 19.1 y 27.2, apartado b) de la LIS un supuesto en el que una sociedad de responsabilidad limitada española, residente fiscal en España, trasladaba a Alemania su sede social y su sede de dirección efectiva, transformándose en una sociedad de responsabilidad limitada sujeta a la legislación doméstica de dicho Estado, lo que, a juicio de la Administración determinaba, por una parte, que dejase de ser una entidad constituida con arreglo al Derecho español y, por otra parte, que perdiese la condición de residente fiscal en España al no cumplir ninguno de los requisitos previstos en el artículo 8 de la LIS (en esta misma línea ya se había pronunciado la Consulta Vinculante de la DGT de 18 de diciembre de 2012, V2477-12). Sobre esta cuestión, *vid.* HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARREDA, P., “Los impuestos de salida sobre personas jurídicas: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la Directiva antielusión y la normativa española”, en ALMUDÍ CID, J., FERRERAS GUTIÉRREZ, J., HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARREDA, P. (dirs.), *La armonización de las normas contra la elusión fiscal relativas a la fiscalidad directa en la Unión Europea*, Thomson-Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018, pp.288-289, y 298, quien hace referencia a la necesidad de que, a la luz de lo dispuesto en el artículo 5.2, apartado c) de la Directiva 2016/1164/UE, el legislador español sustituya el mecanismo previsto actualmente en el artículo 19.1 de la LIS (entre otros preceptos) y relativo a la opción para la sociedad que traslada su residencia fiscal a otro Estado miembro de la UE o del EEE de aplazar el pago del impuesto de salida vinculado a los activos que no quedan vinculados a un establecimiento permanente localizado en España hasta la fecha de su transmisión a un tercero, por la opción del fraccionamiento del pago del impuesto en cinco anualidades que figura en la citada Directiva. En este sentido, cabría señalar como esta modificación se encuentra ya recogida en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Prevención y Lucha contra el Fraude Fiscal presentado por el gobierno español con fecha de 23 de octubre de 2018.

¹⁷⁵² Directiva 2016/1164/UE del Consejo de 12 de julio de 2016 por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior (DOUE n° L 193, de 19 de julio de 2016, p.1). Un buen análisis sobre su contenido puede encontrarse en CALDERÓN CARRERO, J.M., MARTÍN JIMÉNEZ, A., “La Directiva UE 2016/1164 contra las prácticas de elusión fiscal que inciden en el mercado interior: ¿El principio del final de un IS nacional o una pieza más de descoordinación en el nuevo orden post-BEPS?”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, n°407, 2017, pp.5-56.

¹⁷⁵³ Algunas de estas limitaciones pueden encontrarse en WATTEL, P.J., *op.cit.*, pp.378-379; o BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, pp.162-163.

¹⁷⁵⁴ A este respecto, y con anterioridad a la aprobación de la Directiva 2016/1164/UE, RIBES RIBES, A., “La problemática de...”, *op.cit.*, p.932, ya había apuntado con acierto que en el contexto de la armonización negativa llevada a cabo por el TJUE en este ámbito, los Estados miembros, dando prioridad a sus propias pretensiones tributarias, habían tratado de mantener las particularidades contenidas en sus respectivas legislaciones fiscales domésticas en materia de impuestos de salida, dando lugar a “un variado mosaico de *exit taxes*”. Sobre esta cuestión, resulta interesante también el estudio realizado por

De este modo, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 5.2, apartado c) de la Directiva 2016/1164/UE, en aquellos supuestos de traslado transfronterizo de la sede social (o real) de una sociedad residente a efectos fiscales en un Estado miembro¹⁷⁵⁵ hacia otro Estado miembro de la UE o del EEE que dé como resultado un cambio de su residencia fiscal, deberá otorgarse a la sociedad en cuestión el derecho a aplazar el pago del impuesto de salida derivado del gravamen de las plusvalías latentes de los elementos patrimoniales de su titularidad que no permanezcan vinculados de manera efectiva a un establecimiento permanente localizado en el Estado miembro de origen, fraccionándolo a lo largo de cinco años¹⁷⁵⁶. En caso de que la sociedad se inclinase por esta opción, cabría señalar como el Estado miembro de origen en el que estaba situada su residencia a efectos fiscales con anterioridad a la operación podría, por una parte, exigir intereses de acuerdo con lo establecido en su normativa doméstica y, por otra parte, imponer la constitución de garantía como condición para el aplazamiento del pago en aquellos supuestos en los que exista un riesgo demostrable y real de impago¹⁷⁵⁷. Por su parte, y en relación con los activos sobre los que se proyecta el diferimiento del pago de los impuestos de salida, el Estado miembro de destino donde se situará la nueva residencia

GUTMANN, D., PERDELWITZ, A., RAINGEARD DE LA BLÉTIÈRE, E., “The impact of the ATAD on domestic systems: a comparative survey”, *Intertax*, vol.57, nº1, 2017, pp.2-20.

¹⁷⁵⁵ Nótese como, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1 de la Directiva 2016/1164/UE, su ámbito de aplicación subjetivo se proyecta sobre todos los contribuyentes sujetos al Impuesto sobre Sociedades de un Estado miembro, incluyendo los establecimientos permanentes localizados en el territorio de la UE de entidades residentes en un tercer Estado. De este modo, y la luz de lo establecido en el artículo 3 de la Directiva 2009/133/CE, podría afirmarse que todas las entidades jurídicas susceptibles de acceder a las disposiciones de la Directiva Fiscal de Fusiones quedarán bajo el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 2016/1164/UE.

¹⁷⁵⁶ A este respecto, cabría señalar como la fijación de un plazo de cinco años para el fraccionamiento del impuesto se sitúa en línea con la posición sostenida por el TJUE en la Sentencia de 23 de enero de 2014, asunto C-164/12, *DMC Beteiligungsgesellschaft mbH v. Finanzamt Hamburg-Mitte*. Asimismo, el establecimiento de un plazo concreto por parte de la Directiva 2016/1164/UE para el fraccionamiento del impuesto contribuye a aportar seguridad jurídica a los contribuyentes, pues del razonamiento del TJUE en la sentencia DMC no podía extraerse de forma clara si la concesión por parte de un determinado Estado miembro de un periodo de fraccionamiento del pago del impuesto inferior a cinco años resultaría admisible en el marco del análisis de proporcionalidad de la norma tributaria nacional en cuestión. En cualquier caso, nótese que, siendo el Estado de destino miembro del EEE, la aplicación de la regla de aplazamiento del pago del impuesto de salida prevista por la Directiva requiere la existencia de un acuerdo con el Estado miembro de origen en el que residía la sociedad a efectos fiscales o con la UE sobre asistencia mutua en materia de cobro de créditos tributarios que sea equivalente a la asistencia mutua prevista en la Directiva 2010/24/UE. No obstante, algunos autores han puesto de manifiesto que la imposición en todos los supuestos previstos en el artículo 5.2 de la Directiva 2016/1164/UE de una única opción para el contribuyente consistente en el aplazamiento y fraccionamiento del correspondiente impuesto de salida en cinco años podría resultar problemática desde el punto de vista del principio de proporcionalidad configurado por la jurisprudencia del TJUE, por ejemplo, en aquellos casos de traslado de la residencia fiscal a otro Estado miembro de la UE en los que el Estado miembro de origen puede garantizar el cobro del impuesto a través de activos, negocios, o incluso una entidad del grupo que sigan sometidos a su jurisdicción impositiva. En esta misma línea, también se apunta que podría ser más adecuado que los Estados miembros pudiesen modular la duración del plazo de aplazamiento y fraccionamiento del impuesto de salida en función de los distintos escenarios (sobre esta cuestión, *vid. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARREDA, P., op.cit.*, pp.279-280, y doctrina citada). Ciertamente, y a falta de un reconocimiento expreso de esta posibilidad, la reducción por parte de los Estados miembros del plazo de cinco años previsto en la Directiva sobre la base de lo dispuesto en su artículo 3 (estándar mínimo) podría plantear problemas de compatibilidad con el Derecho Primario de la UE y su interpretación por del TJUE, especialmente desde la perspectiva del principio de proporcionalidad.

¹⁷⁵⁷ *Vid.* artículo 5.3 de la Directiva 2016/1164/UE.

fiscal de la sociedad en cuestión, en principio, deberá aceptar el valor determinado por el Estado miembro de origen como valor de base de dichos activos a efectos fiscales, a menos que éste no refleje el valor de mercado¹⁷⁵⁸.

Asimismo, la Directiva establece una serie de supuestos que determinarán la interrupción del aplazamiento del pago y la exigencia inmediata de la deuda tributaria (p.ej. el posterior traslado de la residencia fiscal de la sociedad en cuestión a un Estado no miembro de la UE o del EEE, o el incumplimiento por parte de ésta de sus obligaciones en relación con los pagos fraccionados, sin que procediese a corregir su situación a lo largo de un período razonable que podrá exceder de doce meses)¹⁷⁵⁹.

Por último, cabría señalar que, aun cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 5.1, apartado c) de la Directiva 2016/1164/UE, el traslado transfronterizo de la sede social de una sociedad residente a efectos fiscales en un Estado miembro a otro Estado miembro de la UE o del EEE que determine un cambio de su residencia fiscal no podría dar lugar a la exigencia de impuestos de salida en relación con aquellos activos que sigan estando vinculados de manera efectiva a un establecimiento permanente de la sociedad en cuestión en su Estado miembro de origen (sobre los cuales dicho Estado mantendría sus potestades de gravamen)¹⁷⁶⁰, en nuestra opinión resultaría conveniente extender el ámbito de aplicación objetivo de la Directiva 2009/133/CE para dar cobertura bajo el régimen de neutralidad fiscal a la realización de estas operaciones con independencia de que se produzca o no un cambio en su residencia fiscal, tal y como sucede con la SE y la SCE¹⁷⁶¹. Ciertamente, esto permitiría eliminar posibles diferencias

¹⁷⁵⁸ Vid. artículo 5.5 de la Directiva 2016/1164/UE. En este sentido, el artículo 5.6 de la citada Directiva define el concepto de “valor de mercado” como “el importe por el que puede intercambiarse un activo o por el que pueden liquidarse las obligaciones recíprocas entre compradores y vendedores interesados independientes en una transacción directa”. No obstante, y como bien apunta HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARREDA, P., *op.cit.*, pp.282-283, el valor de mercado de un activo podría no ser coincidente en los diferentes Estados miembros debido a las disparidades existentes entre los mercados de uno y otro Estado, o a la indefinición de las normas y metodologías empleadas para llevar a cabo su valoración. Esta circunstancia, unida a la facultad prevista por el artículo 5.5 *in fine* de la Directiva 2016/1164/UE para el Estado miembro de destino, podría terminar por frustrar la finalidad del citado precepto consistente en evitar posibles problemas de doble imposición. A este respecto, algunos autores como CALDERÓN CARRERO, J.M., MARTÍN JIMÉNEZ, A., *Derecho Tributario de...*, *op.cit.*, p.357, han apuntado que en este tipo de supuestos debería poder acudir a los mecanismos intracomunitarios de resolución de conflictos para la eliminación de la doble imposición.

¹⁷⁵⁹ Vid. artículo 5.4 de la Directiva 2016/1164/UE.

¹⁷⁶⁰ Vid. PEETERS, S., “Exit taxation: from an internal market barrier to a tax avoidance prevention tool”, *EC Tax Review*, vol.26, n°3, 2017, p.129, quien apunta que este enfoque resulta consistente con el enfoque adoptado por la Directiva 2009/133/CE.

¹⁷⁶¹ En este sentido, cabría señalar como, ya en su momento, algunos autores como LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *op.cit.*, p.109, o TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., *European Tax Law*, *op.cit.*, p.655, se mostraron críticos con el hecho de que la Directiva 2005/19/CE no abordase la cuestión relativa a las consecuencias fiscales del traslado transfronterizo del domicilio social de las formas societarias nacionales de los Estados miembros cubiertas por el ámbito de aplicación de la Directiva 90/434/CEE, extendiendo la aplicación de sus disposiciones a estas operaciones al igual que sucedía en el caso de la Sociedad Europea y la Sociedad Cooperativa Europea. Ahora bien, en la medida en que el traslado transfronterizo del domicilio social se articule a través de una operación de transformación transfronteriza con mantenimiento de la personalidad jurídica y cambio del Derecho nacional aplicable a la sociedad (actualmente cubiertas por el ámbito de aplicación de la Directiva 2017/1132/UE), deberá verificarse en todo caso que ambas formas societarias (la adoptada originariamente en el Estado miembro de origen y la

de trato con respecto a la SE y a la SCE en relación con el tratamiento fiscal de las provisiones o reservas constituidas con exención total o parcial del impuesto, así como de las pérdidas no compensadas a efectos fiscales, aportaría un mayor nivel de seguridad jurídica al reducir el impacto negativo derivado de las divergencias entre las legislaciones fiscales de los Estados miembros, garantizaría la neutralidad fiscal de estas operaciones en sede de los socios de la sociedad en cuestión¹⁷⁶², y contribuiría, junto con la Directiva 2016/1164/UE¹⁷⁶³, a reforzar la vigencia efectiva de las disposiciones en materia de transformaciones transfronterizas incorporadas en plano del Derecho societario europeo por parte de la Directiva 2019/2121/UE.

En este sentido, ya hemos apuntado como la Directiva 2008/7/CE establece la prohibición para los Estados miembros de someter a las sociedades de capital a cualquier forma de imposición indirecta derivada de la modificación de sus escrituras de constitución o estatutos y, en particular, del traslado, de un Estado miembro a otro Estado miembro, de su sede de dirección efectiva o de su domicilio social¹⁷⁶⁴. De este modo, la citada regla no se proyecta exclusivamente sobre las operaciones en las que participen formas societarias europeas, sino que se extiende al conjunto de “sociedades de capital” de los diferentes Estados miembros¹⁷⁶⁵.

5. Análisis de algunos elementos comunes en la definición de varias de las operaciones de reorganización empresarial cubiertas por el ámbito de aplicación objetivo de la Directiva 2009/133/CE

5.1. La necesidad de que la aportación de activos o la entrega de títulos tenga como contrapartida la entrega de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria o adquirente

Tal y como hemos tenido ocasión de apuntar en anteriores epígrafes de este trabajo, una característica común de las operaciones de fusión, escisión (total o parcial), aportación de activos y canje de valores cubiertas por el ámbito de aplicación objetivo de la Directiva 2009/133/CE reside en la necesidad de que los socios de la sociedad

adoptada como resultado de la operación en el Estado miembro de destino) cumplen los requisitos establecidos en el artículo 3 de la Directiva 2009/133/CE.

¹⁷⁶² En este sentido, cabría destacar como algunos Estados miembros como Alemania, inspirados por la Directiva 2009/133/CE y con el fin de evitar en la medida de lo posible diferencias de trato entre la SE y la SCE y las formas societarias nacionales, ya establecen en sus respectivas legislaciones fiscales domésticas medidas orientadas a garantizar la neutralidad fiscal del traslado transfronterizo del domicilio social a nivel de los socios de la sociedad en cuestión (sobre esta cuestión, *vid.* ENGLISCH, J., *op.cit.*, p.345).

¹⁷⁶³ A este respecto, no puede dejar de mencionarse, sin embargo, que la Directiva 2016/1164/UE y la Directiva 2009/133/CE poseen diferentes finalidades y, en tal sentido, difícilmente puedan calificarse como medidas de armonización complementarias.

¹⁷⁶⁴ *Vid.* artículo 5.1, apartado d), subapartado ii) de la Directiva 2008/7/CE.

¹⁷⁶⁵ *Vid.* artículo 2.1 de la Directiva 2008/7/CE.

transmitente (fusión y escisión) o dominada (canje de valores), o bien la propia sociedad transmitente (aportación de activos), reciban títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria o dominante en contrapartida por la transmisión patrimonial efectuada¹⁷⁶⁶.

A este respecto, y con carácter previo, cabría señalar que el uso de la expresión “mediante la atribución a sus socios” (“*moyennant l’attribution à leurs associés*”, “*mediante l’assegnazione ai loro soci*”, “*mediante atribuição aos respectivos sócios*”) en las definiciones de las operaciones de fusión, escisión (total o parcial), y canje de valores por parte las versiones en español, francés, italiano y portugués de la Directiva (frente a la expresión “*in exchange for the issue to their shareholders*” que figura en su versión en lengua inglesa) no parece muy acertada en la medida en que puede introducir una cierta confusión acerca de si es la sociedad transmitente o dominada la que recibe los títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria o dominante y, en su caso, la compensación en efectivo acordada, para posteriormente entregárselos a sus socios, o bien los títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria o dominante y, en su caso, la compensación en efectivo, son atribuidos directamente por parte de dicha sociedad a los socios de la sociedad transmitente o dominada. Ciertamente, y al menos en el ámbito de las fusiones y escisiones totales, la primera de las posibilidades interpretativas apuntadas no encaja con la naturaleza de dichas operaciones, caracterizadas por la extinción de la sociedad transmitente como resultado de la operación, de forma tal que podría afirmarse que es la propia sociedad beneficiaria la que atribuye directamente a los socios de la sociedad transmitente los títulos representativos de su capital social¹⁷⁶⁷.

Asimismo, y reforzando esta idea, no puede perderse de vista que, desde el plano del Derecho societario europeo, la Directiva 2017/1132/UE establece que uno de los efectos que producen *ipso iure* las operaciones de fusión transfronteriza gira en torno al hecho de que los socios de la sociedad absorbida (fusión por absorción) o de las sociedades que se fusionen (fusión por constitución) se convertirán en socios de la sociedad absorbente o de la nueva sociedad según el caso¹⁷⁶⁸. Del mismo modo, aunque en materia de escisiones, la citada Directiva dispone que los socios de la sociedad escindida se convertirán desde la fecha de efectividad de la operación en socios de las sociedades beneficiarias conforme al reparto previsto en el proyecto de escisión¹⁷⁶⁹.

Por otra parte, también se han planteado dudas acerca del alcance de la expresión “títulos representativos del capital social” (“*titres représentatifs du capital social*”, “*titoli rappresentativi del capitale sociale*”, “*títulos representativos do capital*”).

¹⁷⁶⁶ Vid. artículo 2, apartados a), b), c), d) y e) de la Directiva 2009/133/CE. No obstante, en Estados miembros como Finlandia resulta posible extender el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE a determinadas operaciones de reorganización empresarial en las que no existe dicha contraprestación, tal y como muestran las decisiones del Consejo Tributario Central finlandés (*Keskusverolautakunta*) KVL 1996/169, KVL 1996/274, y KVL 1996/333 (vid. HELMINEN, M., *EU Tax Law...*, op.cit., p.192).

¹⁷⁶⁷ En este sentido, vid. AEDAF, op.cit., p.23.

¹⁷⁶⁸ Vid. artículo 131.1, apartado b) y 131.2, apartado b) de la Directiva 2017/1132/UE.

¹⁷⁶⁹ Vid. artículo 160 *novodecies*, apartado 1, subapartado b) de la Directiva 2017/1132/UE.

social”) recogida en las definiciones de las operaciones de fusión, escisión (total o parcial), y canje de valores que figuran en el artículo 2 de la Directiva 2009/133/CE, habida cuenta de que su versión en inglés se decanta por la expresión “*securities representing the capital of that other company*”, cuyos contornos son más difusos¹⁷⁷⁰. En este sentido, podría decirse que la cuestión fundamental gira en torno a si el concepto de “*security*” permite dar cobertura a los denominados “*debt securities*” (títulos de deuda) o si, por el contrario, queda restringido a las “*shares equity*” (acciones o participaciones). A este respecto, y aun partiendo de la diferente finalidad de la Directiva 2009/133/CE y la Directiva 2017/1132/UE a la que ya hemos hecho referencia, no puede negarse que esta última tampoco aporta luz sobre la cuestión al emplear la expresión “*securities or shares representing the capital*” a la hora de definir las operaciones de fusión que quedan cubiertas por su ámbito de aplicación objetivo¹⁷⁷¹, e incluso podría interpretarse que esta diferenciación entre “títulos” y “participaciones representativas del capital social” constituye un elemento que pretende dar flexibilidad a la aplicación de esta norma de Derecho societario europeo¹⁷⁷²; flexibilidad que no se proyectaría al ámbito fiscal en la medida en que el artículo 2 de la Directiva Fiscal de Fusiones no incorpora tal distinción.

En cualquier caso, lo cierto es que la continuidad del interés de los socios, a saber, uno de los pilares sobre los que se asienta el régimen de neutralidad fiscal configurado por la Directiva 2009/133/CE¹⁷⁷³, parece apuntar hacia una interpretación restrictiva de la expresión “títulos representativos del capital social”¹⁷⁷⁴, sin perjuicio de que algunos Estados miembros puedan extender de forma unilateral la aplicación de las disposiciones de la Directiva Fiscal de Fusiones a supuestos en los que una parte de los elementos entregados en contrapartida por parte de la sociedad beneficiaria o dominante constituyan determinados títulos representativos de deuda¹⁷⁷⁵. De hecho, desde un primer momento, la mayoría de los Estados miembros se han mostrado partidarios de circunscribir la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a las operaciones en las que los socios de la sociedad transmitente o dominada (o la propia sociedad, tratándose de aportaciones de activos) recibían acciones, participaciones u otros títulos representativos

¹⁷⁷⁰ En este sentido, *vid.* JEFFCOTE, B., BARNETT, M., *op.cit.*, pp.179-180.

¹⁷⁷¹ *Vid.* artículo 119.2 de la Directiva 2017/1132/UE.

¹⁷⁷² De hecho, para algunos autores como UGLIANO, A., “The New Cross-Border Merger Directive: Harmonisation of European Company Law and Free Movement”, *European Business Law Review*, vol.17, nº3, 2007, p.601, la diferente redacción existente en su momento entre la Directiva 2011/35/UE y la Directiva 2005/56/CE en este punto (que se mantiene en la actual Directiva 2017/1132/UE, tal y como muestran los artículos 89, 90 y 119) implicaría que los socios de la sociedad o sociedades transmitentes no tienen que recibir necesariamente, y en contrapartida de la aportación patrimonial efectuada, títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria, sino que también se admitiría la entrega de títulos de deuda (p.ej. bonos u obligaciones convertibles, etc.). En contra de este planteamiento, *vid.* VERMEYLEN, J., *op.cit.*, p.6.

¹⁷⁷³ Una crítica a este principio puede encontrarse en BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, p.88.

¹⁷⁷⁴ Así lo entiende también VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.256.

¹⁷⁷⁵ En un sentido similar, *vid.* VANDE VELDE, I., *op.cit.*, p.91.

del capital social de la sociedad beneficiaria o dominante¹⁷⁷⁶, con la excepción de Irlanda y Reino Unido que admitían la entrega en contrapartida de determinados títulos de deuda de la sociedad beneficiaria o dominante, tales como obligaciones convertibles (*debentures*)¹⁷⁷⁷.

Por su parte, la legislación fiscal alemana también contempla la posibilidad de que puedan entregarse títulos de deuda de la sociedad beneficiaria o dominante en contrapartida de la aportación patrimonial realizada por la sociedad transmitente o dominada en el marco de operaciones de reorganización empresarial cubiertas por el régimen de neutralidad fiscal. No obstante, y en virtud de una modificación normativa operada en el año 2015 al objeto de evitar el acceso a dicho régimen de meras operaciones de compra-venta de activos, se estableció que el importe de los títulos de deuda recibidos en contrapartida debería ser el menor de: a) el 25% del valor fiscal neto de los activos y pasivos transmitidos o de las acciones transmitidas en el marco de la operación de reorganización empresarial en cuestión; o b) 500.000 euros, siempre que esta cifra no resulte superior al valor fiscal neto total de los activos y pasivos o de las acciones transmitidas¹⁷⁷⁸.

¹⁷⁷⁶ A este respecto, y en relación con el caso de España, cabría apuntar que el uso de la expresión “valores representativos del capital social” por parte del artículo 76 de la LIS a la hora de definir las operaciones de reorganización empresarial con acceso al régimen de neutralidad fiscal ha suscitado algunas críticas entre la doctrina debido a que, desde un perspectiva formal, un buen número de las entidades jurídicas que figuran en la parte A de Anexo I de la Directiva 2009/133/CE no emiten “valores” propiamente dichos (sin ir más lejos, las participaciones en las que se divide el capital social de las sociedades de responsabilidad limitada no pueden ser calificadas como “valores”, por no hablar de las cuotas sociales en las que se divide el capital de otras entidades jurídicas extranjeras cubiertas por el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva Fiscal de Fusiones). Por ello, y aun tratándose de una cuestión de índole formal que no plantea especiales problemas si partimos de una interpretación alineada con la norma comunitaria de referencia, parece que el legislador español debería optar en la redacción del citado precepto por el uso de la expresión “títulos representativos del capital social” o, en su caso, “acciones, participaciones o cuotas sociales”, tal y como ha apuntado la AEDAF, *op.cit.*, p.18. En esta línea podría traerse a colación el caso de Portugal, donde el artículo 73 del *Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas*, opta por el uso de la expresión “*partes representativas do capital social*” a la hora de definir las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos y canje de valores cubiertas por el régimen de neutralidad fiscal. Por su parte, en Francia, el artículo 210 A del CGI tan sólo hace referencia a que en el marco de las operaciones de fusión y escisión deberán entregarse en contrapartida de la aportación patrimonial efectuada “*titres*” de la sociedad o sociedades beneficiarias (a diferencia de la versión en lengua francesa de la Directiva 2009/133/CE que emplea la expresión “*titres représentatifs du capital social*”), si bien la doctrina entiende que los principios sobre los que se construye el régimen de neutralidad fiscal hacen que deba sobreentenderse que dichos “*titres*” deberán serlo del capital social de la sociedad o sociedades beneficiarias y no meros títulos de deuda (en este sentido, *vid.* DIBOUT, P., *op.cit.*, p.995).

¹⁷⁷⁷ A título de ejemplo, cabría traer a colación los artículos 140E, apartado 1, letra d) o 140F, apartado 2, letra e) de la *taxation of Chargeable Gains Act de 1992*. Sobre esta cuestión, *vid.* FEENEY, M., *op.cit.*, p.1301; MUDDIMAN, J., “Implementation of EC Merger Directive in Ireland”, *Tax planning international review*, vol.19, nº6, 1992, p.11; DELOITTE TOUCHE TOHMATSU INTERNATIONAL, *op.cit.*, pp.14-15; o THÖMMES, O., TOMSETT, E., *op.cit.*, p.238.

¹⁷⁷⁸ Sobre esta cuestión, *vid.* PWC, “German tax bill clarifies loss forfeiture rules, changes real estate transfer tax rules”, *Tax Insights from International Tax Services*, September 25, 2015, p.2.

Ciertamente, la posibilidad de flexibilizar el ámbito de aplicación objetivo de la Directiva 2009/133/CE, siguiendo la línea de la Directiva 2008/7/CE¹⁷⁷⁹, a través de la admisión por parte del legislador europeo de la entrega a los socios de la sociedad transmitente o dominada (o, en su caso, a la propia sociedad transmitente) de determinados títulos de deuda, como obligaciones convertibles (*debentures*), junto con títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria o dominante, no resultaría incompatible con los principios que inspiran el régimen de neutralidad fiscal comunitario (especialmente con el principio de continuidad del interés de los socios) siempre y cuando se estableciesen unos límites adecuados, a la vez que contribuiría a fomentar los procesos de movilidad y cooperación transfronteriza por parte de las sociedades de los diferentes Estados miembros. A este respecto, no puede perderse de vista que las acciones sin voto admitidas por las legislaciones societarias de algunos Estados miembros, aun teniendo la calificación de títulos representativos del capital social, sólo reconocen a sus titulares un derecho de carácter económico que, generalmente, se concreta en la percepción de un dividendo anual mínimo (fijo o variable) fijado por los estatutos sociales, así como la posibilidad de obtener el reembolso del valor nominal antes que el resto de acciones en los supuestos de liquidación de la sociedad, lo que aproxima su funcionamiento al de un bono u obligación de cupón fijo o variable¹⁷⁸⁰.

Por el contrario, admitir que los socios de la sociedad transmitente o dominada pudiesen recibir únicamente títulos de deuda emitidos por la sociedad beneficiaria o dominada acompañados, en su caso, de una compensación adicional en efectivo, abriría la puerta del régimen de neutralidad fiscal a operaciones cuya finalidad no consiste en la reorganización de las actividades empresariales sino en la mera transmisión de un conjunto patrimonial con una suerte de “pago aplazado” a través de la emisión de títulos de deuda por parte de la sociedad beneficiaria de la aportación, incluso cuando éstos pudieran resultar convertibles en acciones¹⁷⁸¹. De este modo, no podemos compartir la opinión de aquellos autores¹⁷⁸² que, yendo incluso un paso más allá, se han mostrado partidarios de una total flexibilización por lo que respecta a la naturaleza de los elementos entregados en contrapartida a los socios de la sociedad transmitente, al entender, por una parte, que ésta resulta irrelevante a los efectos de proteger los intereses financieros de los Estados miembros y, por otra parte, que el principio de continuidad del interés de los socios no sólo no figura recogido en el preámbulo de la

¹⁷⁷⁹ Vid. artículo 4.1, apartados a) y b) de la Directiva 2008/7/CE, donde se hace referencia a que la contrapartida de la aportación patrimonial realizada por la sociedad transmitente deberá consistir, “al menos parcialmente”, en valores representativos del capital de la sociedad beneficiaria.

¹⁷⁸⁰ En este sentido, *vid.* VANISTENDAEL, F., “Taxation of corporate...”, *op.cit.*, p.912, que también se muestra partidario de admitir, en el marco de las operaciones de reorganización empresarial cubiertas por el régimen de neutralidad fiscal, otras formas de compensación a los socios de la sociedad transmitente, más allá de la entrega de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria con derecho de voto (pp.899-900).

¹⁷⁸¹ En una línea similar, y apuntando algunas incógnitas que plantearía la admisión de la entrega en contrapartida de títulos de deuda emitidos por la sociedad beneficiaria a los socios de la sociedad transmitente en el marco de operaciones de fusión transfronteriza, *vid.* PAPADOPOULOS, T., “The Magnitude of...”, *op.cit.*, p.540.

¹⁷⁸² Vid. BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, p.88.

Directiva 2009/133/CE, sino que el artículo 15.1 de la Directiva se refiere exclusivamente a la importancia de que la operación de reorganización empresarial en cuestión se lleve a cabo por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades participantes en la misma.

5.2. Consideraciones acerca de la naturaleza de los títulos representativos del capital social entregados en contrapartida por la sociedad beneficiaria o dominante

Una cuestión acerca de la cual la Directiva 2009/133/CE no se pronuncia de forma explícita gira en torno a si los títulos representativos del capital social que la sociedad beneficiaria o dominante tiene que entregar a los socios de la sociedad transmitente (fusiones y escisiones) o dominada (canjes de valores), o a la propia sociedad transmitente (aportaciones de activos), en contrapartida por la transmisión patrimonial efectuada, deben ser “creados” *ad hoc* a través de una ampliación de capital o bien puede tratarse de títulos que la sociedad beneficiaria o dominante tuviera en autocartera en el momento de llevar a cabo la operación. En este sentido, podría decirse que la Directiva 2009/133/CE se sitúa en la línea de la Directiva 2017/1132/UE, en materia de fusiones transfronterizas de sociedades de capital, cuyo artículo 119.2 tampoco especifica si los títulos entregados en contrapartida por parte de la sociedad beneficiaria deben ser de nueva creación o pueden proceder de la autocartera de dicha sociedad. Ahora bien, resulta evidente que en aquellas operaciones transfronterizas de reorganización empresarial en las que la sociedad o sociedades beneficiarias sean de nueva creación (p.ej. fusión o escisión por constitución), dichos títulos serán de nueva creación, pudiendo emitirse a la par o con prima de emisión.

Ciertamente, las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial en las que el valor del conjunto patrimonial transmitido sea elevado determinarán, con carácter general, la necesidad de que la sociedad beneficiaria o dominante lleve a cabo una ampliación de capital debido a la ausencia de títulos propios en autocartera suficientes para remunerar a los socios de la sociedad transmitente o dominada, o la propia sociedad transmitente¹⁷⁸³. A este respecto, no conviene perder de vista como los riesgos derivados de la adquisición de títulos propios para los socios, acreedores, y otros terceros de la sociedad (p.ej. la vulneración del principio de integridad del capital social, o del principio de igualdad de trato entre los socios, la alteración del control de la sociedad en favor de los intereses de los socios mayoritarios o de sus administradores, así como toda la problemática asociada a la dilución o disminución neta del capital

¹⁷⁸³ De este modo, el número de acciones a emitir por la sociedad beneficiaria vendrá dada por el cociente entre el valor real del patrimonio transferido por la sociedad transmitente y el valor real de la acción de la sociedad beneficiaria. Un ejemplo muy ilustrativo de este procedimiento en supuestos de fusión por absorción puede encontrarse en MARTÍNEZ VARGAS, J., LABATUT SERER, G., “La contabilización del efecto impositivo en las fusiones”, *revista de Contabilidad y Tributación*, nº314, 2009, pp.205 y ss.

social que resulta de la realización de estas operaciones) han determinado que las legislaciones societarias de los Estados miembros impongan importantes restricciones cuantitativas y temporales a la adquisición y tenencia de autocartera por parte de las sociedades constituidas con arreglo a su Derecho nacional¹⁷⁸⁴.

Sin embargo, y aun cuando el uso del verbo “*issue*” por parte del artículo 2, apartados a), b), c) y e) de la Directiva 2009/133/CE en su versión en inglés parece sugerir que los títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria o dominante entregados en contrapartida de la aportación patrimonial recibida en el marco de operaciones de fusión, escisión total o parcial, y canje de valores deberán ser de nueva creación¹⁷⁸⁵ (frente al carácter más neutro a estos efectos de los términos “atribución”, “*attribution*”, “*assegnazione*”, o “*atribuição*” empleados por otras versiones lingüísticas de la norma)¹⁷⁸⁶, la doctrina mayoritaria entiende que, ante el silencio de la Directiva 2009/133/CE acerca de su origen, no parece que el hecho de que los citados títulos procedan de la autocartera mantenida por la sociedad impida el acceso de la operación de reorganización empresarial en cuestión al régimen de neutralidad fiscal siempre, claro está, que resulten suficientes para cubrir el valor de los elementos patrimoniales recibidos¹⁷⁸⁷.

¹⁷⁸⁴ A título de ejemplo, podría traerse a colación el caso de España donde el artículo 134 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital prohíbe a las sociedades de capital adquirir de forma originaria títulos propios o de su sociedad dominante, de forma tal que tratándose de sociedades de responsabilidad limitada la adquisición será nula de pleno derecho (artículo 135), mientras que tratándose de sociedades anónimas se establecen una serie de consecuencias en caso de infracción del artículo 134, plasmadas en el artículo 139 de la citada norma puesto en relación con lo establecido en su artículo 136.2. Por lo que respecta a las adquisiciones derivativas de títulos propios, la ley también establece limitaciones que varían en función de si la adquirente es una sociedad de responsabilidad limitada o una sociedad anónima. En el primer caso, la adquisición de participaciones propias en circulación tan sólo se admite en una serie de supuestos tasados (artículo 140), estableciéndose la obligación de amortizarlas o enajenarlas en el plazo de tres años (artículo 141). En el segundo caso, cabría destacar el establecimiento, con carácter general, de un límite de naturaleza cuantitativa, de forma tal que el valor nominal de las acciones adquiridas directa o indirectamente, sumándose al de las que ya posean la sociedad adquirente y sus filiales, y, en su caso, la sociedad dominante y sus filiales, no podrá ser superior al veinte por ciento del capital social (artículos 145.1 y 146.1). De hecho, la superación de este límite se traduce en el surgimiento de una obligación de enajenar dichos títulos (artículos 145.1 y 147), pues solo en supuestos muy concretos de libre adquisición se permite el mantenimiento por un periodo indefinido de títulos propios que superen el citado límite: a saber: a) cuando las acciones propias se adquieran en ejecución de un acuerdo de reducción del capital adoptado por la junta general de la sociedad; y b) cuando las participaciones o las acciones íntegramente liberadas se adquieran como consecuencia de una adjudicación judicial para satisfacer un crédito de la sociedad frente a su titular (artículos 144 y 145.1).

¹⁷⁸⁵ De hecho, así lo entienden VANDE VELDE, I., *op.cit.*, p.105; LARKING, B., “The Merger Directive...”, *op.cit.*, p.363; o LOYENS LEFEVRE RÄDLER (EUROPEAN TAX NETWORK), *op.cit.*, p.13.

¹⁷⁸⁶ Esta misma apreciación podría realizarse en relación con lo establecido en el artículo 119.2 de la Directiva 2017/1132/UE.

¹⁷⁸⁷ En este sentido, *vid.*, entre otros, HOFSTÄTTER, M., HOHENWARTER-MAYR, D., *op.cit.*, p.161; TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., *European Tax Law, op.cit.*, p.660; o HELMINEN, M., *EU Tax Law...*, *op.cit.*, p.192; o CALDERÓN CARRERO, J.M., “La regulación española...”, *op.cit.*, p.18. En una línea similar, aunque en relación con la Directiva 2005/56/CE, también parece posicionarse VERMEYLEN, J., *op.cit.*, p.19, quien reconoce, no obstante, que las operaciones de fusión transfronteriza generalmente vendrán acompañadas de una ampliación de capital en sede de la sociedad beneficiaria.

Esta misma conclusión resulta aplicable también a las aportaciones de activos, ámbito en el que se ve incluso reforzada debido al uso del término “*transfer*” (en lugar de “*issue*”) en el tenor literal del artículo 2, apartado d) de la versión en inglés de la Directiva 2009/133/CE, eliminando cualquier connotación lingüística que apuntase hacia la necesidad de que los títulos entregados en contrapartida en el marco de estas operaciones tuviesen que ser necesariamente de nueva creación. Ahora bien, algunos autores han llamado la atención acerca de que en aquellos supuestos en los que la sociedad beneficiaria o dominante hiciera uso de títulos de autocartera podrían surgir rentas gravables como resultado de las diferencias de valoración, a diferencia de lo que sucedería si dichos títulos fuesen emitidos *ad hoc*¹⁷⁸⁸.

En cualquier caso, lo cierto es que, en la actualidad, pueden encontrarse Estados miembros como Bélgica cuya normativa fiscal doméstica deja claro que sólo podrán acceder al régimen de neutralidad fiscal aquellas fusiones, escisiones, canjes de valores, y otras operaciones asimiladas de reorganización empresarial de naturaleza doméstica o intra-europea en las que los títulos entregados en contrapartida por parte de la sociedad beneficiaria sean de nueva creación¹⁷⁸⁹ lo cual, a nuestro juicio, resulta difícilmente compatible con el Derecho de la UE y la jurisprudencia del TJUE al introducir una restricción no prevista en la definición de estas operaciones por parte de la Directiva 2009/133/CE.

5.3. Un apunte acerca de la compensación complementaria en efectivo prevista por la Directiva en los supuestos de fusión, escisión y canje de valores

Tal y como ya hemos tenido ocasión de señalar en anteriores epígrafes de este trabajo, los apartados a), b), c) y e) del artículo 2 de la Directiva 2009/133/CE contemplan la posibilidad de que los socios de la sociedad transmitente (fusiones y escisiones) o dominada (canje de acciones) puedan recibir de forma adicional a los títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria o dominante una compensación adicional en efectivo 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. A este respecto, es importante tener presente que, aun cuando la Directiva 2009/133/CE no aclara su finalidad¹⁷⁹⁰, su presencia está justificada porque el valor de

¹⁷⁸⁸ En este sentido, *vid.* LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *op.cit.*, p.102.

¹⁷⁸⁹ *Vid.* artículo 95 del *Code des Impôts sur les Revenus*. A este respecto nótese que el artículo 620 del *Code des Sociétés* belga permite a las sociedades anónimas adquirir y mantener en el balance títulos propios con arreglo a una serie de condiciones y límites establecidos por el citado precepto.

¹⁷⁹⁰ En este sentido, cabría apuntar que en el plano del Derecho societario europeo tampoco la Directiva 2017/1132/UE hace referencia a la finalidad de la “regla del 10%”, lo cual a nuestro juicio resulta criticable. Por el contrario, la legislación societaria española en materia de reorganizaciones empresariales sí que aporta una idea clara sobre la finalidad de la compensación adicional en efectivo, al establecer el artículo 25.2 de la LME que “cuando sea conveniente para ajustar el tipo de canje, los socios podrán recibir, además, una compensación en dinero que no exceda del diez por ciento del valor nominal de las acciones, de las participaciones o del valor contable de las cuotas atribuidas” (el subrayado es nuestro).

los títulos representativos del capital social de la sociedad transmitente o dominada raramente coincide exactamente con el valor de los títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria o dominante dando lugar a una relación de canje con varios decimales, de forma tal que en algunos supuestos de fusión, escisión (total o parcial), o canje de acciones los socios de la sociedad transmitente o dominada tendrían que recibir fracciones de un título representativo del capital social de la sociedad beneficiaria o dominante¹⁷⁹¹.

Por ello, una alternativa para evitar este resultado pasaría por ajustar el tipo de canje a números enteros de acciones y compensar el resto en efectivo¹⁷⁹². Sin embargo, lo cierto es que entre la doctrina científica han surgido voces críticas que entienden que el cálculo del límite del 10% debería realizarse sobre el valor de mercado de dichos títulos y no sobre su valor nominal, habida cuenta de que el tipo de canje de la operación de reorganización empresarial en cuestión se calcula precisamente tomando como referencia el primero. A juicio de estos autores, cuya opinión compartimos, el planteamiento adoptado por la Directiva 2009/133/CE “perjudica” a aquellas sociedades cuyos títulos presentan un bajo valor nominal en relación con su valor de mercado¹⁷⁹³ y, en cierto modo, incentiva comportamientos consistentes en incrementar artificialmente el valor nominal de los títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria.

Pensemos, por ejemplo, en el caso de una sociedad A, constituida y residente fiscal en el Estado miembro X, que es absorbida por otra sociedad B, constituida y residente fiscal en el Estado miembro Y, siendo el valor de mercado del conjunto de

¹⁷⁹¹ Sobre esta cuestión, *vid.* HOFSTÄTTER, M., HOHENWARTER-MAYR, D., *op.cit.*, p.161; GÓNZALEZ-MENESES, M., ÁLVAREZ, S., *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2013, pp.154-155; o CALDERÓN CARRERO, J.M., “La regulación española...”, *op.cit.*, p.18.

¹⁷⁹² Para una mejor comprensión de la aplicación de la regla del 10% podríamos traer a colación el siguiente ejemplo relativo a una fusión por absorción que fácilmente podría ser extensible a otras operaciones de reorganización empresarial. Supongamos que el capital social de la sociedad A (absorbente) está formado por 15.000 acciones de 5 euros de valor nominal, siendo el valor real de su patrimonio calculado por un experto independiente a efectos de fusión de 200.000 euros. Por su parte, el capital social de la sociedad B (absorbida) está formado por 7.000 acciones de 6 euros de valor nominal, siendo el valor real de su patrimonio neto de 70.000 euros. En el supuesto de que la sociedad A no disponga de acciones propias en autocartera y tuviese que entregar en contrapartida a los socios de la sociedad transmitente B títulos nuevos derivados de una ampliación de capital, el número de acciones nuevas a emitir por la sociedad A vendría dado por el cociente entre el valor real del patrimonio de la sociedad absorbida (70.000) y el valor real de la acción de la absorbente ($200.000/15.000=13,33$), lo que daría un resultado de 5.251 acciones. De este modo, la relación entre el número de acciones de la sociedad absorbida B y el número de acciones a emitir por la sociedad absorbente A sería de 1,33 ($7.000/5.251$), pudiendo establecerse la relación de canje en 4 acciones de la sociedad B (absorbida) por cada 3 acciones de la sociedad A (absorbente). En definitiva, y en términos globales, la sociedad A tendría que emitir 5.250 acciones nuevas y entregar una compensación adicional en efectivo que resultaría de la diferencia entre el valor real del patrimonio de la sociedad B absorbida (70.000) y el valor de las acciones emitidas ($5.250 \times 13,33 \text{ euros} = 69.982,5$), lo que daría un resultado de 17,5 euros, muy por debajo del límite máximo exigido para que la operación pudiera beneficiarse del régimen de neutralidad fiscal y que se situaría en los 2.625 euros ($0,10 \times (5.250 \times 5)$). El ejemplo es de MARTÍNEZ VARGAS, J., LABATUT SERER, G., *op.cit.*, p.205.

¹⁷⁹³ Sobre esta cuestión, *vid.* VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, pp.182-183.

elementos de activo y pasivo transmitidos de 1.000.000 euros. Supongamos que, en contrapartida, la sociedad B debe entregar a los socios de A 95.000 títulos representativos de su capital social con un valor nominal y de mercado de 10 euros por título, junto con una compensación en efectivo por importe de 50.000 euros. En este caso, la compensación en efectivo quedaría dentro del límite del 10% previsto por la Directiva 2009/133/CE (10% de 950.000 = 95.000 > 50.000) y, por ende, la operación podría acogerse al régimen de neutralidad fiscal. Sin embargo, si el valor nominal de los títulos de la sociedad B fuese de 5 euros por título (siendo su valor de mercado 10 euros por título), la compensación en efectivo excedería el límite del 10% (10% de 475.000 = 47.500 < 50.000), cerrando la puerta a la aplicación de las disposiciones de la Directiva¹⁷⁹⁴.

Asimismo, y en relación con la posibilidad prevista por la Directiva de que el cálculo del citado límite del 10% pueda realizarse de forma subsidiaria tomando como referencia un valor equivalente al valor nominal de los títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria o dominante deducido de su contabilidad, cabría señalar que su origen se encuentra ligado a la existencia de acciones sin valor nominal en las legislaciones societarias de determinados Estados miembros (p.ej. Bélgica y Luxemburgo), así como al hecho de que un posible cálculo alternativo de la regla del 10% (en defecto de valor nominal) sobre la base del valor real de los títulos entregados en contrapartida a los socios de la sociedad transmitente o dominada hubiese planteado mayores problemas debido a la dificultad para su determinación¹⁷⁹⁵.

Ciertamente, la finalidad de la compensación en efectivo que acabamos de apuntar contribuye a explicar por qué esta posibilidad no se encuentra prevista por la Directiva para las operaciones de aportación de activos contempladas en su artículo 2, apartado d), para lo cual es importante tener presente que en el marco de estas operaciones no existe un intercambio de títulos en manos de los socios de la sociedad transmitente, y, por ende, un tipo de canje que presente problemas de ajuste. Sin embargo, el hecho de que la sociedad transmitente no pueda recibir, en contrapartida de la aportación realizada, una compensación en efectivo junto con los títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria ha sido criticado por algunos autores que entienden que la admisión de esta posibilidad aportaría mayor flexibilidad a la realización de estas operaciones¹⁷⁹⁶. En una línea similar, también pueden encontrarse voces entre la doctrina que entienden que, en el ámbito de las

¹⁷⁹⁴ Un ejemplo similar puede encontrarse en BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, p.90.

¹⁷⁹⁵ Sobre esta cuestión, aunque desde la perspectiva del Derecho societario, *vid.* GOLDMAN, B., “Rapport concernant le...”, *op.cit.*, p.480.

¹⁷⁹⁶ Así lo entiende, LARKING, B., “The Merger Directive...”, *op.cit.*, p.365. A este respecto, y en el marco del Derecho comparado, cabría traer a colación como en China se abre la puerta a que una aportación transfronteriza de activos en la que tan sólo el 85% de la contraprestación que recibe la sociedad transmitente está integrada en por títulos de la sociedad beneficiaria (dejándose un margen del 15% a otras formas de remuneración) pueda acogerse al régimen de neutralidad fiscal previsto en la Circular 59 y el Boletín nº4, siempre que se dé cumplimiento a una serie de requisitos adicionales (en este sentido, *vid.* YE, H., YU WAN, G., “China’s SAT issues guidance on tax administration of enterprise reorganizations”, *Deloitte World Tax Advisor*, 21 August 2015, p.1).

aportaciones de activos, el recurso a la compensación en efectivo podría resultar necesario a los efectos de “redondear” el número de títulos a emitir por parte de la sociedad beneficiaria¹⁷⁹⁷.

Una vez precisada la finalidad de la compensación en efectivo prevista en el artículo 2 de la Directiva, cabría hacer referencia a sus principales caracteres definidores, establecidos, en gran medida, por la sentencia del TJUE en el asunto *Kofoed*. Ciertamente, y aun cuando la citada resolución se produjo en el marco de un supuesto de canje de valores, no parece que existan grandes dificultades para extender las precisiones realizadas por el Tribunal acerca de la compensación en efectivo a otras operaciones transfronterizas de reorganización empresarial cubiertas por el ámbito de aplicación objetivo de la Directiva 2009/133/CE.

De este modo, podría afirmarse que la compensación adicional en efectivo presenta los siguientes elementos definidores¹⁷⁹⁸: 1) tiene naturaleza complementaria, pues el elemento principal que configura la contraprestación que debe satisfacer la sociedad beneficiaria o dominante está constituido por títulos representativos de su capital social; 2) se integra junto con la transmisión de elementos patrimoniales a la sociedad beneficiaria o dominante en una misma operación, aunque no necesariamente tiene que ser objeto del mismo negocio jurídico¹⁷⁹⁹; 3) debe acordarse con carácter previo a la realización de la operación de reorganización empresarial en cuestión (dentro de la etapa de planificación de la misma), caso en el que tendrá que estar investida de la nota de obligatoriedad; 4) los motivos por los que se realiza la operación carecen de relevancia a los efectos de determinar si una entrega en efectivo efectuada por parte de la sociedad beneficiaria o dominante a los socios de la sociedad transmitente o dominada constituye una “compensación en dinero” a los efectos del artículo 2, apartados a), b), c), y e) de la Directiva 2009/133/CE, sin perjuicio de que puedan ser tenidos en cuenta para valorar la existencia de posibles abusos en el caso concreto de acuerdo con lo establecido en el artículo 15 de la Directiva.

Por tanto, la mera existencia de un vínculo temporal o de otro tipo entre la operación transfronteriza de reorganización empresarial en cuestión y la entrega de una prestación pecuniaria por parte de la sociedad beneficiaria o dominante a los antiguos socios de la sociedad transmitente o dominada (los cuales, con posterioridad a la realización de la operación serán socios de la sociedad beneficiaria o dominante), o bien

¹⁷⁹⁷ Así lo entiende, VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.258.

¹⁷⁹⁸ Vid. STJUE de 5 de julio de 2007, asunto C-321/05, *Hans Markus Kofoed v. Skatteministeriet*, aps.28-29.

¹⁷⁹⁹ En este sentido, cabría traer a colación las Conclusiones de la Abogado General Kokott, presentadas el 8 de febrero de 2007, asunto C-321/05, *Kofoed*, ap.45 donde se afirmaba que “entre las distintas versiones lingüísticas del artículo 2, letra d), de la Directiva 90/434, únicamente la neerlandesa parece utilizar el concepto relativamente estricto de «*rechtshandeling*», mientras que las versiones checa («*operace*»), danesa («*transaktion*»), griega («*πράξη*»), inglesa («*operation*»), española («*operación*»), estonia («*tehing*»), finesa («*liiketoimi*»), francesa («*operation*»), húngara («*művelet*»), italiana («*operazione*»), lituana («*operacija*»), letona («*operacija*»), maltesa («*hidma*»), polaca («*operacja*»), portuguesa («*operação*»), eslovaca («*operácia*»), eslovena («*operacija*») y sueca («*förfarande*») utilizan todas fórmulas amplias, que son comparables al término alemán «*Vorgang*»”.

de un hipotético ánimo de fraude en el diseño de la operación, no resultan suficientes para que dicha entrega pueda ser incluida dentro del concepto de “compensación en dinero” a efectos de aplicación del artículo 2 de la Directiva, sino que deberá analizarse en cada caso concreto y a la luz del conjunto de circunstancias presentes en el mismo si la entrega de efectivo de que se trate está configurada como una contraprestación obligatoria en relación con la adquisición de un conjunto de elementos de activos y pasivo procedente de la sociedad transmitente por parte de la sociedad beneficiaria o con la adquisición por parte de la sociedad dominante de un conjunto de títulos representativos del capital social de la sociedad dominada (p.ej. si existiese un acuerdo previo entre los socios de la sociedad transmitente o dominada y la sociedad beneficiaria o dominante relativo a la obligatoriedad de que esta última llevase a cabo un reparto de dividendos con posterioridad a la operación de reorganización empresarial en cuestión)¹⁸⁰⁰. De este modo, podría decirse que, inspirado en buena medida por el principio de seguridad jurídica¹⁸⁰¹, el TJUE ha optado por una interpretación restrictiva del concepto de “compensación en dinero” que figura en el artículo 2 de la Directiva 2009/133/CE¹⁸⁰².

Otro de los caracteres definidores de la compensación en efectivo prevista en el artículo 2 de la Directiva, reside en que las cantidades de dinero que perciban por este concepto los socios de la sociedad transmitente o dominada en el marco de operaciones

¹⁸⁰⁰ Vid. STJUE de 5 de julio de 2007, asunto C-321/05, *Hans Markus Kofoed v. Skatteministeriet*, aps.31-34. A este respecto, y en relación con la necesidad de acuerdo previo en el que se fije el reparto de dividendos con posterioridad a la operación en favor de los socios de la sociedad beneficiaria/dominante (antiguos socios de la sociedad transmitente o dominada), ya hemos apuntado que el criterio interpretativo establecido en el asunto *Kofoed* resulta particularmente flexible si tenemos en cuenta que en el caso analizado por el Tribunal, por una parte, el dinero empleado para el reparto de dividendos por parte de la sociedad dominante procedía de un reparto de dividendos previo efectuado por la sociedad dominada y, por otra parte, el poder de decisión acerca de la realización de la operación de canje de valores, del reparto de dividendos de la sociedad dominada, así como del reparto de dividendos llevado a cabo por la sociedad dominante, recaía sobre los mismos socios.

¹⁸⁰¹ En este sentido, cabría señalar como el citado principio de seguridad jurídica exige que las normas de Derecho de la UE resulten claras y precisas (especialmente cuando las mismas presenten implicaciones financieras) con el fin de que los interesados puedan conocer sin ambigüedad sus derechos y obligaciones, y adoptar las medidas oportunas en consecuencia (vid. SSTJUE de 15 de julio de 2010, asunto C-582/08, *Comisión Europea v. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, ap.49; de 10 de marzo de 2009, asunto C-345/06, *Gottfried Heinrich*, ap.44; o de 21 de junio de 2007, asunto C-158/06, *Stichting ROM-projecten v. Staatssecretaris van Economische Zaken*, aps.25-26; de 16 de marzo de 2006, asunto C-94/05, *Emsland-Stärke GmbH v. Landwirtschaftskammer Hannover*, ap.43; o de STJUE de 21 de febrero de 2006, asunto C-255/02, *Halifax plc y otros v. Commissioners of Customs & Excise*, ap.72). A este respecto, resultan ilustrativas las palabras de la Abogado General Kokott en sus Conclusiones presentadas el 8 de febrero de 2007, asunto C-321/05, *Kofoed*, ap.50, cuando afirma que “los interesados tienen que poder prever con seguridad suficiente las consecuencias fiscales que esta transacción tiene para ellos. Tan sólo así podrán valorar de modo razonable si dicha operación tiene sentido para ellos desde el punto de vista económico. En cambio, los efectos fiscales serían incalculables si existiera el riesgo de que, al realizar la calificación fiscal de un canje de acciones, también fuera necesario incluir a posteriori las prestaciones dinerarias que meramente se hubieran abonado en una estrecha relación temporal con dicho canje, pero que las partes no hubieran acordado de forma vinculante como contraprestación por la atribución de acciones”.

¹⁸⁰² A favor de esta interpretación, y alegando razones de seguridad jurídica, ya se había mostrado WINTER-SØRENSEN, N., “Pending case filed by Danish Courts: The Kofoed case”, en LANG, M., SCHUCH, J., STARINGER, C. (eds.) *ECJ-Recent Developments in Direct Taxation 2007*, Linde, Wien, 2007, p.31.

de fusión, escisión (total o parcial), o canje de valores, quedan al margen del sistema de diferimiento de forma tal que los Estados miembros podrán proceder a su gravamen de forma inmediata¹⁸⁰³. A este respecto, no conviene perder de vista que uno de los fundamentos sobre los que se construye el sistema del diferimiento de las rentas, beneficios o plusvalías puestas de manifiesto como resultado de las diferentes operaciones transfronterizas de reorganización empresarial en sede de los socios de la sociedad transmitente o dominada reside que éstos no perciben, con carácter general, cantidades en efectivo por los títulos que ostentaban en el capital de dicha sociedad sino títulos de la sociedad beneficiaria o dominante y, por ello, la exigencia inmediata del pago de los impuestos correspondientes podría generarles, más allá del impacto en términos económicos, un problema de falta de liquidez. Sin embargo, en la medida en que se acuerde la entrega de una compensación adicional en efectivo a los socios de la sociedad transmitente o dominada, no habría problema alguno en que ésta fuera utilizada para el pago del correspondiente impuesto¹⁸⁰⁴.

Por otra parte, y en relación con el límite del 10%, cabría señalar que si bien del tenor literal de la fórmula empleada por el artículo 2, apartados a), b), c), y e) de la Directiva 2009/133/CE puede extraerse de forma clara que la cifra de efectivo entregada con carácter adicional a los socios de la sociedad transmitente o dominada nunca podrá superar, en términos globales, el 10% del valor nominal de los títulos representativos del capital social de dicha sociedad que integran el elemento esencial de la contraprestación, se plantean dudas acerca si el citado límite también resulta de aplicación en relación con cada uno de los socios de la sociedad transmitente o dominada. Ciertamente, nos encontramos ante una cuestión que no resulta baladí pues, mientras que la opción por una aplicación “individual” del límite del 10% implica que se verifique automáticamente el respeto a dicho límite en términos globales, si entendemos que la Directiva Fiscal de Fusiones sólo exige el cumplimiento del límite del 10% en términos globales (planteamiento seguido por Estados miembros como Finlandia, Hungría, o República Checa¹⁸⁰⁵), podría darse el caso de que la compensación recibida por parte de algunos socios de la sociedad transmitente o dominada estuviese integrada casi en su totalidad por efectivo sin que esto determinase la no aplicación del régimen de neutralidad fiscal a la operación en cuestión.

A este respecto, no han faltado voces en la doctrina que apuntan a que una interpretación en términos globales de la regla del 10% permitiría “comprar” a los socios minoritarios de la sociedad transmitente o dominada reacios a la realización de la operación¹⁸⁰⁶, o bien emplear el importe de la compensación en efectivo para satisfacer su derecho de separación en aquellos supuestos en los que este derecho estuviese reconocido por la legislación societaria del Estado miembro en cuestión, siempre, claro está, que el valor de la participación de los socios minoritarios no obligase a la sociedad

¹⁸⁰³ Vid. artículo 8.9 de la Directiva 2009/133/CE.

¹⁸⁰⁴ En este sentido, vid. TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., *European Tax Law, op.cit.*, p.667.

¹⁸⁰⁵ Vid. LOZEV, K., *op.cit.*, p.86.

¹⁸⁰⁶ En este sentido, vid. VANDE VELDE, I., *op.cit.*, p.91; o TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., *European Tax Law, op.cit.*, p.667.

beneficiaria o dominada a realizar un pago en efectivo que excediese en su conjunto el 10% del valor nominal de las participaciones representativas de su capital social entregadas en contrapartida¹⁸⁰⁷. De hecho, algún Estado miembro como Eslovenia contempla la posibilidad de que, en el marco de una operación de canje de valores cubierta por el régimen de neutralidad fiscal, algunos socios de la sociedad dominada puedan ser compensados íntegramente con dinero (sin recibir, por tanto, título alguno de la sociedad dominante), con la única condición de que el importe en efectivo percibido por dichos socios no supere el 5% del valor nominal de los títulos transmitidos en el marco de la operación¹⁸⁰⁸.

En nuestra opinión, una interpretación apegada al tenor literal de los apartados a), b), c), y e) del artículo 2 de la Directiva 2009/133/CE vendría a impedir que alguno de los socios de la sociedad transmitente o dominada pudiese recibir en contrapartida únicamente una cantidad en efectivo o una compensación en efectivo superior al 10% del valor nominal de los títulos de la sociedad beneficiaria que le son atribuidos, aun cuando en términos globales ésta no se superase el límite del 10%¹⁸⁰⁹.

Asimismo, la finalidad a la que sirve la compensación en efectivo en el marco de la Directiva Fiscal de Fusiones (eliminar las fracciones de acciones), el carácter “complementario” que le otorga la jurisprudencia del TJUE¹⁸¹⁰, así como la propia naturaleza de las operaciones de fusión, escisión y canje de valores cubiertas por su ámbito de aplicación que, como sabemos, pivota precisamente sobre la atribución de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria o dominante a los socios de la sociedad transmitente o dominada (garantizando así el principio de continuidad del interés de los socios), parecen situarse en contra de la posibilidad de que alguno de los socios de la sociedad transmitente o dominada pueda recibir una compensación en efectivo superior al 10% del valor nominal de los títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria o dominante que le son atribuidos como resultado de la operación¹⁸¹¹. Ahora bien, a nuestro juicio, el ejercicio

¹⁸⁰⁷ En este sentido, *vid.* VANISTENDAEL, F., “Taxation of corporate...”, *op.cit.*, p.912.

¹⁸⁰⁸ Sobre esta cuestión, *vid.* ZORMAN, G., JANEZIC, K., *op.cit.*, p.601.

¹⁸⁰⁹ En contra, *vid.* BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, pp.91-92, quien, apoyándose en el tenor literal de la Directiva 2009/133/CE, se ha mostrado partidario de dar cobertura bajo su ámbito de aplicación a aquellas operaciones transfronterizas de reorganización empresarial en las que alguno de los socios de la sociedad transmitente o dominada reciba una compensación en efectivo superior al 10% del valor nominal de los títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria o dominante que le son atribuidos como resultado de la operación, sin perjuicio de que posibles supuestos abusivos pudiesen combatirse mediante la aplicación de la cláusula contenida en el artículo 15.1 de la Directiva.

¹⁸¹⁰ *Vid.* STJUE de 5 de julio de 2007, asunto C-321/05, *Hans Markus Kofoed v. Skatteministeriet*, ap.28.

¹⁸¹¹ En una línea similar, y en favor de la aplicación “individual” de la regla del 10%, se han mostrado VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, pp.182 y 321, para quien el hecho de que de los socios minoritarios de la sociedad transmitente que se opusieran a la operación pudieran ser compensados íntegramente en efectivo (en ejercicio de su derecho de separación), determinaría la no aplicación del régimen de neutralidad fiscal previsto en la Directiva 2009/133/CE; SÁNCHEZ OLIVÁN, J., *La fusión y la escisión de sociedades. Aportaciones de activos y canjes de valores*, Edersa, Madrid, 1998, p.47; o GÓNZALEZ-MENESES, M., ÁLVAREZ, S., *op.cit.*, p.154, quien, partiendo de la normativa doméstica española, parece inclinarse por este planteamiento, si bien expresa sus dudas acerca de si la infracción de la regla del 10% en relación con un determinado socio de la sociedad transmitente o dominada determinaría la no aplicación del régimen fiscal especial únicamente con respecto a dicho socio

de un derecho de separación por parte de alguno de los socios minoritarios de la sociedad transmitente o dominada¹⁸¹² no debería impedir el acceso de la operación transfronteriza de reorganización empresarial en su conjunto al régimen de neutralidad fiscal previsto por la Directiva 2009/133/CE (quedando únicamente dichos socios al margen de las disposiciones que integran el citado régimen), sin perjuicio, claro está, de que posibles supuestos abusivos o fraudulentos pudiesen ser combatidos a través de la cláusula prevista en el artículo 15.1 de la Directiva.

Por último, y en relación con el umbral máximo del 10% fijado por la Directiva para la posible entrega de una compensación adicional en efectivo a los socios de la sociedad transmitente o dominada, cabría comenzar recordando que, en la medida dicha compensación en dinero supone una excepción a los principios de continuidad del interés de los socios y de proporcionalidad, resulta lógico que la norma comunitaria establezca un límite cuantitativo al objeto de conservar la naturaleza de las citadas operaciones y evitar que éstas se conviertan, según el caso, en una mera compra-venta de elementos patrimoniales o en un mecanismo de exclusión de socios¹⁸¹³. A este respecto, es importante tener presente que el citado límite del 10% ya figuraba en la Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones de 1969¹⁸¹⁴ y, a juicio de algunos autores, resulta suficiente en la mayoría de los casos para compensar a los socios de la sociedad transmitente o dominada que, como resultado de una relación de canje con varios decimales, tendrían que recibir fracciones de un título representativo del capital social de la sociedad beneficiaria o dominante¹⁸¹⁵. De hecho, las legislaciones fiscales domésticas de Estados miembros como España¹⁸¹⁶, Finlandia¹⁸¹⁷, Francia¹⁸¹⁸, Italia¹⁸¹⁹,

o, por el contrario, supondría que la operación en su conjunto quedase fuera del régimen de neutralidad fiscal.

¹⁸¹² A este respecto, nótese como, en el plano del Derecho societario europeo, la Directiva 2017/1132/UE reconoce en el marco de las operaciones transfronterizas de fusión, escisión y transformación cubiertas por su ámbito de aplicación un derecho de separación en favor de los socios que votaron en contra de la operación sujeto a una serie de condiciones (*vid.* artículos 86 *decies*, 126 *bis*, y 160 *decies* de la Directiva 2017/1132/UE).

¹⁸¹³ En este sentido, *vid.* BECH-BRUUN, LEXIDALE, *op.cit.*, p.110; y PAPADOPOULOS, T., “The Magnitude of...”, *op.cit.*, p.539. A este respecto, algún autor ha señalado que, en la medida en que las operaciones de reorganización empresarial cubiertas por la Directiva 2009/133/CE suponen la continuidad de la actividad desarrollada en sede de la sociedad transmitente por parte de la sociedad beneficiaria, el desembolso de una importante cantidad de efectivo por parte de esta última para retribuir a los socios de la sociedad transmitente podría afectar negativamente a su capacidad para llevar a cabo la actividad recibida (en este sentido, *vid.* THÖMMES, O., “Merger Directive”, en THÖMMES, O., FUKS, E., *EC Corporate Tax Law*, vol.1, IBFD, Amsterdam, 2004, art.2, p.32). En contra de este planteamiento, y en favor de eliminar el límite del 10% de la Directiva 2009/133/CE por constituir un elemento que restringe de forma innecesaria el ámbito de aplicación objetivo de la Directiva 2009/133/CE y no contribuye a garantizar los derechos impositivos de los Estados miembros, *vid.* BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, p.90.

¹⁸¹⁴ De hecho, incluso con anterioridad a la Propuesta de Directiva de 1969, la Ley alemana de Sociedades Anónimas (*Aktiengesetz*) de 6 de septiembre de 1965, en su sección 344(2), ya limitaba a un 10% del valor nominal de los títulos emitidos por la sociedad beneficiaria la cuantía de la compensación complementaria en efectivo que podían percibir los socios de la sociedad transmitente en el marco de las operaciones de fusión empresarial propiamente dichas (en este sentido, *vid.* “Germany: Taxation of mergers and similar transactions”, *European Taxation*, vol.9, nº5, 1969, p.95).

¹⁸¹⁵ En este sentido, *vid.* VANISTENDAEL, F., “Taxation of corporate...”, *op.cit.*, p.912.

¹⁸¹⁶ *Vid.* artículo 76 de la LIS.

o Portugal¹⁸²⁰ no permiten que la compensación adicional en efectivo percibida por los socios de la sociedad transmitente o dominada supere el 10% del valor nominal de los títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria o dominante entregados en contrapartida para que la operación de fusión, escisión o canje de valores pueda acceder al régimen de neutralidad fiscal.

Ahora bien, lo cierto es que en este punto la Directiva 2009/133/CE se aleja de su homóloga en el plano del Derecho societario europeo, la Directiva 2017/1132/UE, por cuanto esta última extiende su ámbito de aplicación objetivo a las operaciones de fusión y escisión (total o parcial) transfronteriza en las que la legislación de al menos uno de los Estados miembros afectados permita que la compensación en efectivo supere el 10% del valor nominal o, a falta de valor nominal, del valor contable de los títulos o participaciones que representen el capital de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza¹⁸²¹ (tal y como sucede, por ejemplo, en Alemania, Finlandia, Irlanda, Luxemburgo o Suecia¹⁸²²) o de las sociedades beneficiarias de la escisión¹⁸²³, lo cual aporta un notable grado de flexibilidad a las sociedades participantes en dichas operaciones y se aproxima más a las condiciones propias del mercado de capitales¹⁸²⁴. Sin embargo, y como ya hemos tenido ocasión de apuntar, esta divergencia se fundamenta en la ausencia de una identidad total entre los fines perseguidos por ambas normas de Derecho de la UE.

Por ello, a nuestro juicio, no sería conveniente extender el ámbito de aplicación objetivo de la Directiva 2009/133/CE a este tipo de supuestos ya que, el hecho de que el límite máximo para el importe de la eventual compensación en efectivo viniese determinado por las legislaciones nacionales de los Estados miembros, podría abrir la puerta del régimen de neutralidad fiscal a operaciones cuyos fines reorganizativos estuviesen muy diluidos o resultasen prácticamente inexistentes, asemejándose más a una mera compra-venta de elementos patrimoniales, lo cual resultaría contrario a la finalidad para la que fue concebida la Directiva Fiscal de Fusiones¹⁸²⁵. Ahora bien, lo cierto es que, en la práctica, algunos Estados miembros como Alemania, Dinamarca o Suecia han extendido de forma unilateral la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a operaciones de reorganización empresarial en las que la compensación en efectivo superaba el límite del 10%¹⁸²⁶.

No obstante, y sobre la base de la libertad de establecimiento prevista en el TFUE, aquellos Estados miembros cuyas legislaciones societarias domésticas admitan

¹⁸¹⁷ En este sentido, *vid.* RAITASUO, O., HALTIA-TAPIO, J., “Finland”, en VAN GERVEN, D. (ed.), *Cross-border Mergers in Europe*, vol.II, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p.13.

¹⁸¹⁸ *Vid.* artículo 210-0 A del *Code Général des Impôts*.

¹⁸¹⁹ *Vid.* artículo 178 del *Testo Unico delle Imposte sui Redditi*.

¹⁸²⁰ *Vid.* artículo 73 del *Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas*.

¹⁸²¹ *Vid.* artículo 120.1 de la Directiva 2017/1132/UE.

¹⁸²² Sobre esta cuestión, BECH-BRUUN, LEXIDALE, *op.cit.*, pp.110 y 140-141.

¹⁸²³ *Vid.* artículo 160 *bis*, apartado 2 de la Directiva 2017/1132/UE.

¹⁸²⁴ En este sentido, *vid.* PAPADOPOULOS, T., “Legal Perspectives on...”, *op.cit.*, p.5.

¹⁸²⁵ En contra, *vid.* VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.190.

¹⁸²⁶ *Vid.* LOZEV, K., *op.cit.*, p.86.

compensaciones en efectivo superiores al 10% en el marco de operaciones de reorganización empresarial de naturaleza domésticas deberán extender el tratamiento fiscal aplicable a las mismas a las operaciones intra-europeas de reorganización empresarial en las que también se verifique esta circunstancia. Mayores problemas plantearían aquellos casos en los que un Estado miembro no permite la realización de operaciones de reorganización empresarial de naturaleza interna en las que la compensación en efectivo vulnere la regla del 10%, pero se ve obligado a hacerlo cuando dichas operaciones se llevan a cabo en el ámbito transfronterizo por aplicación de lo establecido en los artículos 120.1 y 160 *bis*, apartado 2 de la Directiva 2017/1132/UE. En este tipo de supuestos, y siempre que el importe de la compensación en efectivo percibida en el marco de la operación transfronteriza de reorganización empresarial en cuestión no llegue a desvirtuar su naturaleza (de forma tal que pueda considerarse como “objetivamente comparable” a su homóloga de carácter interno en la que se respeta la regla del 10%), algún autor se ha mostrado partidario de extender por la vía de la libertad de establecimiento el mismo tratamiento fiscal aplicable a las reorganizaciones empresariales de naturaleza doméstica, al entender que el hecho de que la compensación en efectivo supere la regla del 10% no impactaría negativamente sobre los derechos de gravamen del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente (ya que con posterioridad a la operación éstos seguirían proyectándose sobre el establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria localizado en su territorio), ni sobre los derechos de gravamen de los Estados miembros competentes para gravar a los socios de la sociedad transmitente que no hubiesen percibido una compensación íntegramente en efectivo¹⁸²⁷.

En cualquier caso, es importante tener presente que, si bien no existiría inconveniente alguno en que los Estados miembros extendiesen de forma unilateral el régimen de neutralidad fiscal a operaciones transfronterizas de fusión, escisión (total o parcial), y canje de valores en las que la compensación en efectivo superase el límite del 10%, más allá de posibles problemas de seguridad jurídica derivados de la introducción de un componente de heterogeneidad por lo que respecta a la aplicación de las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE en el seno de la UE, no sucedería lo mismo en aquellos supuestos en los que las legislaciones fiscales de los Estados miembros estableciesen un límite inferior al fijado por la Directiva para la compensación en efectivo o incluso excluyesen la posibilidad de que los socios de la sociedad transmitente o dominada pudieran recibir, junto con los títulos de la sociedad beneficiaria o dominante, una compensación adicional en efectivo.

Por otra parte, y aun cuando el legislador europeo podría plantearse la posibilidad de elevar ligeramente el límite del 10% previsto en la Directiva 2009/133/CE con el fin de dotar a su contenido de una mayor flexibilidad que repercuta de forma positiva en los procesos de movilidad y cooperación transfronteriza entre

¹⁸²⁷ En este sentido, *vid.* VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, pp.342-343.

empresas europeas¹⁸²⁸, a nuestro juicio, y sobre la base de los motivos anteriormente señalados, no resultaría adecuado que la Directiva 2009/133/CE optase, al objeto de flexibilizar su ámbito de aplicación, por la fórmula similar a la empleada por la Directiva 2008/7/CE a la hora de definir las operaciones de reorganización empresarial que no tienen la consideración de aportaciones de capital, habida cuenta de que dicha norma no establece un límite máximo para la posible compensación en efectivo, sino que su artículo 4 simplemente se limita a exigir que la contrapartida de la transmisión patrimonial efectuada por la sociedad transmitente o dominada consista, al menos parcialmente, en valores representativos del capital de la beneficiaria o dominante¹⁸²⁹.

¹⁸²⁸ A este respecto, cabría señalar, por una parte, que tal posibilidad no podría en riesgo los derechos impositivos de los Estados miembros (*vid.* artículo 8.9 de la Directiva 2009/133/CE) y, por otra parte, que en la medida en que la contraprestación recibida por los socios de la sociedad transmitente o dominada siguiese estando constituida fundamentalmente por títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria o dominante y la operación en cuestión persiguiese un fin genuinamente reorganizativo, se estarían salvaguardando algunos de los principios fundamentales sobre los que se construye el régimen de neutralidad fiscal configurado por la Directiva 2009/133/CE.

¹⁸²⁹ En el plano del Derecho comparado, algunos sistemas legislativos como el norteamericano han optado por extender el régimen de neutralidad fiscal a determinadas operaciones de fusión (*statutory mergers or consolidations*) en las que se permite que los socios de la sociedad o sociedades transmitentes reciban, junto con los títulos representativos del capital de la sociedad beneficiaria, una compensación en efectivo o en otro tipo de bienes sin que se establezca *a priori* un límite concreto (*vid.* sección 368 (a)(1)(A) del *U.S Tax Code* en relación con la sección 1.368-2 (b)(1)(ii) del *Code of Federal Regulations*). No obstante, y en la medida en que la aplicación del régimen de neutralidad fiscal norteamericano exige, entre otras cuestiones, la garantía de la continuidad del negocio y del interés de los socios en el caso concreto (*vid.* AVDEEV, V., “Tax implications of a merger: a case study”, *Review of Business and Finance Studies*, vol.5, nº1, 2014, p.51), algunos autores han apuntado que, incluso en las *statutory mergers o consolidations*, al menos el 40% de la contraprestación recibida por los socios de la sociedad o sociedades transmitentes debía estar integrada por títulos representativos del capital de la sociedad beneficiaria (en este sentido, *vid.* SCHWARTZMAN, R.A., “Expansion of Mergers and Consolidation Provisions”, *The CPA Journal*, vol.75, nº6, 2005, p.58).

CAPÍTULO VIII. MEDIDAS QUE INTEGRAN EL RÉGIMEN DE NEUTRALIDAD FISCAL CONFIGURADO POR LA DIRECTIVA 2009/133/CE

1. Tratamiento fiscal de las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial en sede de las sociedades participantes en las mismas

1.1. El diferimiento del gravamen de las plusvalías latentes puestas de manifiesto como resultado de la operación

1.1.1. La configuración de la regla prevista en el artículo 4.1 de la Directiva

1.1.1.1. Consideraciones generales

Tal y como hemos tenido ocasión de apuntar en anteriores epígrafes de este trabajo, uno de los principales obstáculos (aunque no el único) a los que tenían que hacer frente tradicionalmente las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial giraba en torno a su elevado coste fiscal, resultado del gravamen inmediato en sede de la sociedad transmitente de las plusvalías latentes vinculadas a los elementos patrimoniales transferidos y puestas de manifiesto en el momento de realización de la operación en cuestión como resultado de la diferencia entre su valor de mercado y su valor en libros minorado en el importe de amortizaciones y otras correcciones de valor (fundamentalmente provisiones) que hubiesen sido fiscalmente deducibles¹⁸³⁰. A este respecto, no conviene perder de vista que, con carácter general, la transmisión patrimonial efectuada en el marco de estas operaciones no determinaba la entrada de efectivo en las arcas de la sociedad transmitente, lo cual podía traducirse adicionalmente en problemas de liquidez para hacer frente al pago del impuesto correspondiente¹⁸³¹.

Por ello, dentro del conjunto de medidas que integran el régimen fiscal común configurado por la Directiva 2009/133/CE con el fin de eliminar las restricciones, desventajas o distorsiones derivadas de las disposiciones fiscales de los Estados miembros que afectaban negativamente a la realización de operaciones de fusión, escisión (total o parcial), aportación de activos, canje de valores, y traslado del domicilio social de la SE y de la SCE en el plano intra-europeo, evitando, en la medida de lo posible, que las consecuencias tributarias de las operaciones de reorganización empresarial de carácter transfronterizo resultasen más onerosas que las asociadas a estas operaciones cuando eran llevadas a cabo por sociedades de un mismo Estado miembro,

¹⁸³⁰ En este sentido, *vid.* LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., HERRERA MOLINA, P., *op.cit.*, p.45.

¹⁸³¹ *Vid.* TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., *European Tax Law, op.cit.*, p.657; o IBFD, *Survey of the implementation of the EC Corporate Tax Directives*, IBFD, Amsterdam, 1995, p.16.

destaca la introducción de un sistema de diferimiento del gravamen (*roll-over relief*) de las posibles plusvalías surgidas en sede la sociedad transmitente hasta el momento de su realización efectiva¹⁸³² por parte de la sociedad beneficiaria (p.ej. debido a su transmisión a una sociedad no participante en la operación).

Ciertamente, nos encontramos ante un mecanismo ya conocido por las legislaciones tributarias domésticas de algunos Estados miembros incluso con anterioridad a la Propuesta de Directiva de 1969 (p.ej. Alemania o Francia) que, estrechamente vinculado al principio de continuidad (tanto de la actividad empresarial, entendida en sentido amplio¹⁸³³, como del interés de los socios), por una parte, contribuye a garantizar la neutralidad fiscal de las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial cubiertas por el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE, eliminando el elevado coste que supondría el gravamen inmediato de las plusvalías puestas de manifiesto en el momento de su realización, y, por otra parte, resulta respetuoso con los intereses financieros del Estado miembro de la sociedad transmitente, debido al establecimiento de una serie de requisitos orientados a la protección de sus derechos impositivos a los que nos referiremos con detalle posteriormente¹⁸³⁴.

De este modo, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 4.1 de la Directiva 2009/133/CE, puesto en relación con lo dispuesto en su artículo 9, las operaciones transfronterizas de fusión, escisión (total o parcial), y aportación de activos no implicarán “gravamen alguno sobre las plusvalías determinadas por la diferencia entre el valor real de los elementos de activo y de pasivo transferidos y su valor fiscal”. A este respecto cabría señalar que el tenor literal del citado precepto no establece de forma explícita quién es el destinatario de la denominada “regla del diferimiento”. Por ello, y aun cuando en la gran mayoría de los casos el encargado de su aplicación será el Estado miembro de residencia fiscal de la sociedad transmitente (al ser, con carácter general, el competente para proceder al gravamen de las posibles plusvalías latentes surgidas como resultado la transmisión del conjunto patrimonial desde la sociedad transmitente hacia la sociedad beneficiaria)¹⁸³⁵, a juicio de algunos autores no puede excluirse que la regla prevista en el artículo 4.1 de la Directiva se proyecte sobre otros Estados miembros

¹⁸³² Vid. SSTJUE de 11 de diciembre de 2008, asunto C-285/07, *A.T. v. Finanzamt Stuttgart-Körperschaften*, ap.4; o de 5 de julio de 2007, asunto C-321/05, *Kofoed v. Skatteministeriet*, ap.4.

¹⁸³³ En este sentido, resultan ilustrativas las palabras de COZIAN, M., DEBOISSY, F., *op.cit.*, p.724, cuando, en relación con la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a operaciones de fusión, afirman que “el régimen de Derecho común descansa sobre la idea de la muerte: la disolución de la sociedad absorbida y la cesación de la actividad. El régimen de favor exalta por el contrario el principio de la vida: la actividad de la sociedad absorbida se prolonga en el nuevo marco de la sociedad absorbente”.

¹⁸³⁴ Sobre esta cuestión, vid. NAVARRO EGEA, M., “La fusión de...”, *op.cit.*, p.100; o VANISTENDAEL, F., “Taxation of corporate...”, *op.cit.*, p.896.

¹⁸³⁵ En este sentido, vid. HOFSTÄTTER, M., HOHENWARTER-MAYR, D., *op.cit.*, p.164; VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.203; o BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, p.147, quien entiende que el hecho de que la regla prevista en el artículo 4.1 de la Directiva 2009/133/CE se dirija al Estado miembro de la sociedad transmitente resulta coherente con lo establecido en los artículos 4.2, apartado b) y 4.4 de la citada norma, así como en el Considerando nº 7 de su Preámbulo, donde se pone de manifiesto la necesidad de que la aplicación del sistema de diferimiento no menoscabe los derechos de gravamen del Estado miembro de la sociedad transmitente.

involucrados en la operación transfronteriza de reorganización empresarial en cuestión y que tengan competencias para gravar las plusvalías puestas de manifiesto en el marco de la misma como resultado de la aplicación de las disposiciones contenidas un CDI (p.ej. el Estado miembro de residencia fiscal de una sociedad cuyos títulos son transferidos por la sociedad transmitente residente en otro Estado miembro, o el Estado miembro donde se localizan determinados bienes inmuebles de la sociedad transmitente residente en otro Estado miembro)¹⁸³⁶. Asimismo, no puede perderse de vista que el propio TJUE ha tenido ocasión de declarar, en relación con la regla establecida en el artículo 4.1 de la Directiva, que la obligación de neutralidad fiscal se genera “respecto de la sociedad beneficiaria y de la sociedad transmitente”¹⁸³⁷.

Ahora bien, no puede perderse de vista que una cosa es diferir el gravamen de las posibles plusvalías latentes hasta el momento de su realización efectiva y, otra bien distinta, garantizar el surgimiento de una deuda fiscal en favor del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente en el momento de transmisión a un tercero de los elementos patrimoniales recibidos por la sociedad beneficiaria, ya que esto sólo se producirá en aquellos supuestos en los que el valor de transmisión/enajenación de los mismos resulte superior al valor fiscal por el que figuraban en sede del establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria situado en el territorio del Estado miembro de la sociedad transmitente. De este modo, la oscilación en el valor de mercado de los elementos patrimoniales transferidos en el marco de una operación transfronteriza de reorganización empresarial cubierta por el ámbito de aplicación de la Directiva vendría a configurarse como un riesgo al que deben exponerse de forma indirecta las autoridades fiscales de los Estados miembros y que, en ningún caso, podría justificar la adopción de medidas orientadas al gravamen de plusvalías no realizadas en el marco de dichas operaciones.

Asimismo, conviene tener presente que el hecho de que las posibles plusvalías latentes vinculadas a los activos transferidos no se integren en la base imponible de la sociedad transmitente en el momento en que se lleva a cabo la operación de reorganización empresarial en cuestión pivota sobre una suerte de “ficción de no realización” del hecho imponible del impuesto que las grava (que vendría determinada por el cambio de titularidad de los elementos de activo y pasivo) sin que, en modo alguno, pueda entenderse que nos encontramos ante una exención impositiva definitiva¹⁸³⁸, pues la carga tributaria se traslada desde la sociedad transmitente a la sociedad beneficiaria (manteniéndose, eso sí, el Estado miembro competente para exigirla). En otras palabras, podría decirse que la sociedad beneficiaria se subroga en la

¹⁸³⁶ Así lo entiende, VANDE VELDE, I., *op.cit.*, pp.98-99.

¹⁸³⁷ *Vid.* STJUE de 19 de diciembre de 2012, asunto C-207/11, *3D I Srl v. Agenzia delle Entrate — Ufficio di Cremona*, ap.26.

¹⁸³⁸ En este sentido, *vid.* COZIAN, M., DEBOISSY, F., *op.cit.*, p.726; o OUDENOT, P., *Fiscalité des groupes et des restructurations*, LexisNexis, Paris, 2011, p.338. En este sentido, nótese como el uso de la expresión inglesa “*tax exemption*” en el marco de estas operaciones con acceso a un régimen de neutralidad fiscal (*vid.*, a título de ejemplo, TOMSETT, E., *op.cit.*, p.126) y que, frecuentemente, son calificadas como “*tax-free reorganizations*” podría introducir una cierta confusión al respecto.

posición de la sociedad transmitente frente a las autoridades tributarias del Estado miembro de residencia de esta última; de ahí la necesidad de supeditar la aplicación de la regla de diferimiento al cumplimiento de una serie de requisitos orientados a garantizar los derechos de gravamen del Estado miembro de la sociedad transmitente.

Ahora bien, y en relación con esta cuestión, cabría señalar como, de acuerdo con lo establecido en el Auto del TJUE en el asunto C-438/18, *Galeria Parque Nascente-Exploração de Espaços Comerciais, SA*, los Estados miembros podrán denegar a la sociedad beneficiaria (o, más bien, a su establecimiento permanente localizado en el Estado miembro de la sociedad transmitente) la deducibilidad de los intereses vinculados a un préstamo suscrito en su momento por la sociedad transmitente (la cual venía deduciéndose los mismos como gastos financieros) y que es transferido a la sociedad beneficiaria en el marco de una operación de fusión, por cuanto, a juicio del Tribunal, nos encontramos ante una cuestión no cubierta por el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE y que, por ende, cae dentro de la autonomía fiscal de los Estados miembros¹⁸³⁹. En nuestra opinión, el enfoque adoptado por el TJUE podría plantear problemas de encaje con lo establecido en el artículo 4 de la Directiva, así como con la finalidad perseguida por la norma comunitaria¹⁸⁴⁰, más aun si tenemos en cuenta que, a la vista de las circunstancias que concurrían en el caso concreto¹⁸⁴¹, la posición de la Administración tributaria reflejaba una suerte de planteamiento anti-abuso encubierto cuyo análisis debería hacerse a la luz de lo establecido en el artículo 15.1 de la Directiva.

Por último, cabría señalar que de igual modo que la transferencia de elementos patrimoniales desde la sociedad transmitente hacia la sociedad beneficiaria en el marco de una determinada operación transfronteriza de reorganización empresarial puede dar lugar a la puesta de manifiesto de plusvalías latentes por la diferencia positiva entre el valor de mercado y el valor fiscal de dichos elementos, también podría plantearse el caso contrario, esto es, la realización de una minusvalía latente en sede de la sociedad transmitente. A este respecto, y en la medida en que el tenor literal del artículo 4.1 de la

¹⁸³⁹ Vid. ATJUE de 15 de julio de 2019, asunto C-438/18, *Galeria Parque Nascente – Exploração de Espaços Comerciais, SA v. Autoridade Tributária e Aduaneira*, aps.49-51.

¹⁸⁴⁰ Vid. Considerando nº 2 de la Directiva 2009/133/CE.

¹⁸⁴¹ A este respecto, cabría señalar como el citado Auto traía causa de una operación de fusión inversa entre dos sociedades portuguesas, en el marco de la cual la sociedad filial (“*Galeria Parque Nascente-Exploração de Espaços Comerciais, SA*”) absorbió a su sociedad matriz (“*Gala das Conquistas, SA*”), la cual había sido constituida unos meses antes de la operación, contrayendo un préstamo para financiar la adquisición del 100% del capital social de su filial. Los intereses derivados de dicho préstamo fueron considerados como fiscalmente deducibles en sede de la sociedad matriz y así lo hubiesen seguido siendo de no haberse realizado la operación de fusión. En este sentido, es importante tener presente que la sociedad absorbida no tenía más activos que los títulos representativos del capital social de su filial (sociedad absorbente) a la que, con motivo de la operación de fusión, transmitió el préstamo anteriormente mencionado. De este modo, la sociedad filial se convirtió en deudora del préstamo (principal e intereses) que en origen había financiado la adquisición de sus propias participaciones por parte de la sociedad matriz. Sin embargo, las autoridades fiscales portuguesas consideraron que los intereses relativos a dicho préstamo no podían considerarse como gastos fiscalmente deducibles en sede de la sociedad absorbente al no estar relacionados con su actividad (vid. ATJUE de 15 de julio de 2019, asunto C-438/18, *Galeria Parque Nascente-Exploração de Espaços Comerciais, SA v. Autoridade Tributária e Aduaneira*, aps.20-26).

Directiva tan sólo se refiere al primero de los supuestos apuntados (lo cual resulta lógico si tenemos en cuenta que el principal obstáculo a estas operaciones pivotaba sobre su elevado coste fiscal derivado del gravamen de las plusvalías latentes vinculadas a los elementos patrimoniales transmitidos), parece que la cuestión relativa al tratamiento fiscal de las minusvalías puestas de manifiesto como resultado de las fusiones, escisiones, y aportaciones de activos cubiertas por el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE quedará en manos de las legislaciones domésticas de los Estados miembros¹⁸⁴², sin perjuicio de que el debido respeto a la libertad de establecimiento prevista en el artículo 49 del TFUE impida otorgar un tratamiento diferenciado a las citadas minusvalías en función de la residencia fiscal de las sociedades participantes en la operación¹⁸⁴³.

1.1.1.2. La referencia a los conceptos de “valor fiscal” y “valor real”

El concepto de “valor fiscal” aparece definido por la propia norma comunitaria como “el valor que se habría utilizado para calcular los beneficios o las pérdidas que se integrarían en la base imponible del impuesto sobre la renta, los beneficios o las plusvalías de la sociedad transmitente, si dichos elementos de activo y de pasivo se hubieran vendido en el momento de la fusión, de la escisión o de la escisión parcial, pero al margen de dicha operación”¹⁸⁴⁴. Ciertamente, la introducción de esta definición, que no figuraba en la Propuesta de 1969¹⁸⁴⁵, en el texto definitivo de la Directiva no resulta baladí por cuanto, entre otras cuestiones, contribuyó a superar los posibles problemas interpretativos que se podían derivar del particular significado que el término “*capital gains*” presentaba en Reino Unido e Irlanda¹⁸⁴⁶ por cuanto, en la medida en que no existe una identificación perfecta entre este término que figura en la versión en inglés de la Directiva y el empleado en otras versiones lingüísticas de la misma (“plusvalías”, “*plus-values*”, “*plusvalenze*”, “*mais-valias*”), la definición de valor fiscal aportada la Directiva en su artículo 4.2, apartado a) reconduce implícitamente la interpretación del término “*capital gains*” hacia un concepto más amplio y omnicompreensivo, que no es

¹⁸⁴² No obstante, a nuestro juicio, una aplicación simétrica del régimen de neutralidad fiscal exigiría que incluso aquellos elementos transmitidos en el marco de la operación transfronteriza de reorganización empresarial en cuestión sobre los que no se proyectase la regla de diferimiento (por ser su valor de mercado inferior a su valor fiscal) fuesen incorporados por su valor fiscal en sede del establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria localizado en el Estado miembro de la sociedad transmitente.

¹⁸⁴³ En esta línea, aunque tratándose de un supuesto diferenciado, parece situarse la STJUE de 22 de marzo de 2018, asuntos acumulados C-327/16 (*Marc Jacob v. Ministre des Finances et des Comptes publics*) y C-421/16 (*Marc Lassus v. Ministre des Finances et des Comptes publics*), ap.86.

¹⁸⁴⁴ Vid. artículo 4.2, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE.

¹⁸⁴⁵ A este respecto, cabría señalar como en la citada Propuesta de Directiva el artículo 4 se limitaba a identificar el concepto de plusvalías latentes relativas a los activos transmitidos con la diferencia entre su valor real y el “valor por el que éstos figuraban en el balance fiscal de la sociedad transmitente”.

¹⁸⁴⁶ Nótese como este concepto parte de una distinción entre las rentas obtenidas de la actividad económica y los rendimientos derivados de los bienes capital (*capital assets*), sin que dentro de esta última categoría se incluyan determinados elementos del activo circulante como las existencias (*business inventory*).

otro que el de plusvalía, y cuyo significado es común en la mayoría de Estados miembros¹⁸⁴⁷.

Sin embargo, lo cierto es que más que una definición autónoma de Derecho europeo propiamente dicha del concepto de “valor fiscal”, la Directiva 2009/133/CE se limita a realizar una suerte de remisión con matices a la legislación fiscal del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente, la cual, en última instancia, será la encargada de perfilar este concepto. En este sentido, no puede perderse de vista que, debido a las particularidades propias de la normativa fiscal y contable de los Estados miembros, pueden existir divergencias entre el valor estrictamente contable por el que figuran inscritos los elementos patrimoniales transmitidos en el balance de la sociedad transmitente y su valor a efectos fiscales¹⁸⁴⁸. Por ejemplo, a nivel doméstico, y en ausencia de una definición del concepto de valor fiscal por parte de la LIS, éste ha sido definido por la doctrina como “el valor neto contable corregido por los ajustes extracontables que afectan a la base imponible como consecuencia de posibles diferencias de valoración o de imputación temporal entre la norma contable y fiscal sobre aquellos bienes y derechos”¹⁸⁴⁹. En cualquier caso, parece claro que el concepto de “valor fiscal” que opera en el ámbito de la Directiva Fiscal de Fusiones no tiene porqué resultar coincidente con el empleado por los Estados miembros en el ámbito de otros tributos que gravan la transmisión o tenencia de bienes y derechos¹⁸⁵⁰.

Por lo que respecta al concepto de “valor real” que figura en el artículo 4.1 de la Directiva 2009/133/CE, y aun cuando la norma comunitaria ha optado por no proveer una definición del mismo que precise su significado, parece que nos encontramos ante un término que puede identificarse sin mayores problemas, tanto por lo que respecta a los elementos de activo como de pasivo, con el concepto de “valor de mercado”, cuya definición vendrá dada por las legislaciones fiscales domésticas de los Estados miembros o, en su caso, por su doctrina jurisprudencial o administrativa. Así, y a título de ejemplo, podría traerse a colación el caso de España donde, a la hora de configurar la regla de diferimiento, el artículo 77.1 de la LIS se decanta por el uso del término “valor de mercado” (frente al concepto de “valor real” empleado por la Directiva 2009/133/CE), pudiendo definirse como el valor “que se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones que respeten el principio de libre competencia”¹⁸⁵¹.

¹⁸⁴⁷ En este sentido, y en contra de la interpretación literal que del término *capital gains* había efectuado en un primer momento el Reino Unido, *vid.* LARKING, B., “Permanent Confusion? The Role of the Permanent Establishment in the Merger Directive”, *European Taxation*, vol.32, nº9, 1992, pp.304-305. En la misma línea, *vid.* JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L’HOTELLERIE-FALLOIS, D., “The Permanent Establishment: Still a (Permanent) Requirement?”, *EC Tax Review*, nº1, 2014, p.5.

¹⁸⁴⁸ Sobre las divergencias existentes, en un primer momento, entre los conceptos de valor fiscal (*value for tax purposes*) y valor contable (*book value*) en Estados miembros como Dinamarca, Portugal, Irlanda, Reino Unido o Suecia, *vid.* DELOITTE TOUCHE TOHMATSU INTERNATIONAL, *op.cit.*, pp.18-19.

¹⁸⁴⁹ *Vid.* LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J.A., *op.cit.*, pp.54-55.

¹⁸⁵⁰ En este sentido, *vid.* VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.199.

¹⁸⁵¹ *Vid.* artículo 18.1 de la LIS. Sobre esta cuestión, *vid.* LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *op.cit.*, p.93.

No obstante, a nuestro juicio, y con el fin de evitar posibles divergencias de interpretación entre los Estados miembros derivadas de la no equivalencia entre los conceptos de “valor real” y “valor de mercado”, la Directiva 2009/133/CE debería seguir el ejemplo de otras normas comunitarias como la Directiva 2016/1164/UE y sustituir la referencia al concepto de “valor real” que figura en su artículo 4.1 por el concepto de “valor de mercado”, aportando una definición del mismo. En este sentido, entendemos que debería acudirse a la definición que figura en el artículo 5.6 de la citada Directiva 2016/1164/UE (la cual coincide con la prevista en el artículo 4.18 de la Propuesta de Directiva relativa a una base imponible común del impuesto sobre sociedades¹⁸⁵²), y en virtud de la cual dicho concepto se define como “el importe por el que puede intercambiarse un activo o por el que pueden liquidarse las obligaciones recíprocas entre compradores y vendedores interesados independientes en una transacción directa”.

1.1.2. Análisis de los requisitos que deben concurrir para que resulte de aplicación la denominada “regla de diferimiento”

1.1.2.1. La necesidad de que el conjunto patrimonial transmitido se encuentre efectivamente vinculado a un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria situado en el Estado miembro de la sociedad transmitente

1.1.2.1.1. Finalidad, implicaciones, y caracteres definidores de este requisito

El primero de los requisitos previstos explícitamente por la Directiva 2009/133/CE para impedir que la aplicación del sistema de diferimiento perjudique los derechos de gravamen e intereses financieros del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente pivota sobre la exigencia de que los elementos de activo (tangibles e intangibles¹⁸⁵³) y pasivo transferidos en el marco de una operación transfronteriza de fusión, escisión (total o parcial), o aportación de activos queden efectivamente vinculados a un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria situado en el territorio del Estado miembro de la sociedad transmitente, y contribuyan a la obtención de los resultados que integrarían la base imponible de los impuestos¹⁸⁵⁴ (se

¹⁸⁵² Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible común del impuesto sobre sociedades, COM(2016) 685 final, de 25 de octubre de 2016.

¹⁸⁵³ Vid. VANDE VELDE, I., *op.cit.*, p.98.

¹⁸⁵⁴ Vid. artículos 4.2, apartado b), y 9 de la Directiva 2009/133/CE. En relación con esta cuestión, cabría señalar como, en un primer momento, algún autor entendía que, a diferencia de las fusiones y escisiones, en las aportaciones de activos la sociedad transmitente no dejaba de existir y, por tanto, la extensión que hacía el artículo 9 de la Directiva de las reglas previstas en el artículo 4 a las aportaciones de activos sólo

sobreentiende que en el Estado miembro de residencia fiscal de la sociedad transmitente¹⁸⁵⁵). Por tanto, podría decirse que este requisito refleja la idea de que los elementos patrimoniales transferidos en el marco de las citadas operaciones de reorganización empresarial, aun cuando abandonen la esfera jurídica de la sociedad transmitente para incorporarse a la de la sociedad beneficiaria, permanecerán en la órbita impositiva del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente.

De este modo, una interpretación a *contrario sensu* de los artículos 4.2, apartado b), y 9 de la Directiva 2009/133/CE, abriría la puerta al gravamen inmediato por parte del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente de las posibles plusvalías asociadas a los elementos patrimoniales transmitidos en el marco de una operación transfronteriza de fusión, escisión (total o parcial), o aportación de activos y que no quedasen vinculados de forma efectiva a un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria en el territorio del Estado miembro de la sociedad transmitente¹⁸⁵⁶, aun cuando éste pudiese proceder al gravamen de las rentas y plusvalías vinculadas a dichos activos con posterioridad a la realización de la operación sobre la base de otros motivos¹⁸⁵⁷. De hecho, éste ha sido el planteamiento tradicionalmente seguido por los Estados miembros desde la aprobación de la Directiva¹⁸⁵⁸.

se refería al “diferimiento automático” de las plusvalías de forma tal que los activos transmitidos en el marco de dichas operaciones no debían quedar vinculados a un establecimiento permanente en el Estado miembro de la sociedad transmitente (*vid.* SASS, G., *op.cit.*, p.3). Sin embargo, con la redacción actual del artículo 4.1, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE que hace referencia al requisito de la vinculación de los activos y pasivos transmitidos a un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria en el Estado miembro de la sociedad transmitente también en relación con la escisión parcial, esta interpretación parece haber perdido todo fundamento habida cuenta de que en estas operaciones (como en las aportaciones de activos) la sociedad transmitente tampoco deja de existir.

¹⁸⁵⁵ En este sentido, *vid.* LOYENS LEFEVRE RÄDLER (EUROPEAN TAX NETWORK), *op.cit.*, p.14; o LARKING, B., “Permanent Confusion? The...”, *op.cit.*, p.304, que entiende que la Directiva podría haber sido más explícita en este punto.

¹⁸⁵⁶ En este sentido, *vid.* VILÁGI, R., *op.cit.*, pp.346-354; SCHREIBER, U., FÜHRICH, G., “European group taxation-the role of exit taxes”, *European Journal of Law and Economics*, vol.27, nº3, 2009, p.264; o SCHMIDT, M., *op.cit.*, pp.508 y 516, quienes apuntan que, ante la escueta redacción del citado precepto, el cumplimiento de esta condición debe ser analizado de forma individualizada, de forma tal que podría darse el caso de que la regla del diferimiento sólo resultase de aplicación en relación con algunos de los elementos de activos y pasivo transmitidos en el marco de una de las operaciones de reorganización empresarial cubiertas por la Directiva 2009/133/CE. No obstante, en el año 2001, la Comisión Europea llegó a plantear la posibilidad de una reforma de la Directiva Fiscal de Fusiones que permitiese aplicar la regla de diferimiento incluso en relación con las plusvalías latentes derivadas de aquellos activos que no quedasen vinculados a un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria localizado en el Estado miembro de la sociedad transmitente. En esencia, la idea sobre la que pivotaba este sistema residía en la sustitución del requisito previsto en el artículo 4.2, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE por la introducción de obligaciones específicas de declaración para el contribuyente que, junto con el desarrollo de mecanismos apropiados de asistencia mutua entre Administraciones tributarias nacionales, permitiese al Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente proceder al gravamen efectivo de las plusvalías vinculadas a los activos transmitidos en el momento en que se produjese su ulterior transmisión por parte de la sociedad beneficiaria (sobre esta cuestión, *vid.* EUROPEAN COMMISSION, “Company taxation in the internal market”, *Commission Staff Working Paper*, SEC (2001) 1681, 23 October 2001, pp.332-333).

¹⁸⁵⁷ En este sentido, aunque en tono crítico, *vid.* VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, pp.210 y 359-360, quien apuntaba que, la restricción a la libertad de establecimiento que suponía la introducción de los denominados “impuestos de salida” en este tipo de supuestos encontraba justificación en la necesidad de un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros de

Ahora bien, y como ya hemos apuntado en anteriores epígrafes de este trabajo, el establecimiento de impuestos de salida por parte de dicho Estado miembro en este tipo de supuestos de falta de vinculación efectiva de los elementos patrimoniales transmitidos con el establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria localizado en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente deberá ajustarse a la doctrina del TJUE en esta materia (asuntos *National Grid Indus*, *DMC*, *Verder LabTec*, etc.¹⁸⁵⁹)¹⁸⁶⁰ y, en su caso, a lo establecido en el artículo 5 de la Directiva 2016/1164/UE¹⁸⁶¹. A este respecto, cabría señalar que, en aquellos casos en los que la

conformidad con el principio de territorialidad fiscal, asociado a un componente temporal. Con carácter general, y en relación con el establecimiento de impuestos de salida por parte de los Estados miembros resultan ilustrativas las palabras de RUIZ ALMENDRAL, V., “¿Tiene futuro el...”, *op.cit.*, pp.26-27, cuando afirma que “si el Estado de la residencia renuncia a someter a gravamen las ganancias latentes a la salida del territorio (o en el momento de transferir determinados activos) permitiendo al contribuyente transferir dicho activo por su valor contable, se puede producir una doble no imposición si además el Estado hacia el que se transmite valora éste por su valor de mercado, lo que implicará que en el momento de su transmisión, esto es, a la hora de determinar si hay una ganancia *real*, ésta será necesariamente menor, pues el bien tiene un valor de partida que es de mercado, y estará por lo tanto más cerca del valor de transmisión (...)”. Por otra parte, y como apuntaba RÖDER, E., “Co-ordination of corporate exit taxation in the internal market and beyond”, *British Tax Review*, nº5, 2014, p.584, el establecimiento de impuestos de salida también podría dar lugar al fenómeno de la doble imposición en aquellos supuestos en los que los Estados involucrados siguen criterios diferentes para valorar los activos que “entran” o “salen” de sus respectivos territorios, por ejemplo, si el Estado miembro donde se encuentran localizados los activos grava las plusvalías asociadas a los mismos sobre la base de su valor de mercado mientras que el Estado miembro de destino valora dichos activos por su valor fiscal. De hecho, incluso cuando este último permitiese la incorporación de los activos por su valor de mercado, podrían producirse supuestos de doble imposición derivados de las diferencias entre las normas de valoración existentes entre los Estados miembros involucrados en la operación.

¹⁸⁵⁸ Vid. LOZEV, K., *op.cit.*, p.88.

¹⁸⁵⁹ Un sucinto, aunque ilustrativo, análisis de las principales sentencias del TJUE en materia de impuestos de salida puede encontrarse en SANZ GADEA, E., “La directiva antiabuso (IV). La tributación de salida”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº 421, 2018, pp.39-47; o en LETIZIA, G., “The recent restrictive ECJ approach to exit tax and the ATAD Implementation”, *EC Tax Review*, vol.29, nº1, 2020, pp.34-36.

¹⁸⁶⁰ Esta afirmación resultaría válida incluso en aquellos supuestos en los que la sociedad transmitente se extinga como resultado de la operación de reorganización empresarial en cuestión, caso en el que la recaudación del impuesto determinado en el momento de realización de la operación y cuyo pago se ha diferido, se dirigirá contra la sociedad beneficiaria en su calidad de sucesora legal de la sociedad transmitente. Sobre esta cuestión, resulta clarificador el análisis llevado a cabo en su momento por VAN DEN BROEK, H., “Exit Taxation of Cross-Border Mergers after *National Grid Indus*”, *European Tax Studies*, nº1, 2012, pp.39-48 y 362-368, quien, no obstante, entendía que el diferimiento del cobro del impuesto hasta el momento en que la sociedad beneficiaria transmitiese los activos recibidos podía terminar por frustrar en la práctica el derecho de cobro del Estado miembro de la sociedad transmitente si dichos activos nunca se llegaban a transmitir. Por ello, y desde la óptica de la necesidad de garantizar la efectividad de los controles fiscal (a saber, una de las razones imperiosas de interés general invocadas por el TJUE en el asunto *SEVIC* como potencialmente adecuadas para justificar restricciones a la libertad de establecimiento en determinadas circunstancias y respetando ciertos requisitos), este autor consideraba razonable establecer un plazo máximo de diferimiento no superior a diez años. En su opinión, sólo en aquellos supuestos en los que el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente pudiese probar que el diferimiento del pago del impuesto daría como resultado importantes dificultades para su cobro, sin que éstas pudiesen ser mitigadas por la aplicación de medidas de naturaleza unilateral, comunitaria (p.ej. la Directiva 2011/16/UE) o bilateral, podría considerarse proporcionado el cobro inmediato del impuesto en cuestión.

¹⁸⁶¹ A este respecto, nótese como, por ejemplo, en relación con las operaciones de traslado de traslado transfronterizo del domicilio social de la SE o SCE que determinen un traslado de su residencia fiscal, resultará de aplicación lo establecido en el artículo 5.2, apartado c) de la Directiva 2016/1164/UE, de forma tal que, en relación con los activos que no queden vinculados a un establecimiento permanente de

sociedad transmitente se extinga como resultado de la operación, será la sociedad beneficiaria la que realmente podría ver restringida su libertad de establecimiento con motivo del gravamen de la sociedad transmitente por parte su Estado miembro de residencia a través de impuestos de salida de naturaleza discriminatoria o no conformes con la jurisprudencia del TJUE¹⁸⁶².

Asimismo, es importante tener presente que el artículo 4.2 apartado b) de la Directiva no establece un periodo de tiempo concreto de vinculación, sino que el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente podrá proceder al gravamen de las plusvalías latentes diferidas en relación con aquellos elementos patrimoniales en los que se constate el fin de su vinculación efectiva con el establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria situado su territorio (p.ej. debido a la transmisión de los mismos a un tercero por parte de la sociedad beneficiaria, debido a su traslado físico (tratándose de bienes muebles) al Estado miembro de la sociedad beneficiaria o a aquél en el que se encuentre situado otro de sus establecimientos permanentes, o debido al cierre del propio establecimiento permanente al que se encuentran vinculados¹⁸⁶³).

A este respecto, y en conexión con la problemática derivada de la falta de una definición de establecimiento permanente por parte de la Directiva 2009/133/CE sobre la que volveremos más adelante, cabría señalar como en aquellos supuestos en los que, por ejemplo, en el marco de una operación de fusión el establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria localizado en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente está formado únicamente por una obra o proyecto de construcción/instalación podrían suscitarse dudas acerca del momento desde el que se empieza a contar el periodo de permanencia mínima exigido, con carácter general, por todos los CDIs suscritos entre los Estados miembros (desde el momento de realización de la operación en cuestión v. desde el momento en que la sociedad transmitente inició las obras), y, por ende, acerca del momento a partir del cual dicho establecimiento permanente existe de forma efectiva. Ciertamente, esta cuestión podría afectar a la aplicación del régimen de neutralidad fiscal en la medida en que la obra o proyecto de construcción/instalación se entendiese finalizada antes del transcurso del periodo mínimo exigido por el CDI en cuestión (o, en su defecto, por la legislación fiscal doméstica del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente). En este sentido, compartimos la opinión de aquellos autores que defienden que en este tipo de supuestos un planteamiento coherente con la idea de sucesión presente en el régimen de neutralidad fiscal llevaría a tomar como referencia el momento temporal en el que la

la SE o SCE localizado en el Estado miembro de origen, dicho Estado miembro deberá otorgar a la sociedad en cuestión la posibilidad de, en su caso, aplazar el pago de los correspondientes impuestos de salida, fraccionándolos a lo largo de cinco años. A este respecto, algún autor ha llamado la atención acerca de la necesidad de que las disposiciones de la Directiva 2016/1164/UE en materia de impuestos de salida se extiendan al conjunto de las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial (*vid. PELLECCIA, M., "Exit Taxation and Restructuring Operations: A Comparison of EU and Italian Tax Law", European Taxation, vol.58, n°8, 2018, pp.366-365*).

¹⁸⁶² Sobre esta cuestión, *vid. VAN DEN BROEK, H., Cross-Border Mergers..., op.cit., pp.330-331*.

¹⁸⁶³ *Vid. TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., European Tax Law, op.cit., p.676*.

obra o proyecto de construcción/instalación fue iniciado por la sociedad transmitente¹⁸⁶⁴.

En relación con esta cuestión, cabría señalar como, a la vista del tenor literal del artículo 4.2, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE, parece que el cumplimiento del requisito de “vinculación efectiva” previsto en el mismo podría verificarse, tanto en aquellos supuestos en los que los elementos de activo y pasivo transmitidos en el marco de la operación de reorganización empresarial en cuestión constituyen *per se* un establecimiento permanente en el Estado miembro de la sociedad transmitente, como en aquellos supuestos en los que dichos elementos patrimoniales se afectan/atribuyen a un establecimiento permanente que la sociedad beneficiaria ya tenía localizado en el Estado miembro de la sociedad transmitente con carácter previo a la operación previamente existente de la sociedad¹⁸⁶⁵, lo cual contribuiría a flexibilizar el ámbito de aplicación de la Directiva¹⁸⁶⁶.

Por otra parte, tampoco puede perderse de vista que, a falta de un mayor nivel de detalle por parte de la Directiva 2009/133/CE acerca del concepto de “vinculación efectiva” de los elementos patrimoniales transmitidos a un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente, podría darse el caso de que este último entendiese cumplido el citado requisito, aplicando la regla de diferimiento sobre el gravamen de las plusvalías latentes y gravando las rentas derivadas de los mismos con posterioridad a la operación, mientras que el Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria optase por el planteamiento contrario y procediese también al gravamen de las rentas generadas por el conjunto patrimonial transmitido, lo que daría lugar al fenómeno de la doble imposición. Del mismo modo, también podría plantearse el caso de que fuese el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente el que no entendiese cumplido el requisito previsto por el artículo 4.2, apartado b) de la Directiva en relación con determinados activos y pasivos, a diferencia de la posición mantenida por el Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria. En este caso, el Estado miembro de la sociedad transmitente podría proceder al gravamen de las plusvalías vinculadas a los elementos patrimoniales transmitidos pero, con carácter general, no sometería a imposición las rentas futuras generadas por los mismos. De este modo, podría abrirse la puerta al fenómeno de la doble no-imposición, especialmente si el Estado miembro de la sociedad beneficiaria emplea el método de la exención en relación con las rentas

¹⁸⁶⁴ En este sentido, *vid.* JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS, D., “The Permanent Establishment...”, *op.cit.*, p.8.

¹⁸⁶⁵ Así lo entiende también, DE LA HUCHA CELADOR, F., *op.cit.*, p.49. No obstante, en contra de este planteamiento parece haberse mostrado la Comisión Europea al afirmar que “las operaciones transfronterizas de reorganización que no están cubiertas por la Directiva son principalmente aquellas que no determinan la creación de un establecimiento permanente en el Estado miembro en el que se encuentran localizados los activos con anterioridad al proceso de reestructuración” (*vid.* EUROPEAN COMMISSION, “Company taxation in the internal market”, *Commission Staff Working Paper*, SEC (2001) 1681, 23 October 2001, p.332).

¹⁸⁶⁶ En contra de este planteamiento parece posicionarse LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *op.cit.*, p.95.

procedentes de elementos patrimoniales afectos a un establecimiento permanente en el extranjero.

Por ello, al objeto de mitigar la problemática anteriormente descrita y que resulta especialmente relevante en relación con los activos intangibles o las participaciones en sociedades localizadas en terceros Estados que integran el patrimonio de la sociedad transmitente, algunos autores se han mostrado partidarios de que el artículo 4 de la Directiva 2009/133/CE incorpore una referencia explícita a los criterios empleados por el Modelo de Convenio de la OCDE y sus comentarios para determinar la vinculación de activos y pasivos a un establecimiento permanente así como la atribución de beneficios a dicho establecimiento permanente (lo cual, podría plantear problemas vinculados a los diferentes enfoques contenidos en el MOCDE acerca de la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes). Sin embargo, en aquellos supuestos en los que la aplicación de los criterios de la OCDE no resultase suficiente para dirimir estas cuestiones, entienden dichos autores que el Estado miembro de la sociedad beneficiaria deberá “respetar” el planteamiento seguido por el Estado miembro de la sociedad transmitente y actuar en consecuencia¹⁸⁶⁷.

En cualquier caso, lo cierto es que la introducción de este requisito por parte de la Directiva Fiscal de Fusiones se encuentra íntimamente relacionada con el papel que el establecimiento permanente juega en el plano del Derecho fiscal internacional como factor de conexión para atribuir derechos de gravamen al Estado miembro donde éste se encuentra localizado sobre los posibles beneficios, rentas y plusvalías obtenidos por un no residente a través del mismo¹⁸⁶⁸. A este respecto, y a título de ejemplo, podrían traerse a colación los artículos 7.1, 7.2, y 13.2 del MCOCDE (2017) en la medida en que declaran: a) la competencia del Estado donde se encuentre localizado un establecimiento permanente de una sociedad residente en otro Estado parte para proceder al gravamen de los beneficios que le resulten atribuibles¹⁸⁶⁹, debiendo el Estado de residencia de la sociedad de la que depende dicho establecimiento permanente llevar a cabo los ajustes pertinentes para evitar la doble imposición de dichos beneficios¹⁸⁷⁰; y b) la competencia del Estado donde se encuentre situado un establecimiento permanente de una sociedad residente en otro Estado parte para gravar las posibles plusvalías derivadas de la transmisión de dicho establecimiento permanente o de los bienes muebles afectos a su actividad¹⁸⁷¹.

De este modo, y dejando al margen los bienes inmuebles (pues el artículo 13.1 del MCOCDE reconoce la competencia del Estado donde se encuentren localizados los bienes inmuebles de una sociedad residente en otro Estado parte para gravar las posibles plusvalías derivadas de su transmisión), la no exigencia por parte de la Directiva

¹⁸⁶⁷ Sobre esta cuestión, *vid.* BOULOGNE, F., *Shortcomings in the..., op.cit.*, pp.170-172.

¹⁸⁶⁸ En este sentido, *vid.* JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS, D., “The Permanent Establishment...”, *op.cit.*, p.7.

¹⁸⁶⁹ *Vid.* artículos 7.1 y 7.2 del MCOCDE.

¹⁸⁷⁰ *Vid.* artículo 7.3 del MCOCDE.

¹⁸⁷¹ *Vid.* artículo 13.2 del MCOCDE.

2009/133/CE del requisito relativo a la vinculación de los activos y pasivos transmitidos a un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria situado en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente se traduciría, en aquellos supuestos en los que el CDI suscrito entre el Estado miembro de la sociedad transmitente y el Estado miembro de la sociedad beneficiaria siga el MCOCDE, en la pérdida por parte del Estado miembro de la sociedad transmitente del derecho a gravar las plusvalías correspondientes a los elementos patrimoniales transmitidos, así como las reservas constituidas con exención total o parcial del impuesto que se hubiesen transmitido junto con dichos elementos patrimoniales¹⁸⁷².

Asimismo, no conviene perder de vista que, en el plano del Derecho fiscal doméstico, los Estados miembros suelen reservarse el derecho a gravar las rentas y beneficios obtenidos por sociedades no residentes que operan a través de un establecimiento permanente situado en su territorio. De este modo, con posterioridad a la realización de la operación de reorganización empresarial en cuestión, el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente no vería comprometidos sus derechos de gravamen en la medida en que el concepto de establecimiento permanente que opera a nivel interno no resulte más amplio que el recogido en el CDI aplicable al caso concreto¹⁸⁷³.

No obstante, lo cierto es que, tratándose de sociedades dedicadas al transporte aéreo o marítimo internacional, y aun cuando los elementos de activos y pasivo transferidos en el marco de una operación de reorganización empresarial transfronteriza cubierta por la Directiva 2009/133/CE quedasen efectivamente vinculados a un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria situada en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente, dicho Estado podría no ser competente para gravar las rentas obtenidas por el establecimiento permanente establecido en su territorio con posterioridad a la operación si su normativa fiscal doméstica contempla una disposición inspirada en el artículo 8 del MCOCDE o ha suscrito con el Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria un CDI que contenga dicha cláusula¹⁸⁷⁴. Asimismo, y en virtud de lo establecido en el artículo 13.3 del MCOCDE, en este tipo de supuestos el Estado miembro de la sociedad transmitente perdería sus derechos de gravamen sobre las plusvalías derivadas de la transmisión de buques o aeronaves explotados en el tráfico internacional, o de los bienes muebles afectos a la explotación de dichos buques o aeronaves.

Pensemos, por ejemplo, en una sociedad A, dedicada a la explotación de aeronaves en tráfico internacional y residente a efectos fiscales en el Estado miembro X (donde también ha sido constituida) que pretende fusionarse con una sociedad B,

¹⁸⁷² En este sentido, *vid.* SCHONEWILLE, P.H., *op.cit.*, p.19; o HELMINEN, M., *EU Tax Law...*, *op.cit.*, pp.203-204.

¹⁸⁷³ En este sentido, *vid.* BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, p.4.

¹⁸⁷⁴ En este sentido, nótese que el artículo 8.1 del MCOCDE establece que “los beneficios de una empresa de un Estado contratante procedentes de la explotación de buques o aeronaves en tráfico internacional sólo pueden someterse a imposición en dicho Estado”.

dedicada a la explotación de aeronaves en tráfico internacional y cuya residencia fiscal se encuentra situada en el Estado miembro Y (donde también ha sido constituida), para dar lugar a una nueva sociedad C, dedicada a la explotación de aeronaves en tráfico internacional y cuya residencia a efectos fiscales se localizará en el Estado miembro Z (donde ha sido constituida). En un supuesto de esta naturaleza, si los CDI suscritos entre los Estados miembros X e Y con el Estado miembro Z incorporan cláusulas inspiradas en los artículos 8.1 y 13.3 del MCOCDE, la aplicación de la regla de diferimiento prevista en la Directiva 2009/133/CE por parte de los Estados miembros X e Y (en su calidad de Estados miembros de residencia de la sociedad transmitente), determinaría que, aun cuando los elementos patrimoniales transmitidos quedasen efectivamente vinculados a sendos establecimientos permanentes de la sociedad C localizados en sus respectivos territorios, no podrían gravar ulteriormente los beneficios obtenidos por dichos establecimientos permanentes ni las plusvalías derivadas de la transmisión de las aeronaves explotadas en el tráfico internacional (así como las derivadas de los bienes muebles afectos a su explotación) que integraban originariamente el patrimonio de las sociedades A y B, con la consiguiente lesión para sus derechos de gravamen.

A este respecto, el hecho de que en las Actas del Consejo se estableciese, a petición de Dinamarca, que la aplicación del artículo 4 de la Directiva 2009/133/CE no debería impedir el gravamen inmediato de las plusvalías surgidas en el marco de operaciones transfronterizas de reorganización empresarial por parte del Estado miembro de la sociedad transmitente cuando, en virtud de una disposición convencional, éstas pudiesen escapar definitivamente al ejercicio de sus potestades impositivas, parece apuntar en la dirección de que en este tipo de supuestos el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente quedaría dispensado de la obligación de aplicar la regla de diferimiento prevista en el artículo 4.1 de la Directiva¹⁸⁷⁵. A la misma conclusión podría llegarse sobre la base del tenor literal del artículo 4.2, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE, especialmente, por lo que respecta a la exigencia de que los elementos patrimoniales transmitidos contribuyan a la generación de bases imponibles en el territorio del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente¹⁸⁷⁶. Ahora bien, en todo caso, el gravamen de las plusvalías latentes puestas de manifiesto en el momento de realización de la operación de reorganización

¹⁸⁷⁵ En concreto, la declaración recogida en las Actas del Consejo (Documento 7046/90, de 12 Junio de 1990) establecía que “el Consejo y la Comisión acuerdan que en el caso de una fusión entre navieras o aerolíneas internacionales, el Estado miembro de la sociedad transmitente podrá gravar en el momento de realización de la fusión las plusvalías vinculadas a los buques o aeronaves que como consecuencia de la fusión quedasen excluidas de los derechos de gravamen de dicho Estado” (vid. VAN DEN BROEK, H., “Exit Taxation of Cross-Border Mergers after *National Grid Indus*”, *European Tax Studies*, nº1, 2012, p.32)

¹⁸⁷⁶ En este sentido, vid. BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, p.154; o VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.210. A título de ejemplo, podría traerse a colación el caso de España, donde el artículo 77.3 de la LIS ya establece como excepción a la aplicación de la regla de diferimiento del gravamen de las plusvalías en el marco de las operaciones de reorganización empresarial que “en todo caso, se integrarán en la base imponible las rentas derivadas de buques o aeronaves o de bienes muebles afectos a su explotación, que se pongan de manifiesto en las entidades dedicadas a la navegación marítima y aérea internacional cuando la entidad adquirente no sea residente en territorio español”.

empresarial en cuestión deberá realizarse bajo los límites impuestos por la jurisprudencia del TJUE en materia de impuestos de salida (especialmente, por lo que respecta a la posibilidad que debe otorgarse al contribuyente de diferir su pago)¹⁸⁷⁷.

Asimismo, algunos autores han matizado que la denegación de la aplicación de la regla de diferimiento tan sólo resultaría admisible en relación con aquellos activos cuyas plusvalías quedasen extramuros de las facultades impositivas del Estado miembro de la sociedad transmitente con posterioridad a la operación de reorganización empresarial en cuestión y como resultado de la aplicación de una cláusula convencional (p.ej. buques o aeronaves explotados en el tráfico internacional), pero no en relación con aquellos otros activos transmitidos sobre los cuales el Estado miembro de la sociedad transmitente (donde se localiza el establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria al que se encuentran efectivamente vinculados) conserve el derecho a gravar las posibles plusvalías derivadas de ulterior transmisión a un tercero¹⁸⁷⁸.

Por otra parte, y sobre la base de lo establecido en el artículo 7.3 del MCOUDE, también podría afirmarse que la exigencia de este requisito contribuye a evitar la doble imposición en el marco de las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial en la medida en que “la presencia de un establecimiento permanente es el factor de conexión entre la potestad tributaria del Estado de la fuente y la obligación del Estado de residencia de prevenir la doble imposición”¹⁸⁷⁹. Por tanto, no es de extrañar que algunos autores consideren que su introducción en el ámbito de la Directiva Fiscal de Fusiones constituyó en su momento la opción más adecuada (entre otras alternativas posibles) para conseguir que los Estados miembros alcanzaran la necesaria unanimidad para su aprobación, habida cuenta de que todos ellos contaban con una definición del concepto de establecimiento permanente de referencia, bien en el ámbito de sus respectivas legislaciones fiscales domésticas o bien en el plano de los CDIs suscritos con otros Estados miembros¹⁸⁸⁰.

Sin embargo, lo cierto es que no han faltado voces entre la doctrina que apuntan a que, al menos en relación con los bienes inmuebles, el requisito establecido por el artículo 4.2, apartado b) de la Directiva resulta “claramente excesivo” pues el objetivo que pretende garantizar (la protección de los intereses financieros del Estado miembro de la sociedad transmitente) podría cumplirse igualmente en su ausencia, ya que las posibles rentas generadas por los mismos o las plusvalías obtenidas por la sociedad beneficiaria en la futura transmisión a un tercero no participante en la operación de los

¹⁸⁷⁷ En una línea similar parecen situarse autores como HOFSTÄTTER, M., HOHENWARTER-MAYR, D., *op.cit.*, pp.165-166, que entienden que el artículo 4.2, apartado b) de la Directiva, aun interpretado a la luz de lo establecido en las Actas del Consejo, no permite abrir la puerta a la posibilidad de que el Estado miembro de la sociedad transmitente exija de forma inmediata y obligatoria el pago de los impuestos correspondientes al gravamen de las plusvalías latentes puestas de manifiesto como resultado de la operación en este tipo de supuestos pues, a su juicio, esto daría lugar a un resultado contrario a las Libertades Fundamentales previstas en el Tratado (principalmente la libertad de establecimiento) que toda norma de Derecho secundario de la UE debe respetar, así como a su interpretación por parte del TJUE.

¹⁸⁷⁸ En este sentido, *vid.* MAISTO, G., “Shaping EU Company...”, *op.cit.*, p.300.

¹⁸⁷⁹ En este sentido, *vid.* TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., *European Tax Law, op.cit.*, p.675.

¹⁸⁸⁰ En este sentido, *vid.* SCHMIDT, M., *op.cit.*, p.506.

bienes inmuebles recibidos de la sociedad transmitente y localizados en el Estado miembro de residencia de dicha sociedad se entenderían realizadas en su territorio y, por ende, si el CDI suscrito entre el Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria y el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente sigue el MCOCDE¹⁸⁸¹ este último no perdería sus derechos de gravamen sobre las mismas¹⁸⁸².

En una línea similar, algunos autores han llegado a afirmar que el objetivo pretendido por el legislador europeo a través de la introducción en el ámbito de la Directiva 2009/133/CE del requisito relativo a la vinculación efectiva de los activos y pasivos transmitidos a un establecimiento permanente situado en el Estado miembro de la sociedad transmitente podría haberse conseguido de una forma más flexible, esto es: limitando la regla del diferimiento a aquellos elementos patrimoniales que con posterioridad a la operación quedasen efectivamente sujetos a imposición (*factually subject to tax*) en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente¹⁸⁸³. De hecho, se ha llegado a afirmar que la “carga fiscal” que supone el requisito previsto en el artículo 4.2, apartado b) de la Directiva no siempre resulta justificada al objeto de garantizar los intereses financieros del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente, pues lo realmente relevante es que dicho Estado conserve de forma efectiva sus derechos de gravamen, con independencia de cuál sea su fundamento (p.ej. el artículo 13.1 del MCOCDE resultaría suficiente a tal fin en relación con los bienes inmuebles localizados en su territorio)¹⁸⁸⁴.

También dentro de esta corriente crítica, pueden encontrarse autores que, en un primer momento, apuntaron que el requisito previsto en el artículo 4.2, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE limitaba en cierto modo la vigencia práctica de esta norma comunitaria al “obligar” a la sociedad beneficiaria a explotar el negocio recibido en el marco de una determinada operación transfronteriza de reorganización empresarial a través de un establecimiento permanente localizado en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente, aun cuando, por razones comerciales, podría interesarle explotar dicho negocio a través de una filial¹⁸⁸⁵. Sin embargo, lo cierto es que, tras la reforma operada por la Directiva 2005/19/CE, parece claro que, en este último caso, la sociedad beneficiaria siempre podría llevar a cabo una “filialización” de su establecimiento permanente localizado en el territorio del Estado miembro de la sociedad transmitente; operación que, de cumplirse los requisitos establecidos en la Directiva Fiscal de Fusiones, resultaría fiscalmente neutra en virtud de lo establecido en el artículo 10.1, párrafo cuarto.

¹⁸⁸¹ En particular, sus artículos 6.1 y 13.1.

¹⁸⁸² En este sentido, *vid.* HOFSTÄTTER, M., HOHENWARTER-MAYR, D., *op.cit.*, p.165; o RÖDER, E., “Co-ordination of corporate exit taxation in the internal market and beyond”, *British Tax Review*, nº5, 2014, p.587.

¹⁸⁸³ Así lo entiende, LARKING, B., “Permanent Confusion? The...”, *op.cit.*, p.306.

¹⁸⁸⁴ Así lo entiende VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.212, que se muestra partidario de reformar el artículo 4 de la Directiva en este sentido.

¹⁸⁸⁵ En este sentido, TOMSETT, E., *op.cit.*, p.127.

En cualquier caso, debemos tener en cuenta que nos encontramos ante un requisito que no resulta exigible en el ámbito de los canjes de valores contemplados en el artículo 2, apartado e) de la Directiva 2009/133/CE. Por ello, en el marco de estas operaciones, la garantía de los derechos de gravamen del Estado miembro de residencia de los socios de la sociedad dominada (que es quien ostenta, con carácter general, la competencia para gravar las plusvalías derivadas de la transmisión de sus títulos en el capital de dicha sociedad¹⁸⁸⁶) resulta más comprometida que la del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente en el marco de operaciones transfronterizas de fusión, escisión (total o parcial), o aportación de activos. Ciertamente, el hecho de que la propia Directiva condicione la aplicación del diferimiento sobre el gravamen las plusvalías latentes puestas de manifiesto en sede de los socios de la sociedad dominada a que éstos atribuyan a los títulos recibidos de la sociedad dominante el mismo valor fiscal por el figuraban sus títulos en el capital de la sociedad dominada¹⁸⁸⁷ no parece suficiente en aquellos supuestos en los que dichos los socios trasladan su residencia fiscal con posterioridad a la operación¹⁸⁸⁸. Sin embargo, lo cierto es que la protección de los derechos de gravamen del Estado miembro de residencia de los socios de la sociedad dominada en este tipo de supuestos siempre podrá articularse a través del establecimiento de impuestos de salida que, tratándose de personas jurídicas sujetas al Impuesto sobre Sociedades en un Estado miembro, deberán respetar lo establecido en el artículo 5 de la Directiva 2016/1164/UE¹⁸⁸⁹, cuyo plazo de transposición finalizó el 31 de diciembre de 2019¹⁸⁹⁰.

1.1.2.1.2. La exigencia relativa a que los elementos patrimoniales transmitidos contribuyan a la generación de bases imponibles en el Estado miembro de la sociedad transmitente

Otra cuestión sobre la que *a priori* también podrían plantearse dudas a la luz de la fórmula empleada por el artículo 4.2, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE, pivota sobre la posibilidad de transferir físicamente al Estado miembro de la sociedad beneficiaria determinados bienes muebles que integran el conjunto patrimonial transmitido (aun cuando éstos quedasen formalmente vinculados a un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria en el Estado miembro de la sociedad transmitente) sin que esto afectase a la aplicación de la regla de diferimiento. A este

¹⁸⁸⁶ Vid. artículo 13.5 del MCOCDE, en relación con el comentario nº 30 al artículo 13 del MCOCDE.

¹⁸⁸⁷ Vid. artículo 8.4 de la Directiva 2009/133/CE.

¹⁸⁸⁸ En este sentido, *vid.* MAISTO, G., “Shaping EU Company...”, *op.cit.*, p.293.

¹⁸⁸⁹ Vid. artículo 5.2, apartado c) de la Directiva 2016/1164/UE.

¹⁸⁹⁰ Vid. artículo 11.5 de la Directiva 2016/1164/UE. Nótese como este plazo “ampliado” supone una excepción en relación con el plazo ordinario contemplado en la citada Directiva para la implementación a nivel doméstico de las medidas contempladas en su articulado (31 de diciembre de 2018), lo cual no viene sino a reflejar las reticencias mostradas en su momento por los Estados miembros ante la inclusión del citado precepto en el articulado de la norma comunitaria. Sobre el estado de implementación del artículo 5 de la Directiva 2016/1164/UE en los diferentes Estados miembros *vid.* POPA, O., “An Overview of ATAD Implementation in EU Member States”, *European Taxation*, vol.59, nº 2/3, 2019, p.121.

respecto, cabría señalar que la Propuesta de Directiva de 1969 resultaba mucho más clarificadora a estos efectos al establecer específicamente que todos los elementos de activo que no fueran bienes inmuebles, títulos o participaciones, fondo de comercio, o derechos de propiedad intelectual e industrial, y que formasen parte del conjunto patrimonial transmitido (principalmente existencias y bienes muebles), no sólo debían quedar vinculados, desde el punto de vista contable, a un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria localizado en el Estado miembro de la sociedad transmitente (tal y como sucedía con los bienes inmuebles, títulos y participaciones, fondo de comercio, o derechos de propiedad intelectual e industrial), sino que no podían ser transferidos al Estado miembro de la sociedad beneficiaria o vincularse a un establecimiento permanente de esta sociedad situado en un Estado miembro distinto al de la sociedad transmitente¹⁸⁹¹.

Ciertamente, la justificación a esta prohibición puede encontrarse, más allá de las dificultades de control sobre el correcto funcionamiento del sistema de diferimiento que surgirían en caso de admitir esta posibilidad, en el hecho de que no sería justo exigir al Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente que difiera el gravamen de las posibles plusvalías latentes vinculadas a los elementos de activo que han abandonado físicamente su jurisdicción, así como permitir su depreciación por parte del establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria situado en su territorio al que se encuentran vinculados, cuando nos encontramos ante bienes muebles que no contribuyen a generar bases imponibles en el territorio de dicho Estado miembro¹⁸⁹². En nuestra opinión, la eliminación del tenor literal del artículo 4.2, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE de la prohibición expresa de trasladar físicamente los bienes muebles integrantes del conjunto patrimonial transmitido al Estado miembro de la sociedad beneficiaria, no altera la lógica del fundamento para el que estaba prevista y, por ende, debe llegarse a la misma conclusión bajo la redacción actual del citado precepto¹⁸⁹³.

¹⁸⁹¹ Vid. artículo 4 de la Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones de 1969.

¹⁸⁹² En este sentido, *vid.* EUROPEAN TAXATION, *op.cit.*, pp.153-154.

¹⁸⁹³ En esta misma línea, *vid.* VAN BOEIJEN-OSTASZEWSKA, A., BURGERS, I.J.J., *op.cit.*, p.31, quienes apuntan que, a los efectos de aplicación de la regla contenida en el artículo 4.2, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE “cualquier transferencia física de activos podría ser gravada por los Estados miembros, con arreglo a su legislación, sin restricción alguna bajo la Directiva”; *vid.* VAN DEN BROEK, H., “Exit Taxation of Cross-Border Mergers after *National Grid Indus*”, *European Tax Studies*, nº1, 2012, p.29; ASHTA, A., *op.cit.*, p.5; o LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., HERRERA MOLINA, P., *op.cit.*, p.44. A este respecto, también resultan ilustrativas las palabras de la Comisión Europea cuando afirma que la Directiva Fiscal de Fusiones garantiza el diferimiento del gravamen de las posibles plusvalías latentes puestas de manifiesto en el marco de fusiones, escisiones y aportaciones de activos de naturaleza transfronteriza “hasta el momento en que los activos en cuestión son efectivamente realizados o transmitidos físicamente a través de la frontera” (*vid.* EUROPEAN COMMISSION, *Communication to the Council and to Parliament subsequent to the conclusions of the Ruling Committee indicating guidelines on Company taxation linked to the further development of the internal market*, SEC (92) 1118 final, 26 June 1992, p.11). En la misma línea, aunque en relación con el traslado transfronterizo del domicilio social de la SE y SCE, *vid.* COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo. Imposición de salida y necesidad de coordinación de las políticas tributarias de los Estados miembros*, COM(2006) 825 final, 19 de diciembre de 2006, p.6.

A este respecto, no puede perderse de vista que, “en contrapartida” de dicha eliminación, no sólo se ha sustituido el criterio de la vinculación contable de los elementos patrimoniales transmitidos con el establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria situado en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente (que figuraba en la Propuesta de Directiva de 1969) por el de la vinculación efectiva, sino que se ha incorporado de forma explícita al tenor literal del artículo 4.2, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE la necesidad de que los elementos patrimoniales transmitidos (ya sean muebles o inmuebles) contribuyan a la generación de bases imponibles en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente¹⁸⁹⁴.

No obstante, y en relación con esta última exigencia, cabría señalar como, si bien su origen parece estar ligado a la problemática que planteaba el diferimiento del gravamen de las plusvalías vinculadas a determinados elementos de inmovilizado intangible (p.ej. derechos de propiedad industrial o fondo de comercio) transferidos en el marco de una operación transfronteriza de reorganización empresarial si se permitía su explotación tanto por parte del establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria localizado en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente como por la propia sociedad beneficiaria¹⁸⁹⁵, la doctrina no se muestra unánime acerca de su finalidad¹⁸⁹⁶, e incluso ha sido calificada de “redundante” por parte de algunos autores¹⁸⁹⁷.

¹⁸⁹⁴ A este respecto, cabría señalar que algunos autores como VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.199, no parecen descartar la posibilidad de aplicar la regla de diferimiento a aquellos activos transferidos físicamente fuera del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente en aquellos supuestos en los que pueda constatarse su vinculación con el establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria surgido en el territorio de dicho Estado con posterioridad a la operación (p.ej. si la actividad del establecimiento permanente consiste en el arrendamiento financiero de bienes de su titularidad situados físicamente en otros Estados miembros).

¹⁸⁹⁵ Sobre esta cuestión, *vid.* VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, pp.195-196.

¹⁸⁹⁶ De este modo, algún autor como LARKING, B., “Permanent Confusion? The...”, *op.cit.*, pp.306-307, ha apuntado que, más allá de evitar que los bienes muebles vinculados a un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria localizado en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente pudiesen abandonar su territorio, la introducción del inciso final del artículo 4.2, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE serviría para clarificar el propio significado del concepto de establecimiento permanente, garantizando que el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente conserve siempre sus derechos de gravamen sobre las plusvalías de los elementos patrimoniales transmitidos con independencia de lo establecido en su legislación fiscal doméstica o en el CDI suscrito con el Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria. En este sentido, podría darse el caso de que el establecimiento permanente existe con arreglo a lo establecido en su ordenamiento interno, pero no de acuerdo con lo dispuesto en el CDI firmado con el Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria y, por tanto, en ausencia de la exigencia relativa a la necesidad de que los elementos patrimoniales transmitidos contribuyan a la obtención de los resultados integrados en la base imponible de los impuestos, el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente perdería sus derechos de gravamen. Por su parte, BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, p.152, entiende que el requisito relativo a la generación de bases imponibles en el territorio del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente fue introducido con el fin de asegurar que el conjunto de elementos patrimoniales transmitidos no constituye un establecimiento permanente exclusivamente desde la óptica del Derecho doméstico de dicho Estado, sino también a los efectos del CDI aplicable al caso concreto pues, sólo en estos supuestos, podrían garantizarse los derechos de gravamen del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente.

¹⁸⁹⁷ En este sentido, *vid.* SCHONEWILLE, P.H., *op.cit.*, p.19, que entendía que la vinculación efectiva de los activos y pasivos transmitidos con el establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria situado

De hecho, en las legislaciones fiscales domésticas de algunos Estados miembros como España no figura el requisito contenido en el inciso final del artículo 4.2, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE, si bien se establece de forma clara que la transferencia de los elementos patrimoniales transmitidos en el marco de una operación transfronteriza de reorganización empresarial fuera del territorio español determinará la integración en la base imponible del establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria localizado en España de la diferencia entre su valor de mercado y su valor fiscal minorado, en su caso, en el importe de las amortizaciones y otras correcciones de valor reflejadas contablemente que hayan sido fiscalmente deducibles¹⁸⁹⁸.

Sin embargo, lo cierto es que no parece que la no aplicación de la regla de diferimiento prevista por la Directiva 2009/133/CE a los bienes muebles que hayan abandonado físicamente el territorio del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente pudiera constituir un verdadero obstáculo para la realización de una determinada operación de reorganización empresarial cuando la sociedad beneficiaria necesite incorporar a su actividad uno de estos bienes ya que: a) con carácter general, la sociedad transmitente no tendrá que hacer frente al pago de importantes plusvalías acumuladas vinculadas a los activos de esta naturaleza; b) por su parte, y en contrapartida al pago del citado impuesto, la sociedad beneficiaria podrá calcular las amortizaciones y posteriores plusvalías derivadas de dichos activos sobre su valor real (y no tomando como referencia el valor fiscal por el que figuraban en sede de la sociedad transmitente); y c) en todo caso, y a la luz de lo establecido en la jurisprudencia del TJUE en materia de impuestos de salida (codificada en el artículo 5 de la Directiva 2016/1164/UE en relación con una serie de supuestos), la sociedad transmitente tendría derecho a optar por el aplazamiento y fraccionamiento del pago del impuesto de salida derivado del gravamen de las plusvalías latentes vinculadas a los bienes muebles que han abandonado el territorio del Estado miembro de su residencia (pudiendo, no obstante, exigirse intereses con arreglo a la normativa nacional aplicable y, en su caso, la constitución de garantías).

en el Estado miembro de la sociedad transmitente ya implicaba necesariamente su contribución a la generación de bases imponibles en el territorio de dicho Estado miembro. Por el contrario, otros autores como BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, p.159, entienden que, a los efectos de conseguir un equilibrio entre la eliminación de los obstáculos fiscales a las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial y la garantía de los intereses financieros del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente, debería eliminarse el requisito relativo a que los elementos patrimoniales transmitidos se encuentren vinculados a un establecimiento permanente localizado en el territorio del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente, manteniéndose únicamente la condición recogida en el inciso final del artículo 4.2, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE y que hace referencia a la necesidad de que dichos activos contribuyan a la generación de bases imponibles en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente. De este modo, dicho Estado se vería obligado a aplicar la regla de diferimiento en relación con las plusvalías latentes vinculadas a todos los elementos patrimoniales transmitidos que generen bases imponibles en su territorio, evitándose todos los problemas asociados a la falta de una definición del concepto de establecimiento permanente por parte de la Directiva.

¹⁸⁹⁸ Vid. artículo 77.1, apartado a) de la LIS, que contrasta con la redacción original del artículo 4.1, apartado a) de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, donde se sí se recogía dicho requisito.

1.1.2.1.3. Consideraciones acerca de la falta de una definición del concepto de establecimiento permanente por parte de la Directiva 2009/133/CE

1.1.2.1.3.1. Un cambio de enfoque con respecto a la Propuesta de Directiva de 1969

A la vista de lo señalado en el anterior epígrafe de este trabajo, parece claro que el requisito previsto en el artículo 4.2, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE se configura como un elemento central en el diseño del régimen de neutralidad fiscal por cuanto permite “reconciliar” el objetivo del legislador europeo de eliminar los obstáculos fiscales a las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial con la preocupación de los Estados miembros acerca de la posibilidad de perder definitivamente sus derechos de gravamen sobre los elementos patrimoniales transmitidos¹⁸⁹⁹.

Sin embargo, y a pesar de que, por una parte, el concepto de “establecimiento permanente” aparece citado dieciséis o incluso veinticuatro veces en el articulado de la Directiva (en función de si incluimos o no los considerandos y excluyendo, en todo caso, el título de los capítulos)¹⁹⁰⁰ y que, por otra parte, la propia Directiva se afana en precisar en su artículo 2 el significado de todos aquellos términos relevantes para su aplicación, lo cierto es que no aporta una definición del concepto de establecimiento permanente ni realiza remisión alguna a las legislaciones domésticas de los Estados miembros, a los CDIs suscritos entre los Estados miembros de las sociedades participantes en la operación, al MCOCDE, o a otra norma de Derecho de la UE. En esta misma línea, se sitúan en el Convenio 90/436/CEE relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas¹⁹⁰¹ o la Directiva 2006/112/CE relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido¹⁹⁰², por cuanto también emplean el concepto de establecimiento permanente sin aportar una definición del mismo¹⁹⁰³.

¹⁸⁹⁹ En este sentido, *vid.* LARKING, B., “Permanent Confusion? The...”, *op.cit.*, p.304.

¹⁹⁰⁰ *Vid.* artículos 4, 5, 6, 10 y 12 de la Directiva 2009/133/CE.

¹⁹⁰¹ DOCE n° L 225, de 29 de agosto de 1990, p.10.

¹⁹⁰² DOUE n° L 347, de 11 de diciembre de 2006, p.1.

¹⁹⁰³ No obstante, nótese como a los efectos de la aplicación del artículo 44 de la Directiva 2006/12/CE, el artículo 11 del Reglamento de Ejecución (UE) n° 282/2011 del Consejo, de 15 de marzo de 2011, por el que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2006/112/CE relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido (DOUE n° L 77, de 23 de marzo de 2011, p.1) define el concepto de “establecimiento permanente” como “cualquier establecimiento, distinto de la sede de la actividad económica (...), que se caracterice por un grado suficiente de permanencia y una estructura adecuada en términos de medios humanos y técnicos que le permitan recibir y utilizar los servicios que se presten para las necesidades propias de dicho establecimiento”.

En relación con esta cuestión, conviene recordar que la Propuesta de Directiva de 1969 sí que recogía en su anexo una definición del concepto de establecimiento permanente muy similar a la contenida en el artículo 5.1 del Proyecto de Modelo de Convenio de Doble Imposición de la OCDE de 1963¹⁹⁰⁴ y que, a su vez, era la que empleaban la mayoría de los CDIs suscritos por los Estados miembros en aquel momento¹⁹⁰⁵. De este modo, se evitaban los problemas inherentes a una hipotética remisión a otras fuentes normativas de naturaleza nacional o internacional para delimitar el concepto de “establecimiento permanente”, a la vez que se empleaba una definición con la que los Estados miembros se encontraban ya familiarizados.

A este respecto, podría afirmarse que la Propuesta de Directiva de 1969 manejaba un concepto de establecimiento permanente más flexible que el que operaba en el ámbito del MCOCDE, habida cuenta de que el apartado 7 de su anexo contenía una cláusula de cierre específica que permitía englobar bajo dicho término a “toda instalación a la que sean vinculados desde el punto de vista contable los bienes de la sociedad transmitente como resultado de una fusión, de una escisión o de una aportación de activos”, contribuyendo a garantizar el cumplimiento del requisito previsto en su artículo 4 y, por ende, la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a estas operaciones. No obstante, lo cierto es que este apartado podía entrar en conflicto con las definiciones de establecimiento permanente contenidas en los CDIs suscritos entre algunos Estados miembros¹⁹⁰⁶. Por ello, en el año 1970, y con el fin de evitar posibles distorsiones para los operadores económicos derivadas de la disparidad existente entre ambas definiciones, ya se decidió eliminar el apartado 7 de la definición de establecimiento permanente contenida en el anexo de la Propuesta de Directiva de 1969¹⁹⁰⁷. Finalmente, el legislador europeo optó por prescindir de la definición de establecimiento permanente en el texto definitivo de la Directiva 90/434/CEE, al igual que de las reglas relativas al gravamen por parte de los Estados miembros de los beneficios atribuidos a un establecimiento permanente de una sociedad extranjera localizado en su territorio¹⁹⁰⁸, así como de los beneficios obtenidos por una sociedad nacional que dispone de establecimientos permanentes en otros Estados miembros¹⁹⁰⁹.

¹⁹⁰⁴ A este respecto, cabría apuntar, por una parte, que el Proyecto de MCOCDE de 1963 era el resultado de la consolidación de otros cuatro borradores anteriores (el primero de ellos en publicado en 1958) y, por otra parte, que la primera versión del Modelo OCDE de Convenios de Doble Imposición no vería la luz hasta el año 1977 (*vid.* SCOPPIO, M.E., “La notion d’établissement stable dans le cadre international des impôts directs et indirects”, *Revue Générale de Fiscalité*, vol.36, n°2, 2005, p.8). De hecho, la definición de establecimiento permanente contenida en el artículo 5.1 del Proyecto de MCOCDE de 1963 (“el lugar fijo de negocios en el que una empresa realiza toda o parte de su actividad”), difería ligeramente de la contenida en la redacción final del citado precepto en el MCOCDE de 1977 (“el lugar fijo de negocios mediante el cual una empresa realiza toda o parte de su actividad”), siendo esta última definición la que se ha ido consolidando hasta la actualidad.

¹⁹⁰⁵ En este sentido, *vid.* SCHMIDT, M., *op.cit.*, p.505.

¹⁹⁰⁶ De hecho, Alemania hizo una reserva al párrafo 7 de la definición de establecimiento permanente contenida en el anexo de la Propuesta de Directiva de 1969.

¹⁹⁰⁷ Sobre esta cuestión, *vid.* VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.194.

¹⁹⁰⁸ *Vid.* artículo 12.1 del Propuesta de Directiva de 1969.

¹⁹⁰⁹ *Vid.* artículos 12, apartados 2, 3, 4, y 5, y 13 de la Propuesta de Directiva de 1969.

Ciertamente, y aun cuando *a priori* pudiera llamar la atención el hecho de que la Directiva Fiscal de Fusiones no defina el concepto de establecimiento permanente, es importante reconocer que la “necesidad” de precisar el alcance de este término no era la misma en 1969, cuando se aprobó la Propuesta de Directiva contando únicamente con la referencia de la definición de establecimiento permanente recogida en el Proyecto de MCOCDE de 1963, que en 1990, cuando ya se había consolidado en la práctica fiscal internacional la aplicación de la definición contenida en el MCOCDE de 1977. Si a esto añadimos la gran similitud existente entre la definición de establecimiento permanente contemplada en el anexo de la Propuesta de Directiva de 1969 y la prevista en el artículo 5.1 del MCOCDE, los posibles problemas derivados de la ausencia de una identidad total entre el concepto de establecimiento permanente empleado por la Propuesta de Directiva de 1969 y el que figuraba en los CDIs suscritos por los Estados miembros, así como la reticencia de dichos Estados a ver más reducida su soberanía en materia impositiva, no resulta difícil de comprender por qué durante el transcurso de las negociaciones para la aprobación de la Directiva Fiscal de Fusiones se eliminó del contenido de la Propuesta de 1969 la definición de establecimiento permanente¹⁹¹⁰.

Sin embargo, la adopción de esta decisión, unida a la falta de cualquier tipo de remisión a otra disposición normativa de ámbito nacional o internacional para precisar el significado del concepto de “establecimiento permanente”¹⁹¹¹, determina que si, de acuerdo con la legislación fiscal doméstica del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente, la sociedad beneficiaria no dispone de un establecimiento permanente localizado en su territorio al que puedan quedar efectivamente vinculados los elementos patrimoniales transmitidos, la operación transfronteriza de reorganización empresarial en cuestión no podrá tener acceso a las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE. Esto se traduce en la introducción de un componente de incertidumbre o inseguridad jurídica acerca de la verificación del requisito previsto en el artículo 4.2, apartado b) de la Directiva que en nada contribuye al buen funcionamiento del régimen de neutralidad fiscal y que, de momento, todavía ha obtenido una respuesta por parte del TJUE.

1.1.2.1.3.2. La imposibilidad de extrapolar la definición del concepto de “rama de actividad” para precisar el significado del término “establecimiento permanente”

¹⁹¹⁰ Sobre esta cuestión, *vid.* SCOPPIO, M.E., *op.cit.*, p.11; y SCHMIDT, M., *op.cit.*, pp.522-523.

¹⁹¹¹ A este respecto, cabría señalar que el hecho de que la definición del término “establecimiento permanente” contenida en la Propuesta de Directiva de 1969 siguiese la definición del Borrador de MCOCDE de 1963 no puede ser vista como una suerte de referencia implícita al concepto de establecimiento permanente que figura en el artículo 5 del MCOCDE como fuente interpretativa (estática o dinámica) de dicho concepto en el ámbito de la actual Directiva Fiscal de Fusiones (*vid.* SCHMIDT, M., *op.cit.*, pp.519-520).

La Directiva 2009/133/CE contiene en su artículo 2, apartado j) una definición autónoma del concepto de “rama de actividad” como “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”. Sin embargo, esto no significa que la citada definición pueda emplearse para precisar los límites del concepto de establecimiento permanente a efectos de la aplicación de la Directiva debido a las distintas finalidades que persiguen ambos conceptos dentro de la configuración y funcionamiento del régimen de neutralidad fiscal¹⁹¹².

De hecho, y aunque puedan existir rasgos comunes entre la definición de rama de actividad prevista por la Directiva Fiscal de Fusiones y el concepto de establecimiento permanente que opera en el plano del Derecho Fiscal Internacional¹⁹¹³ o en el ámbito de otras normas de Derecho de la UE¹⁹¹⁴, lo cierto es que no existe una identidad entre el alcance del significado de ambos conceptos, resultando el primero más restrictivo que el segundo. Por ello, aun cuando parece que todo conjunto patrimonial que constituya una rama de actividad en el sentido del artículo 2, apartado j) de la Directiva 2009/133/CE sería susceptible de constituir, con carácter general, un establecimiento permanente de una sociedad no residente en un determinado Estado miembro¹⁹¹⁵, la misma afirmación no siempre podría realizarse a la inversa¹⁹¹⁶.

Así, y a título de ejemplo, cabría señalar como si bien las obras o proyectos de construcción/instalación cuya duración exceda de doce meses serían susceptibles de encajar en el concepto de establecimiento permanente que maneja el MCOCDE¹⁹¹⁷, no configurarían una rama de actividad en el sentido de la Directiva Fiscal Fusiones si atendemos a la definición prevista en su artículo 2, apartado j) así como a la interpretación que del mismo ha realizado el TJUE¹⁹¹⁸.

Por tanto, y sobre la base del carácter independiente de los términos “rama de actividad” y “establecimiento permanente” atendiendo a sus diferentes finalidades en el marco de la Directiva 2009/133/CE, podría afirmarse no sólo que la ausencia de una definición del concepto de “establecimiento permanente” en el articulado de dicha norma de Derecho de la UE no puede justificarse en modo alguno por la existencia de una definición del concepto de “rama de actividad” su artículo 2, apartado j), sino

¹⁹¹² Así lo entienden, ADDA, M., “The supposed autonomy of the PE’s definition in EU Tax Law”, *Fiscalità Internazionale*, vol. 6, nº2, 2008, p.159; o SCHMIDT, M., *op.cit.*, p.512.

¹⁹¹³ *Vid.* artículo 5 del MCOCDE.

¹⁹¹⁴ *Vid.* artículo 2, apartado b) de la Directiva 2011/96/UE y artículo 3, apartado c) de la Directiva 2003/49/CE.

¹⁹¹⁵ En este sentido, *vid.* LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *op.cit.*, p.95.

¹⁹¹⁶ Así lo entienden, TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., *European Tax Law*, *op.cit.*, p.676; o ADDA, M., “Can a Permanent Establishment Be a “Legitimate Heir” in a Domestic Consolidated Tax Regime?”, *European Taxation*, vol.48, nº5, 2008, p.243, quien hace hincapié en que la rama de actividad debe constituir un “negocio de naturaleza independiente con respecto al resto de la sociedad (...)”, capaz de funcionar con sus propios medios y autónomo desde el punto de vista funcional y financiero.

¹⁹¹⁷ *Vid.* artículo 5.3 del MCOCDE.

¹⁹¹⁸ En este sentido, *vid.* IBFD, *Survey of the implementation of the EC Corporate Tax Directives*, IBFD, Amsterdam, 1995, pp.44-45.

también que carecería de sentido emplear esta definición para clarificar o precisar el significado del concepto de establecimiento permanente a efectos de la aplicación de la Directiva Fiscal de Fusiones.

1.1.2.1.3.3. La interpretación del término “establecimiento permanente” realizada por el TJUE

Tal y como acabamos de apuntar, casi veinte años después de la aprobación de la Directiva 90/434/CEE, todavía no contamos con una definición del concepto de “establecimiento permanente” acuñada el TJUE que permita precisar el alcance de la regla prevista en el artículo 4.2, apartado b) de la Directiva. De hecho, en el ámbito de la libertad de establecimiento y, especialmente, a la hora de abordar la problemática relativa a la tratamiento fiscal discriminatorio por parte de los Estados miembros de las diferentes formas de establecimiento en su territorio de sociedades no residentes, el Tribunal hace referencia a los términos “agencia” o “sucursal” que, junto a la filial, constituyen las fórmulas para que las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central, o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión, puedan ejercer su derecho de establecimiento¹⁹¹⁹. A este respecto, cabría señalar que el “establecimiento permanente” se configura como un concepto más propio del ámbito fiscal, mientras que los términos “agencia” y “sucursal” se emplean en un contexto más amplio; de ahí que el primero no figure en el tenor literal del artículo 49.1 del TFUE a diferencia de los segundos¹⁹²⁰.

No obstante, a juicio de algunos autores, el hecho de que el TJUE se haya referido al término “establecimiento permanente” junto con los de “agencia” o “sucursal” en diversas sentencias relativas a la libertad de establecimiento, tales como las dictadas en los asuntos *AMID*¹⁹²¹, *Compagnie de Saint-Gobain*¹⁹²², *Royal Bank of Scotland*¹⁹²³, o *Comisión v. Francia*¹⁹²⁴, apuntaría a que pueden emplearse como sinónimos¹⁹²⁵, o más bien a que las agencias o sucursales son meras formas de establecimiento permanente de la sociedad no residente en un Estado miembro a efectos fiscales¹⁹²⁶.

¹⁹¹⁹ Vid. artículos 49 y 54 del TFUE.

¹⁹²⁰ En este sentido, vid. SCOPPIO, M.E., *op.cit.*, p.11.

¹⁹²¹ Vid. STJUE de 14 de diciembre de 2000, asunto C-141/99, *Algemene Maatschappij voor Investerings en Dienstverlening NV (AMID) v. Bélgica*.

¹⁹²² Vid. STJUE de 21 de septiembre de 1999, asunto C-307/97, *Compagnie de Saint-Gobain v. Finanzamt Aachen-Innenstadt*.

¹⁹²³ Vid. STJUE de 29 de abril de 1999, asunto C-311/97, *Royal Bank of Scotland plc v. Grecia*.

¹⁹²⁴ Vid. STJUE de 28 de enero de 1986, asunto C-270/83, *Comisión Europea v. Francia*.

¹⁹²⁵ En este sentido, vid. BOULOGNE, F., *Shortcomings in the..., op.cit.*, pp.156-157.

¹⁹²⁶ En este sentido parece inclinarse el Tribunal en su Sentencia de 28 de enero de 1986, asunto C-270/83, *Comisión Europea v. Francia*, ap.6, cuando afirma que “(...) Por el contrario, este mismo beneficio es denegado a los establecimientos permanentes, con forma de sucursales o agencias,

En este sentido, no puede perderse de vista que la sucursal, definida como “parte dependiente de una empresa dotada de un cierto grado de independencia económica y comercial, de forma tal que gestiona la actividad de la empresa y sus funciones no están limitadas a operaciones de naturaleza preparatoria o auxiliar”¹⁹²⁷, constituye una de las modalidades de establecimiento permanente previstas en el artículo 5.2, apartado b) del MCOCDE. Ciertamente, y a pesar de que ambos conceptos se caracterizan por la ausencia de personalidad jurídica propia y su dependencia de una casa central de la que se encuentran geográficamente separados, a nuestro juicio no resultan totalmente intercambiables¹⁹²⁸ ya que, si bien una sucursal constituye necesariamente una forma de establecimiento permanente, no sucede lo mismo a la inversa, pudiendo existir modalidades de establecimiento permanente que no adoptan la forma de sucursal¹⁹²⁹.

Por otra parte, cabría señalar como en el ámbito de la imposición indirecta, y más en concreto en materia de IVA, el TJUE sí que se encargó de delimitar con carácter previo a la aprobación del Reglamento de Ejecución (UE) n° 282/2011 el concepto de “establecimiento permanente” contenido, pero no definido, en la Directiva 2006/112/CE dada su relevancia para determinar el lugar de realización de las prestaciones de servicios. En este sentido, podrían traerse a colación, entre otras, la sentencia del TJUE en el asunto *Gunter Berkholz* donde se hacía referencia, en relación con el antiguo artículo 9 de la Directiva 77/388/CEE, a la necesidad de que el establecimiento permanente ofreciese “una consistencia mínima, por la integración permanente de medios humanos y técnicos necesarios para las prestaciones de determinados servicios”¹⁹³⁰, o a la sentencia del TJUE en el asunto *ARO Lease BV* donde se exigía que el establecimiento permanente tuviese “un grado suficiente de permanencia y una estructura apta, desde el punto de vista del equipo humano y técnico, para hacer posibles, de forma autónoma, las prestaciones de servicios de que se trate”¹⁹³¹.

establecidos en Francia por compañías de seguros que tengan su domicilio social en otro Estado miembro” (el subrayado es nuestro).

¹⁹²⁷ En este sentido, *vid.* VOGEL, K., *Double Taxation Conventions*, Deventer, 1991, p.214.

¹⁹²⁸ En el mismo sentido, aunque desde una óptica puramente interna se ha apuntado que “mientras la sucursal se define por una nota física (instalación independiente) y otra jurídica (cierta autonomía de gestión en relación a la entidad principal), los establecimientos permanentes se identifican no por un rasgo jurídico, sino por sus caracteres físicos: instalación o lugar donde se realizan habitualmente operaciones en un territorio donde la entidad no reside.” (*vid.* SANCHO, C., “Contratación y subcontratación internacional. Estructuras societarias internacionales”, *IESE Occasional Paper*, OP-191, 2012, p.14).

¹⁹²⁹ Así, y a título de ejemplo, conviene recordar que el artículo 5.2 del MCOCDE hace referencia como modalidades de establecimiento permanente a las sedes de dirección, las sucursales, las oficinas, las fábricas, los talleres, así como a las minas, los pozos de petróleo o de gas, las canteras o cualquier otro lugar de extracción de recursos naturales.

¹⁹³⁰ *Vid.* STJUE de 4 de julio de 1985, asunto C-168/84, *Gunter Berkholz v. Finanzamt Hamburg-Mitte-Altstadt*, ap.18.

¹⁹³¹ *Vid.* STJUE de 17 de julio de 1997, asunto C-190/95, *ARO Lease BV v. Inspecteur der Belastingdienst Grote Ondernemingen te Amsterdam*, ap.16. Nótese como esta idea sería reiterada posteriormente en las SSTJUE de 7 de mayo de 1998, asunto C-390/96, *Lease Plan Luxembourg SA v. Bélgica*, aps.24-26; de 28 de junio de 2007, asunto C-73/06, *Planzer Luxembourg Sarl v. Bundeszentralamt für Steuern*, ap.54; o de 16 de octubre de 2014, asunto C-605/12, *Welmory sp. z o.o. v. Dyrektor Izby Skarbowej w Gdańsku*, ap.58.

De este modo, podría afirmarse que, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, los elementos definidores del concepto de “establecimiento permanente” en el ámbito de la Directiva 2006/112/CE serían los siguientes: 1) “consistencia mínima” o “estructura apta” en un Estado miembro distinto del de la sede del empresario o profesional; b) “permanencia” o “continuidad” en el tiempo de la sede o lugar fijo de negocios del empresario o profesional (sin definición de un umbral temporal concreto); c) concurrencia de los medios humanos y técnicos necesarios para efectuar las operaciones de entrega de bienes o prestaciones de servicios desde el establecimiento permanente; y d) autonomía o independencia en la prestación de los servicios o realización de las operaciones por el establecimiento permanente¹⁹³². En este sentido, no puede perderse de vista que dichos caracteres definidores serían la base sobre la que se construiría posteriormente la definición del término “establecimiento permanente” que figura en el artículo 11 del Reglamento de ejecución (UE) n° 282/2011 y que resulta más restrictiva que la contemplada tanto en el artículo 5 del MCOCDE¹⁹³³ (en el que se inspiran la mayoría del CDIs suscritos por los Estados miembros) como en el artículo 2, apartado c) de la Directiva Matriz-Filial, o en el artículo 3, apartado c) de la Directiva de Intereses y Cánones (especialmente por lo que se refiere a la exigencia de medios humanos y técnicos). De ahí, que una hipotética extensión al ámbito de la Directiva 2009/133/CE del concepto de establecimiento permanente que opera en materia del IVA resulte desaconsejable¹⁹³⁴.

En cualquier caso, lo cierto es que, mientras en el ámbito del MCOCDE el concepto de establecimiento permanente ha sido objeto de un notable desarrollo, en el plano comunitario todavía no puede ser considerado como un concepto autónomo de Derecho de la UE propiamente dicho, de forma tal que su interpretación por parte del TJUE sobre la base de lo establecido en el artículo 267 del TFUE quedará circunscrita al ámbito específico de la norma en la que se encuentre definido y, por ende, su significado podría no coincidir de forma exacta con el atribuido a efectos de otras normas de Derecho de la UE¹⁹³⁵ o con el previsto, con carácter general, por las legislaciones domésticas de los Estados miembros¹⁹³⁶.

Por lo que respecta al ámbito de la Directiva 2009/133/CE, ya desde poco después de su aprobación se apuntaba la posibilidad de que el TJUE tuviese que entrar a interpretar el concepto de establecimiento permanente en el marco de una cuestión

¹⁹³² Vid. LONGAS LAFUENTE, A., “Criterios delimitadores del establecimiento permanente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los impuestos indirectos”, *Cuadernos de formación del IEF*, vol.6, 2008, p.243.

¹⁹³³ Sobre esta cuestión, vid. CALDERÓN CARRERO, J.M., “Beneficios empresariales (y de navegación)”, en CALDERÓN CARRERO, J.M., CARMONA FERNÁNDEZ, N., MARTÍN JIMÉNEZ, A., TRAPÉ VILADOMAT, M., *Convenios de doble imposición. El impacto BEPS. Análisis y evolución de la red española de tratados fiscales*, CISS, Madrid, 2019, pp.305 y ss.

¹⁹³⁴ En este sentido, vid. SCOPPIO, M.E., *op.cit.*, p.14, quien apunta, no obstante, que una total independencia entre los conceptos de establecimiento permanente que operan a nivel europeo en el ámbito de la fiscalidad directa e indirecta podría dar lugar a problemas de seguridad jurídica.

¹⁹³⁵ Sobre esta cuestión, ADDA, M., “The supposed autonomy...”, *op.cit.*, p.161.

¹⁹³⁶ En este sentido, vid. VAN BOEIJEN-OSTASZEWSKA, A., BURGERS, I.J.J., *op.cit.*, p.14; SCOPPIO, M.E., *op.cit.*, p.11.

prejudicial planteada por los órganos jurisdiccionales nacionales en un supuesto en el que se invocase el efecto directo de una de sus disposiciones por falta de implementación o implementación incorrecta de la Directiva, o bien en un supuesto vinculado a la interpretación de la legislación doméstica que implementa la Directiva en un determinado Estado miembro¹⁹³⁷. Sin embargo, hasta la fecha, la posibilidad que acabamos de apuntar nunca ha llegado a concretarse.

En este escenario, la cuestión que se plantea es si a los efectos de la interpretación del concepto de “establecimiento permanente” que figura en la Directiva 2009/133/CE debería tomarse como referencia la definición que figura en el artículo 5 del MCOCDE o en otras normas de Derecho de la UE (p.ej. en las Directivas 2011/96/UE y 2003/49/CE), o si por el contrario habría que acudir al CDI suscrito entre los Estados miembros de las sociedades participantes en la operación o incluso a la definición de dicho término contemplada en sus respectivas legislaciones domésticas.

1.1.2.1.4. Posibles alternativas a la hora de precisar el alcance del concepto de “establecimiento permanente”

1.1.2.1.4.1. El artículo 5 del Modelo de Convenio de la OCDE

A primera vista, el recurso a la definición contenida en el artículo 5 del MCOCDE¹⁹³⁸ como referencia para interpretar el término “establecimiento permanente” que figura en la Directiva 2009/133/CE presenta una serie de ventajas entre las que cabría destacar el hecho de que nos encontramos ante un concepto que: a) se ha ido perfeccionando a lo largo del tiempo, especialmente a través de los Comentarios al artículo 5 del MCOCDE; b) resulta conocido para la mayoría de Estados miembros (pues muchos de ellos lo siguen a la hora de redactar sus CDIs con otros Estados miembros e incluso lo han trasladado a sus legislaciones fiscales domésticas¹⁹³⁹) y para las empresas que operan en ámbito intra-europeo, lo que contribuye a incrementar los niveles de seguridad jurídica; y c) su constante evolución permitiría adaptar el significado de la Directiva Fiscal de Fusiones a las más recientes tendencias en el plano de la fiscalidad internacional (p.ej. las derivadas del Proyecto BEPS).

No obstante, esta última ventaja podría constituir un arma de doble filo en la medida en que, si finalmente se optase por introducir una remisión explícita al artículo 5

¹⁹³⁷ En este sentido, *vid.* LARKING, B., “Permanent Confusion? The...”, *op.cit.*, pp.305-306.

¹⁹³⁸ Un excelente análisis del concepto de establecimiento permanente previsto en el artículo 5 del MCOCDE y el impacto que en el mismo ha tenido el Proyecto BEPS puede encontrarse en CALDERÓN CARRERO, J.M., “Beneficios empresariales...”, *op.cit.*, pp.198 y ss.

¹⁹³⁹ En este sentido, podría traerse a colación el caso de Italia, donde el artículo 162 del *Testo Unico delle Imposte sui Redditi* contempla una definición del concepto de establecimiento permanente muy similar a la que figura en el artículo 5 del MCOCDE.

del MCOCDE en el articulado de la Directiva 2009/133/CE, la evolución del concepto de establecimiento permanente quedaría fuera del radio de acción del legislador europeo e incluso del propio TJUE, lo cual, a juicio de algún autor, podría incluso plantear problemas de encaje con el artículo 115 del TFUE¹⁹⁴⁰. De hecho, también pueden encontrarse voces entre la doctrina contrarias incluso a la posibilidad de que, llegado el caso y ante el silencio de la Directiva, el TJUE tomase como referencia la definición contenida en el artículo 5 del MCOCDE y sus Comentarios a la hora de interpretar el concepto de establecimiento permanente en el ámbito de la citada norma comunitaria¹⁹⁴¹.

Por su parte, los partidarios de la inclusión de una remisión explícita al artículo 5 del MCOCDE en el tenor literal del artículo 4 de la Directiva fundamentan su posición en elementos tales como que, por una parte, la Propuesta de Directiva de 1969 contenía una definición del concepto de establecimiento permanente prácticamente idéntica a la recogida en el Proyecto de MCOCDE de 1963 y, por otra parte, las actuales Directivas 2011/96/UE y 2003/49/CE se encuentran alineadas en términos generales con la definición contenida en el artículo 5 del MCOCDE para precisar el significado de dicho concepto¹⁹⁴². En este sentido, tampoco puede perderse de vista que la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible común del impuesto sobre sociedades incorpora una definición de establecimiento permanente muy similar a la contenida en el artículo 5 del MCOCDE¹⁹⁴³.

Sin embargo, a nuestro juicio, desde la óptica del proceso de aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de fiscalidad directa en el que se enmarca la Directiva 2009/133/CE, resultaría más conveniente la introducción en la propia norma comunitaria de una definición del concepto de establecimiento permanente (tal y como ya contemplan la Directiva Matriz-Filial o la Directiva de Intereses y Cánones) susceptible de una interpretación autónoma por parte del TJUE. Asimismo, cabría señalar que la similitud entre las definiciones de establecimiento permanente que figuran recogidas en las Directivas 2011/96/UE y 2003/49/CE y la que opera en el marco del MCOCDE queda limitada a lo dispuesto en el artículo 5.1 del MCOCDE. En este sentido, no puede perderse de vista que ninguna de las definiciones

¹⁹⁴⁰ En este sentido, *vid.* LARKING, B., “Permanent Confusion? The...”, *op.cit.*, p.307.

¹⁹⁴¹ En contra de este planteamiento, *vid.* SCHMIDT, M., *op.cit.*, pp.519-520. Por su parte, CALDERÓN CARRERO, J.M., MARTÍN JIMÉNEZ, A., *Derecho Tributario de...*, *op.cit.*, p.313, también han expresado sus dudas acerca de la conveniencia de que el TJUE acuñe una interpretación autónoma del concepto de establecimiento permanente tomando como referencia el contenido en el MCOCDE habida cuenta de su carácter dinámico (especialmente en el contexto postBEPS) y asimétrico (pudiendo los Estados miembros y demás países adoptar posiciones distintas al respecto).

¹⁹⁴² En este sentido, *vid.* BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, pp.158 y 253.

¹⁹⁴³ *Vid.* artículo 5 de la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible común del impuesto sobre sociedades, COM(2016) 685 final, de 25 de octubre de 2016. De hecho, en el propio Memorándum que acompaña a la citada propuesta se afirma que “(...) el concepto de establecimiento permanente se define siguiendo fielmente la definición postBEPS recomendada en el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE (...).

previstas en la Directiva Matriz-Filial y en la Directiva de Intereses y Cánones reproducen el contenido de los apartados 2 a 8 del artículo 5 del MCOCDE¹⁹⁴⁴.

De hecho, la “transposición” al ámbito de la Directiva 2009/133/CE del contenido íntegro del artículo 5 del MCOCDE podría traducirse no sólo en divergencias entre los conceptos de establecimiento permanente aplicables en el ámbito de las tres Directivas anteriormente citadas, sino también en posibles conflictos entre la definición de establecimiento permanente que operaría en el ámbito de la Directiva 2009/133/CE y la prevista en los CDIs suscritos entre la mayoría de Estados miembros, en relación con aspectos tales como, las obras o proyectos de instalación, las actividades de naturaleza auxiliar, o los agentes dependientes.

Por otra parte, aunque en relación con esta cuestión, se ha llegado a apuntar que, en la medida en que el requisito de vinculación efectiva y generación de bases imponibles previsto en el artículo 4.2, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE unido a la definición de establecimiento permanente que figura en el artículo 5 del MCOCDE ya determinaría que sólo operaciones transfronterizas de reorganización empresarial de una cierta sustancia pudiesen acceder al régimen de neutralidad fiscal (al imponer dicho precepto un test de localización y de duración, así como excluir que actividades de naturaleza auxiliar puedan formar un establecimiento permanente), podría eliminarse de la Directiva Fiscal de Fusiones el requisito de rama de actividad exigido en relación con las escisiones parciales y aportaciones de activos¹⁹⁴⁵; opinión que no compartimos por cuanto el concepto de establecimiento permanente y el de rama de actividad sirven a fines diferenciados en el contexto de la Directiva 2009/133/CE.

1.1.2.1.4.2. Las Directivas 2011/96/UE y 2003/49/CE

Tal y como ya hemos tenido ocasión de señalar en anteriores epígrafes de este trabajo, tanto la Directiva Matriz-Filial como la Directiva de Intereses y Cánones incorporan en su articulado una definición del concepto de “establecimiento permanente”. Así, el artículo 2, apartado b) de la Directiva 2011/96/CE lo define como “un centro de actividades fijo, situado en un Estado miembro, a través del cual se realice una parte o la totalidad de las actividades empresariales de una sociedad de otro Estado miembro, en la medida en que los beneficios del centro de actividades estén sujetos a

¹⁹⁴⁴ En este sentido, *vid.* COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión al Consejo de conformidad con el artículo 8 de la Directiva 2003/49/CE del Consejo relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros*, COM(2009) 179 final, de 17 de abril de 2009, p.8. A este respecto, no han faltado voces que apuntan que si dichas definiciones fuesen tomadas de forma literal podrían resultar enormemente restrictivas, al dejar fuera de su ámbito de cobertura multitud de supuestos que encajarían en el concepto de establecimiento permanente contemplado en el MCOCDE (*vid.* CONFÉDÉRATION FISCALE EUROPÉENNE, *Opinion Statement of the CFE on an EU definition of Permanent Establishment*, July 2013, pp.4-5).

¹⁹⁴⁵ Así lo entienden BOULOGNE, F., GOOIJIE, J., *op.cit.*, pp.247-248.

imposición en el Estado miembro en el que está situado en virtud de un tratado bilateral en materia fiscal o, en su defecto, en virtud de la legislación nacional”. Por su parte, el artículo 3, apartado c) de la Directiva 2003/49/CE identifica el término establecimiento permanente con “un centro de actividades fijo, situado en un Estado miembro, a través del cual se realice una parte o la totalidad de las actividades empresariales de una sociedad de otro Estado miembro”.

A este respecto, y con carácter previo, cabría apuntar que, a diferencia de la Directiva Fiscal de Fusiones, ni la Propuesta de Directiva Matriz-Filial de 1969¹⁹⁴⁶ ni la Directiva 90/435/CEE en su versión original hacían referencia al concepto de establecimiento permanente, de ahí que no contuviesen una definición del mismo, sino que ésta sería posteriormente incorporada a través de la modificación introducida por la Directiva 2003/123/CE¹⁹⁴⁷. Por el contrario, la Directiva de Intereses y Cánones es la única norma de Derecho de la UE que contenía una definición de “establecimiento permanente” tanto en su Propuesta¹⁹⁴⁸ como en el texto que finalmente fue aprobado. En este sentido, no puede perderse de vista que, dada la conexión existente entre la Directiva 2003/123/CE y la Directiva 2005/19/CE, la reforma operada por esta última en la Directiva 90/434/CEE hubiese sido una buena oportunidad para incorporar en su articulado una definición de “establecimiento permanente”, más aun, cuando esta norma ya hacía referencia a dicho término desde su aprobación.

En cualquier caso, lo cierto es que nos encontramos ante dos definiciones propias del Derecho de la UE y de carácter autónomo, pero que presentan un importante grado de similitud no sólo entre ellas, sino también con el concepto de establecimiento permanente recogido en el artículo 5.1 del MCOUDE y definido como el “lugar fijo de negocios mediante el cual una empresa realiza toda o parte de su actividad”¹⁹⁴⁹. De hecho, las tres definiciones anteriormente señaladas comparten la exigencia de un vínculo territorial con cierta vocación de permanencia (“centro de actividades fijo”, “lugar fijo de negocios”), así como la necesidad de que se lleve a cabo, de forma total o parcial, una actividad económica¹⁹⁵⁰, si bien la definición contenida en el artículo 2, apartado b) de la Directiva 2011/96/UE exige de forma adicional que los beneficios del establecimiento permanente se encuentren efectivamente sujetos a imposición en el Estado miembro en el que está localizado. No obstante, la mayor flexibilidad que se observa *a priori* en la definición de establecimiento permanente que figura en el artículo

¹⁹⁴⁶ DOCE nº C 39, de 22 de marzo de 1969, p.7.

¹⁹⁴⁷ Directiva 2003/123/CE de 22 de diciembre de 2003, por la que se modifica la Directiva 90/435/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (DOUE nº L 7, de 13 de enero de 2004).

¹⁹⁴⁸ DOCE nº C 123, de 22 de abril de 1998.

¹⁹⁴⁹ En este sentido, *vid.* BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, p.155.

¹⁹⁵⁰ Nótese como estos elementos también figuraban en la definición de establecimiento permanente contenida en el artículo 2 de la Propuesta de Directiva del Consejo, 6 de diciembre de 1990, relativa a un régimen por el que las empresas asumen las pérdidas registradas por sus establecimientos permanentes y filiales situados en otros Estados miembros, COM (90) 595 final (DOCE nº C 53 de 28 de febrero de 1991, p.30) y que nunca llegaría a entrar en vigor. En dicho precepto se definía el término establecimiento permanente como “todo local fijo para la realización de negocios a través del cual una empresa de un Estado miembro ejerza toda o parte de su actividad”.

3, apartado c) de la Directiva 2003/49/CE (frente a la contenida en el Directiva 2011/96/UE) debe ser matizada habida cuenta de que la posibilidad de que los intereses o cánones pagados al establecimiento permanente resulten exentos a efectos fiscales queda limitada por el “test de beneficiario efectivo” contenido en el artículo 1.5 de la propia Directiva que exige, entre otras cuestiones, que los pagos de intereses o cánones recibidos por el establecimiento permanente se encuentren sujetos a imposición en el Estado miembro donde se encuentre localizado¹⁹⁵¹.

Ciertamente, y más allá de la similitud existente entre las definiciones que operan en el ámbito de la Directiva Matriz-Filial y de la Directiva de Intereses y Cánones, no puede hablarse de una suerte de concepto común de establecimiento permanente en materia de fiscalidad directa que pudiera resultar extensible a la Directiva 2009/133/CE¹⁹⁵². De hecho, ambas normas comunitarias establecen de forma clara que la definición de establecimiento contenida en las mismas sólo resulta válida “a efectos de la aplicación de la presente Directiva”¹⁹⁵³.

Por ello, la cuestión que se plantea *a priori* pivotaría sobre la posibilidad de que el TJUE pueda (o deba) “trasladar” la definición de establecimiento permanente contenida en la Directiva 2011/96/UE o bien en la Directiva 2003/49/CE al ámbito de la Directiva 2009/133/CE. No obstante, algunos autores, partiendo de la base de que las Directivas 2011/96/UE y 2003/49/CE comparten el objetivo común de eliminar los problemas de doble imposición que afectan a los flujos de rentas intra-comunitarios (ya sea en forma de dividendos, de intereses o de cánones), se han mostrado partidarios de que el TJUE proceda a “reconciliar” vía interpretativa las definiciones de establecimiento permanente que figuran recogidas en dichas normas de Derecho de la UE y aplique dicha interpretación en el ámbito de la Directiva 2009/133/CE, pues si bien esta última no tiene como objetivo principal la eliminación de la doble imposición comparte con las anteriores la finalidad común de facilitar la operativa transfronteriza de las empresas europeas¹⁹⁵⁴.

En relación con esta cuestión, se ha apuntado que las diferencias existentes entre la finalidad y ámbito de aplicación de la Directiva de Intereses y Cánones y la Directiva Fiscal de Fusiones, parecen desaconsejar el recurso a la definición de establecimiento contenida en el artículo 3, apartado c) de la Directiva 2003/49/CE para interpretar dicho término en el ámbito de la Directiva 2009/133/CE¹⁹⁵⁵, aun cuando pueden encontrarse resoluciones del TJUE en las que el Tribunal interpreta un término contenido en una

¹⁹⁵¹ En este sentido, *vid.* ADDA, M., “The supposed autonomy...”, *op.cit.*, p.158.

¹⁹⁵² *Ibid.*, p.158. A este respecto, no puede perderse de vista como la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible común del impuesto sobre sociedades, COM(2016) 685 final, de 25 de octubre de 2016, en su Considerando nº 6 ha llamado la atención acerca de la necesidad de adoptar un concepto común de establecimiento permanente en este ámbito con el evitar posibles asimetrías derivadas de definiciones divergentes.

¹⁹⁵³ *Cfr.* artículos 2 de la Directiva 2011/96/UE y artículo 3.1 de la Directiva 2003/49/CE.

¹⁹⁵⁴ En este sentido, *vid.* TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., *European Tax Law*, *op.cit.*, pp.772-773.

¹⁹⁵⁵ En este sentido, *vid.* SCHMIDT, M., *op.cit.*, p.515.

norma de Derecho de la UE tomando como referencia una definición prevista en otra norma comunitaria cuyo objeto y base jurídica resultan claramente diferenciados¹⁹⁵⁶.

Sin embargo, a nuestro juicio, el uso de la definición contenida en el artículo 2, apartado b) de la Directiva 2011/96/UE presentaría menores problemas desde el punto de vista teórico habida cuenta del carácter complementario del objetivo último perseguido por esta norma y por la Directiva 2009/133/CE, a saber, la eliminación de los obstáculos fiscales a los procesos de cooperación entre sociedades de diferentes Estados miembros con el fin de que éstas puedan adaptarse a las exigencias del mercado común, mejorando sus niveles de productividad y competitividad en el plano internacional. No en vano, el propio TJUE llegó a afirmar en su sentencia en el asunto *Punch Graphix* que ambas Directivas “constituyen un todo, en la medida en que se completan mutuamente”, recordando que: i) desde un punto de vista formal, puede observarse que las Propuestas que dieron lugar a las citadas Directivas fueron presentadas por la Comisión Europea el mismo día, que la Directivas 90/434/CEE y 90/435/CEE fueron aprobadas también el mismo día por el Consejo de la UE, y que ambas normas comunitarias estaban destinadas a ser objeto de una transposición simultánea; y ii) desde un punto de vista material, las citadas Directivas presentan un objetivo común consistente en abolir las restricciones, desventajas o distorsiones particulares derivadas de las disposiciones fiscales de los Estados miembros que pudieran afectar, bien a la cooperación entre sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (Directiva Matriz-Filial), o bien a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, y canjes de valores realizados entre sociedades de Estados miembros diferentes (Directiva Fiscal de Fusiones)¹⁹⁵⁷.

A este respecto, y en favor de la posibilidad de trasladar al ámbito de la Directiva 2009/133/CE la definición de establecimiento permanente contenida en el artículo 2, apartado b) de la Directiva 2011/96/UE, podría apuntarse el hecho de que el TJUE haya recurrido a la definición de la operación de fusión impropia que figura en la Directiva 2009/133/CE¹⁹⁵⁸ para interpretar el concepto de “liquidación” contemplado en el artículo 4.1 de la Directiva 2011/96/UE¹⁹⁵⁹, aludiendo precisamente al carácter complementario de ambas normas de Derecho de la UE. Asimismo, la cláusula prevista en el último inciso del artículo 2, apartado b) de la Directiva 2011/96/UE y en virtud de

¹⁹⁵⁶ En este sentido, podría traerse a colación la STJUE de 23 de abril de 2009, asunto C-357/07, *The Queen (a instancia de TNT Post UK Ltd) v. The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs*, aps.34-35, donde se establece que a los efectos de interpretar el concepto de “servicios públicos postales” que figuraba en el artículo 13, parte A, apartado 1, letra a), de la Sexta Directiva sobre el IVA, constituía una “referencia útil” la definición contenida en el artículo 3.1 de la Directiva 97/67/CE, de 15 de diciembre de 1997, relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio (DOUE n° L 15, de 21 de enero de 1998, p.14), a pesar de que ambas normas comunitarias ni siquiera compartían una misma base jurídica.

¹⁹⁵⁷ Vid. STJUE de 18 de octubre de 2012, asunto C-371/11, *Punch Graphix Prepress Belgium NV v. Bélgica*, ap.35.

¹⁹⁵⁸ Vid. artículo 2, apartado a), subapartado iii) de la Directiva 2009/133/CE.

¹⁹⁵⁹ Vid. STJUE de 18 de octubre de 2012, asunto C-371/11, *Punch Graphix Prepress Belgium NV v. Bélgica*, ap.36. Un análisis sucinto de esta sentencia puede encontrarse en O'SHEA, T., “ECJ Rules Dissolution...”, *op.cit.*, pp.675-679.

la cual se establece la necesidad de que los beneficios del “centro de actividades fijo” a través del cual la sociedad no residente realiza la totalidad o una parte de sus actividades en el territorio de otro Estado miembro se encuentren sujetos a imposición en dicho Estado en virtud de un CDI o, en su defecto, de la legislación doméstica, vendría a reforzar la exigencia contemplada en el artículo 4.2, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE y relativa a la necesidad de que los elementos patrimoniales transmitidos en el marco de una operación transfronteriza de reorganización empresarial que queden vinculados a un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria en el Estado miembro de la sociedad transmitente contribuyan a “la obtención de los resultados integrados en la base imponible de los impuestos”.

Ahora bien, a nuestro juicio, el traslado al ámbito de la Directiva 2009/133/CE de la definición de establecimiento permanente contemplada en la Directiva 2011/96/UE (similar a la prevista en el artículo 5.1 del MCOCDE), debería realizarse, en su caso, a través de una modificación de su articulado y no mediante la mera aplicación por parte del TJUE en supuesto fáctico concreto del concepto de establecimiento permanente que figura recogido en la Directiva Matriz-Filial. Todo ello, sin perjuicio de que una vez incorporada al texto de la Directiva 2009/133/CE, nos encontremos ante una definición cuyos contornos puedan ser perfilados por el TJUE a través de su interpretación.

1.1.2.1.4.3. El recurso a la definición de “establecimiento permanente” contenida en los CDI o en la legislación doméstica de los Estados miembros

La interpretación del concepto de establecimiento permanente que figura en la Directiva 2009/133/CE sobre la base de las definiciones contempladas en el ordenamiento doméstico de los Estados miembros, así como en el CDI aplicable al caso concreto, presentaría *a priori* la ventaja de que, tanto las autoridades tributarias, como los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros involucrados en la operación de reorganización empresarial en cuestión, ya se encuentran familiarizados con las mismas, lo cual facilita su aplicación e interpretación. Asimismo, no puede perderse de vista que los CDIs son el instrumento natural para resolver las cuestiones de índole fiscal que se plantean en el ámbito de las relaciones bilaterales entre los diferentes Estados, especialmente por lo que se refiere a la atribución de derechos de gravamen.

Por ello, y a juicio de algunos autores, parece que esta opción (aplicación de la definición de establecimiento permanente contemplada en el CDI correspondiente y, en su defecto, en la legislación doméstica del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente¹⁹⁶⁰) sería incluso la más adecuada, tanto desde el punto de vista de los

¹⁹⁶⁰ En este sentido, no puede perderse de vista que “en la actualidad, la preeminencia que estos instrumentos convencionales ostentan frente a las fuentes internas es ya una cuestión pacífica” (*vid.*

objetivos de la propia Directiva (garantizar la neutralidad fiscal de las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial, pero salvaguardando al mismo tiempo los derechos de gravamen e intereses financieros del Estado miembro de la sociedad transmitente), como desde la óptica de la exigencia prevista en su artículo 4.2, apartado b) y relativa a la necesidad de que los elementos patrimoniales transmitidos en el marco de la operación de reorganización empresarial en cuestión contribuyan a la generación de bases imponibles en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente¹⁹⁶¹.

Sin embargo, no puede perderse de vista que las divergencias existentes entre las definiciones de establecimiento permanente que operan en el ámbito de las legislaciones nacionales de los Estados miembros¹⁹⁶² introducen un componente de heterogeneidad en la aplicación práctica de la Directiva 2009/133/CE que no resulta deseable desde la óptica del Derecho de la UE, especialmente si tenemos en cuenta lo establecido en el artículo 115 del TFUE, ni desde la perspectiva del principio de seguridad jurídica. En este sentido, la presencia de una definición de “establecimiento permanente” en la Propuesta de Directiva de 1969 parece indicar que, al menos en un primer momento, las instituciones europeas se alineaban con este planteamiento, si bien su eliminación del texto definitivo de la Directiva 90/434/CEE debe ser vista, en opinión de algunos autores, como una suerte de remisión implícita por parte del legislador comunitario al contenido de los CDIs suscritos entre los Estados miembros involucrados en la operación de reorganización empresarial en cuestión y, en su defecto, a lo establecido en sus respectivos ordenamientos domésticos para precisar el significado de este término en el marco de la Directiva 2009/133/CE, más aún si tenemos en cuenta la ausencia de una definición autónoma y homogénea del concepto de establecimiento permanente a nivel comunitario¹⁹⁶³.

RIBES RIBES, A., “La difícil precisión de la noción de establecimiento permanente a través de la cláusula del agente dependiente (STS de 12 de enero de 2012, caso Roche)”, *Crónica Tributaria*, n° extra 4, 2012, p.31).

¹⁹⁶¹ En este sentido, *vid.*, entre otros, JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS, D., “The Permanent Establishment...”, *op.cit.*, pp.7-8; LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *op.cit.*, p.95; SCHMIDT, M., *op.cit.*, p.507; LOYENS LEFEVRE RÄDLER (EUROPEAN TAX NETWORK), *op.cit.*, p.14; IBFD, *Survey of the implementation of the EC Corporate Tax Directives*, IBFD, Amsterdam, 1995, pp. 25 y 45-46; o LARKING, B., “Permanent Confusion? The...”, *op.cit.*, p.307, quien critica el hecho de que el silencio de la Directiva Fiscal de Fusiones en este punto obligue a adoptar una solución más pragmática que técnica.

¹⁹⁶² A este respecto, convendría aclarar que nos estamos refiriendo a las diferencias existentes, por ejemplo, entre la definición del concepto de establecimiento permanente que opera en el Estado miembro A y la que opera en el Estado miembro B, y no a una hipotética divergencia dentro de un mismo Estado miembro entre la definición de este término contenida en la normativa nacional que implementa la Directiva Fiscal de Fusiones y la que opera con carácter general en el ordenamiento fiscal doméstico de dicho Estado miembro (incluyendo los CDIs). De hecho, ya en su momento se constató como incluso aquellos Estados miembros que contaban con una definición de establecimiento permanente en sus respectivos ordenamientos domésticos, no establecieron de forma explícita a la hora de implementar a nivel interno la Directiva 90/434/CEE qué definición de establecimiento permanente debía tomarse como referencia a estos efectos (*vid.* SCHMIDT, M., *op.cit.*, pp.509-510.) Sobre esta cuestión, *vid.* VAN BOEIJEN-OSTASZEWSKA, A., BURGERS, I.J.J., *op.cit.*, p.14; SCOPPIO, M.E., *op.cit.*, p.11; o LARKING, B., “Permanent Confusion? The...”, *op.cit.*, p.307.

¹⁹⁶³ Así lo entiende, SCHMIDT, M., *op.cit.*, pp.519-520.

A este respecto, cabría señalar que en aquellos supuestos en los que exista un CDI entre los Estados miembros de residencia de las sociedades participantes en la operación de reorganización empresarial y se acuda a la definición de establecimiento permanente contenida en los mismos, el problema anteriormente señalado se vería mitigado habida cuenta de que, con carácter general, los Estados miembros se alinean con el artículo 5 del MCOCDE a la hora de definir el concepto de establecimiento permanente en sus CDIs¹⁹⁶⁴. Ahora bien, el hecho de que los Estados no estén obligados a seguir lo dispuesto en el MCOCDE a la hora de redactar sus CDIs, determina la imposibilidad de eliminar por completo la presencia de un componente de heterogeneidad en las definiciones de establecimiento permanente contempladas en los mismos. En este sentido, y a título de ejemplo, podrían traerse a colación las divergencias existentes entre los CDIs suscritos por los Estados miembros en relación con la duración mínima exigida para que una obra o proyecto de construcción o instalación constituya un establecimiento permanente, pudiendo ésta ser superior¹⁹⁶⁵ o inferior¹⁹⁶⁶ a los doce meses fijados por el artículo 5.3 del MCOCDE.

De este modo, si tenemos en cuenta que las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial pueden presentar un carácter bilateral o multilateral, involucrando a dos o más Estados miembros (p.ej. la escisión total de una sociedad alemana, en favor de una sociedad holandesa y una sociedad francesa), podría darse el caso de que las divergencias existentes entre los conceptos de establecimiento permanente que figuran en los CDIs suscritos entre el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente y los Estados miembros de residencia de las sociedades beneficiarias determinasen que, en virtud de la naturaleza de los elementos patrimoniales transmitidos a cada una de las sociedades beneficiarias, el requisito previsto en el artículo 4.2, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE sólo se cumpliera en relación con una parte de la operación, lo que, a su vez, se traduciría en la no aplicación del régimen de neutralidad fiscal a la operación en su conjunto o bien tan sólo en relación con aquella parte en la que no se verifique el cumplimiento de dicho requisito, en función de si entendemos que en este tipo de supuestos existe o no la posibilidad de una aplicación parcial de la Directiva 2009/133/CE. Sea como fuere, lo cierto es que ninguno de estos resultados parece deseable a la luz de los objetivos perseguidos por la Directiva Fiscal de Fusiones.

¹⁹⁶⁴ De hecho, y aun cuando a nivel interno también resulte común que la definición de este término se inspire en el MCOCDE (tal y como sucede, por ejemplo, en el caso de Italia), lo cierto es que no siempre existirá una literalidad entre ambas definiciones. En este sentido, podrían traerse a colación las diferencias existentes entre el artículo 13.1, apartado a) de Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes y el artículo 5.1 del MCOCDE, por lo que refiere al plazo exigido para que una obra de construcción o instalación sea considerada como establecimiento permanente (6 meses v. 12 meses), o en relación con la calificación de los almacenes como establecimiento permanente (cubiertos, con carácter general, por la normativa española y excluidos por el MCOCDE).

¹⁹⁶⁵ Por ejemplo, en el CDI suscrito entre España y Hungría (24 meses).

¹⁹⁶⁶ Por ejemplo, en el CDI suscrito entre España y Grecia (9 meses)

Asimismo, también se ha apuntado que si el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente considerase que los elementos patrimoniales transmitidos en el marco de una operación transfronteriza de reorganización empresarial cubierta por el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE configuran un establecimiento permanente de acuerdo con lo establecido en su legislación fiscal doméstica mientras que el Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria opta por el planteamiento contrario, la futura transmisión a un tercero de dicho establecimiento permanente o de los elementos que lo integran podría dar lugar a que las posibles plusvalías puestas de manifiesto como resultado de la misma fuesen gravadas por ambos Estados miembros dando lugar al fenómeno de la doble imposición jurídica. De hecho, incluso aunque ambos Estados miembros hubiesen suscrito un CDI podría darse el mismo resultado si no se pusiesen de acuerdo acerca de la interpretación en el caso concreto del concepto de establecimiento permanente contenido en el mismo y, por una parte, el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente que en su momento concedió la regla de diferimiento invocase su derecho al gravamen de dichas plusvalías sobre la base de la disposición del CDI en cuestión que siga lo establecido en el artículo 13.2 del MCOCDE y, por otra parte, el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente hiciese lo propio sobre la base de la competencia exclusiva que, a su juicio y como Estado de residencia de la sociedad transmitente, le otorgaría la disposición del CDI en cuestión que siguiese lo establecido en el artículo 13.5 del MCOCDE¹⁹⁶⁷.

Ahora bien, lo cierto es que tratándose de un problema de doble imposición que tiene su origen en la interpretación divergente de una disposición del Convenio suscrito entre ambos Estados (en nuestro caso concreto, la definición de establecimiento permanente), podría acudir a los mecanismos de resolución de litigios fiscales establecidos en la Directiva 2017/1852/UE¹⁹⁶⁸.

Por otra parte, cabría señalar que si el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente optase por definir el concepto de establecimiento permanente que opera en el ámbito doméstico de forma muy restrictiva, se estaría dificultando *a priori* el cumplimiento del requisito previsto en el artículo 4.2, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE y, por ende, reduciendo la probabilidad de que dicho Estado se viese obligado a aplicar la regla de diferimiento. Ahora bien, a nuestro juicio, este escenario resulta más teórico que práctico, habida cuenta de que ningún Estado miembro tiene un verdadero interés en definir de forma restrictiva el concepto de establecimiento permanente al configurarse como un elemento de atracción de competencias impositivas

¹⁹⁶⁷ Sobre esta cuestión, *vid.* BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, pp.306-309 y 312, quien apunta que incluso podrían plantearse divergencias entre los Estados miembros por lo que respecta al concepto de establecimiento permanente contenido en el artículo 5 del MCOCDE en la medida en que se trata de un término que, por una parte, presenta contornos difusos en algunos puntos que los Comentarios al MCOCDE no siempre alcanzan a clarificar y, por otra parte, se encuentra en constante evolución tal y como muestra el impacto que en el mismo ha tenido el Proyecto BEPS.

¹⁹⁶⁸ Directiva 2017/1852/UE del Consejo, de 10 de octubre de 2017 relativa a los mecanismos de resolución de litigios fiscales en la Unión Europea (DOUE n° L 265, de 14 de octubre de 2017, p.1). Una buena aproximación al funcionamiento de dichos mecanismos puede encontrarse en CALDERÓN CARRERO, J.M., MARTÍN JIMÉNEZ, A., *Derecho Tributario de...*, *op.cit.*, pp.357 y ss.

sobre las rentas generadas en su territorio por parte de sociedades no residentes. De hecho, lo más frecuente es que el concepto de establecimiento permanente empleado por las legislaciones domésticas de los diferentes Estados sea más amplio que el que opera en el ámbito de los CDIs suscritos por los mismos¹⁹⁶⁹, tal y como sucede, por ejemplo, en Luxemburgo¹⁹⁷⁰.

En cualquier caso, no puede perderse de vista que, en el ámbito de la Directiva 2011/96/UE, el TJUE ya ha tenido ocasión de dejar claro que la calificación otorgada a un determinado concepto o elemento por parte de un Convenio bilateral suscrito entre los Estados miembros “no puede tener incidencia decisiva en la calificación que procede atribuirle según el Derecho de la Unión”¹⁹⁷¹. Asimismo, el hecho de que los Estados miembros puedan introducir modificaciones en sus ordenamientos nacionales, así como en los CDIs suscritos con otros Estados miembros, al margen de la voluntad del legislador europeo, hace que el recurso a la definición de establecimiento permanente contenida en dichos CDIs o, en su caso (a falta de CDI), a la prevista en sus respectivas legislaciones domésticas pueda presentar problemas desde la óptica del proceso de armonización en el ámbito de la fiscalidad directa inspirado por el artículo 115 del TFUE.

Por tanto, y sobre la base de lo anteriormente expuesto, podría decirse que, si bien es cierto que, ante la ausencia de una definición de “establecimiento permanente” en el articulado de la Directiva 2009/133/CE, el recurso a la definición contenida en el CDI aplicable al supuesto concreto y, en su defecto, a la prevista en la legislación fiscal doméstica de los Estados miembros para precisar su significado presenta la ventaja de que las autoridades fiscales del Estado miembro en cuestión ya se encuentran familiarizadas con la misma por lo que respecta a su aplicación e interpretación, no lo es menos que las divergencias existentes a nivel interno, e incluso en el plano de los CDIs suscritos por los diferentes Estados miembros, entre las definiciones de dicho concepto, así como la posibilidad de que éstas puedan ser modificadas al margen de la voluntad del legislador europeo, podrían terminar por constituir un obstáculo a la realización de las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial contrario a la finalidad de la Directiva 2009/133/CE y del propio proceso de armonización en el que se inscribe. De hecho, en una línea similar, algunos autores¹⁹⁷² han afirmado que este planteamiento presentaría problemas de encaje con la doctrina del TJUE donde se afirma que “(...) de una reiterada jurisprudencia se desprende que el tenor de una disposición de Derecho comunitario que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance debe normalmente ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, que debe realizarse teniendo

¹⁹⁶⁹ En este sentido, *vid.* SCHMIDT, M., *op.cit.*, p.507.

¹⁹⁷⁰ *Vid.* HOOR, O., “The concept of Permanent Establishments”, *European Taxation*, vol.54, n°4, 2014, p.131.

¹⁹⁷¹ *Vid.* STJUE de 24 de junio de 2010, asuntos acumulados C-338/08 (*P. Ferrero e C. SpA v. Agenzia delle Entrate – Ufficio di Alba*), y C-339/08 (*General Beverage Europe BV v. Agenzia delle Entrate – Ufficio di Torino I*), ap.27.

¹⁹⁷² *Vid.* BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, p.158.

en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate”¹⁹⁷³.

1.1.2.1.5. La compatibilidad de este requisito con el Derecho Primario de la UE

Tal y como hemos tenido ocasión de señalar en anteriores epígrafes de este trabajo, la evolución de la jurisprudencia del TJUE en materia de impuestos de salida sobre la base de la libertad de establecimiento ha permitido a las formas societarias nacionales, en el marco de operaciones de traslado transfronterizo de su sede con cambio de residencia fiscal (las cuales, recordemos, no se encuentran cubiertas por el ámbito de aplicación objetivo de la Directiva 2009/133/CE), beneficiarse de normas de diferimiento impositivo más ventajosas en algunos aspectos que las contempladas en la Directiva Fiscal de Fusiones en relación con el traslado del domicilio social entre Estados miembros de la SE o la SCE, especialmente por lo que respecta a la exigencia de vinculación de los activos y pasivos de la sociedad a un establecimiento permanente situado en el Estado miembro de origen prevista por su artículo 12.1¹⁹⁷⁴. De hecho, ya en su momento, no faltaron voces entre la doctrina que afirmaban que la implementación a nivel doméstico de los principios derivados de la doctrina del TJUE en el asunto *National Grid Indus* (y, posteriores, como en los asuntos *Comisión Europea v. Portugal*¹⁹⁷⁵, *Comisión Europea v. España*¹⁹⁷⁶, *Comisión Europea v. Dinamarca*¹⁹⁷⁷, *DMC*¹⁹⁷⁸, o *Verder LabTec*¹⁹⁷⁹) podría traducirse en una pérdida de importancia del papel que hasta la fecha venía jugando la Directiva 2009/133/CE en el ámbito de las operaciones transfronterizas de fusión, escisión (total o parcial), y aportación de activos¹⁹⁸⁰.

Sin embargo, y a la luz de la jurisprudencia del TJUE en materia de impuestos de salida, algunos autores han ido incluso un paso más allá, llegando a plantear directamente la posible incompatibilidad con el Derecho primario de la UE (y, en particular, con la libertad de establecimiento¹⁹⁸¹) del requisito relativo a la necesidad de

¹⁹⁷³ Vid. STJUE de 4 de mayo de 2006, asunto C-290/03, *The Queen v. London Borough of Bromley*, ap.40 (y jurisprudencia allí citada).

¹⁹⁷⁴ Así lo entienden, entre otros, TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., *European Tax Law, op.cit.*, p.670; CAPITTA, F., LETIZIA, G., *op.cit.*, p.282; o SIGURVALDADOTTIR, V., *op.cit.*, pp.554-555.

¹⁹⁷⁵ Vid. STJUE de 6 de septiembre de 2012, asunto C-38/10, *Comisión Europea v. Portugal*.

¹⁹⁷⁶ Vid. STJUE de 25 de abril de 2013, asunto C-64/11, *Comisión Europea v. España*.

¹⁹⁷⁷ Vid. STJUE de 18 de julio de 2013, asunto C-261/11, *Comisión Europea v. Dinamarca*.

¹⁹⁷⁸ Vid. STJUE de 23 de enero de 2014, asunto C-164/12, *DMC Beteiligungsgesellschaft mbH v. Finanzamt Hamburg-Mitte*.

¹⁹⁷⁹ Vid. STJUE de 21 de mayo de 2015, asunto C-657/13, *Verder LabTec GmbH & Co. KG v. Finanzamt Hilden*.

¹⁹⁸⁰ Así lo entienden, BORZUMATO, D., ZANOTTI, E., *op.cit.*, p.875.

¹⁹⁸¹ A este respecto, se ha apuntado que si bien en el caso de las operaciones de aportación de activos, escisión parcial y traslado transfronterizo del domicilio social de la SE o SCE podría sostenerse que, en la medida en que la sociedad transmitente o la sociedad que traslada su domicilio no se extingue como

que los elementos de activo y pasivo transmitidos en el marco de estas operaciones queden vinculados de forma efectiva a un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria situado en el Estado miembro de la sociedad transmitente como condición *sine qua non* para la concesión del diferimiento del gravamen de las posibles plusvalías latentes puestas de manifiesto en el momento de realización de la operación.

A juicio de estos autores, la exigencia prevista en el artículo 4.2, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE resultaba difícilmente conciliable con la doctrina del TJUE derivada del asunto *National Grid Indus* en la medida en que ésta se oponía al cobro inmediato del gravamen sobre las plusvalías latentes vinculadas a los elementos del patrimonio de una sociedad que, como resultado de una determinada operación transfronteriza de reorganización empresarial, quedasen fuera del alcance de las competencias impositivas del Estado miembro de la sociedad transmitente, debiendo dicho Estado ofrecer a la sociedad en cuestión la posibilidad de aplazar su pago hasta el momento de realización efectiva de las plusvalías, aun cuando los elementos patrimoniales transmitidos a la sociedad beneficiaria no permaneciesen efectivamente vinculados a un establecimiento permanente situado en su territorio¹⁹⁸².

En esta misma línea, también se apuntaba que la presencia del requisito de vinculación efectiva de los activos transmitidos a un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria localizada en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente como condición necesaria para el diferimiento del gravamen de las plusvalías puestas de manifiesto en el marco de las operaciones de reorganización empresarial de naturaleza transfronteriza cubiertas por la Directiva 2009/133/CE, podía dar lugar a una diferencia de trato con respecto a situaciones puramente domésticas en las que no operaba este requisito susceptible de ser calificada como una restricción a la libertad de establecimiento incompatible con el TFUE ya que, si bien encontraría

resultado de la operación, sería ésta la que debería invocar una posible restricción de su libertad de establecimiento por parte de su Estado miembro de residencia o de origen (en el caso del traslado del domicilio social de la SE o SCE), tratándose de operaciones de fusión o escisión total será la sociedad beneficiaria la que podría ver restringida su libertad de establecimiento por parte del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente como resultado de la imposición del requisito de establecimiento permanente previsto en el artículo 4.2, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE (en este sentido, *vid.* JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS, D., "The Permanent Establishment...", *op.cit.*, pp.12-13; o VAN DEN BROEK, H., "Exit Taxation of Cross-Border Mergers after *National Grid Indus*", *European Tax Studies*, nº1, 2012, pp.34-38 y 329-330, quien precisa que, en el marco de las operaciones transfronterizas de fusión, la sociedad transmitente no lleva a cabo un acto de establecimiento en otro Estado miembro propiamente dicho sino que más bien "deja de estar establecida" en el territorio de cualquier Estado miembro. Por el contrario, y en la medida en que como resultado de la operación de fusión la sociedad beneficiaria puede implantarse en el mercado del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente a través del establecimiento permanente al que quedan vinculados los activos y pasivos transmitidos, sí que estaría ejercitando su libertad de establecimiento).

¹⁹⁸² En este sentido, *vid.* BORZUMATO, D., ZANOTTI, E., *op.cit.*, p.875; VANDE VELDE, I., *op.cit.*, p.120; WATTEL, P.J., *op.cit.*, p.379; o CATHIARD, C., *op.cit.*, p.53. Esta misma idea ya había sido apuntada con anterioridad, por BURWITZ, G., *op.cit.*, pp.601-602; o DOURADO, A.P., "The relationship between Primary and Secondary EU Law in Tax Law: the legitimacy of different interpretation criteria applied to EU and national legal sources", en WEBER, D. (ed.), *Traditional and alternative routes to European tax integration*, IBFD, Amsterdam, 2010, p.185. No obstante, en contra de este planteamiento, *vid.*, entre otros, KOFLER, G., TENORE, M., *op.cit.*, pp.337-338; o SCHÖN, W., "Tax Issues and...", *op.cit.*, p.202.

justificación en razones imperiosas de interés general como el reparto equilibrado entre las potestades tributarias de los Estados miembros, difícilmente superaría el test de proporcionalidad configurado por la doctrina del TJUE en materia de impuestos de salida al existir medidas menos restrictivas basadas en la asistencia mutua entre Estados miembros¹⁹⁸³.

A nuestro juicio, lo cierto es que el silencio de la Directiva 2009/133/CE acerca de las facultades del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente en relación con el gravamen de las posibles plusvalías vinculadas a los elementos patrimoniales transmitidos en el marco de una de las operaciones de reorganización empresarial cubiertas por su ámbito de aplicación que no quedan vinculados a un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria localizado en el Estado miembro de la sociedad transmitente, no puede interpretarse como que la falta de cumplimiento del requisito previsto en el artículo 4.2, apartado b) de la Directiva faculta al Estado miembro de la sociedad transmitente para proceder al gravamen de dichas plusvalías en el momento de realización de la operación y exigir de forma inmediata el pago del impuesto correspondiente, sino que, en este tipo de supuestos, así como en aquellos otros en los que posteriormente cesa la vinculación de un activo inicialmente afecto al establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria situado en el Estado miembro de la sociedad transmitente (p.ej. debido a su traslado desde dicho establecimiento a la sociedad beneficiaria), la exigencia de impuestos de salida por parte del Estado miembro de la sociedad transmitente deberá realizarse de conformidad con lo establecido en la jurisprudencia del TJUE en esta materia y, en su caso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5 de la Directiva 2016/1164/UE¹⁹⁸⁴.

1.1.2.2. La continuidad en el cálculo de las amortizaciones, así como de las posibles plusvalías/minusvalías relativas a los elementos patrimoniales transmitidos

¹⁹⁸³ En este sentido, *vid.* JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS, D., "The Permanent Establishment...", *op.cit.*, pp.13-14 quien matiza que, en todo caso, no puede entenderse que es la propia Directiva Fiscal de Fusiones la que presenta problemas de compatibilidad con las Libertades Fundamentales previstas en el Tratado (tal y como sostenía, WATTEL, P., *op.cit.*, p.379), al no desplegar un efecto directo en relación con el tratamiento fiscal otorgado a los elementos de activo y pasivo no vinculados efectivamente al establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria localizado en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente (en una línea similar, *vid.* KOFLER, G., TENORE, M., *op.cit.*, pp.337-338). De este modo, y siguiendo el criterio de SCHÖN, W., "Tax Issues and...", *op.cit.*, p.202, este autor entendía que, ante el silencio de la Directiva al respecto, serán las legislaciones fiscales domésticas de los Estados miembros que implementan la norma comunitaria las que, en su caso, resulten contrarias al TFUE si optan por exigir de forma inmediata el pago del impuesto derivado del gravamen de las plusvalías latentes asociadas a los elementos patrimoniales transmitidos en el momento de realización de la operación de reorganización empresarial en cuestión que no queden vinculados a un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente.

¹⁹⁸⁴ En una línea similar, *vid.* HOHENWARTER-MAYR, D., *op.cit.*, pp.166-167; o BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, p.160.

La vinculación efectiva a un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria situado en el Estado miembro de la sociedad transmitente de los elementos de activo y pasivo transferidos en el marco de una operación de fusión, escisión (total o parcial) y aportación de activos constituye un condición necesaria pero no suficiente para la aplicación del régimen de neutralidad fiscal previsto por la Directiva 2009/133/CE, pues el correcto funcionamiento del sistema de diferimiento, así como la garantía de los derechos de gravamen del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente, exige el mantenimiento del valor fiscal de los elementos patrimoniales transmitidos en sede de la sociedad beneficiaria (o, mejor dicho, en sede de su establecimiento permanente localizado en el Estado miembro de la sociedad transmitente).

A este respecto, no conviene perder de vista que el sistema de diferimiento configurado por la norma comunitaria pivota sobre el traslado de la carga tributaria derivada del gravamen de las plusvalías latentes puestas de manifiesto en el momento de realización de la operación de reorganización empresarial en cuestión desde la sociedad transmitente a la sociedad beneficiaria y, más en concreto, a su establecimiento permanente situado en el territorio del Estado miembro de la sociedad transmitente. Por ello, y en la medida en que el diferimiento del gravamen de las plusvalías latentes vinculadas a los elementos patrimoniales transmitidos se produce en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente (salvo que nos encontremos en el caso de una aportación de un establecimiento permanente situado en otro Estado miembro), parece que el requisito del mantenimiento del valor fiscal de los mismos debe exigirse únicamente en relación con dicho Estado miembro, que es precisamente donde se localiza el establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria y cuyos derechos de gravamen podrían verse perjudicados en caso de un hipotético *step-up* del valor de los elementos patrimoniales transmitidos¹⁹⁸⁵.

Ciertamente, si la normativa doméstica del Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria impone a esta última la valoración de los elementos patrimoniales recibidos y afectos a su establecimiento permanente localizado en el Estado miembro de la sociedad transmitente por el valor por el que figuraban en sede de dicha sociedad (p.ej. siguiendo el mismo criterio que suele aplicarse en el ámbito de las operaciones de reorganización empresarial de naturaleza doméstica), existe el riesgo de que la transmisión posterior de los mismos a un tercero venga acompañada del surgimiento del fenómeno de la doble imposición¹⁹⁸⁶, salvo en aquellos supuestos en los que el sistema

¹⁹⁸⁵ En este sentido, *vid.* HOFSTÄTTER, M., HOHENWARTER-MAYR, D., *op.cit.*, p.164; VAN DE VELDE, I., *op.cit.*, p.100; o BEZZINA, J., “The treatment of losses under the EC Merger Directive 1990”, *European Taxation*, vol.42, n°2, 2002, p.64.

¹⁹⁸⁶ Nótese como esta problemática ya no se plantearía en relación con aquellos elementos patrimoniales transmitidos en el marco de la operación transfronteriza de reorganización empresarial en cuestión que no quedasen vinculados al establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria localizado en el Estado miembro de la sociedad transmitente o en relación a los cuales la sociedad beneficiaria hubiese optado por la no aplicación de la regla de diferimiento. En este tipo de supuestos, y como resultado del gravamen de las plusvalías latentes asociadas a los mismos, dichos elementos patrimoniales ya serían incorporados, con carácter general, por su valor de mercado tanto en sede de la propia sociedad beneficiaria como, en su

fiscal del Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria pivote sobre un estricto principio de territorialidad impositiva que opte por la exención de las rentas procedentes de establecimientos permanentes localizados en el extranjero¹⁹⁸⁷.

A este respecto, no puede perderse de vista que, tratándose de elementos patrimoniales vinculados a un establecimiento permanente localizado en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente, dicho Estado también dispondrá, con carácter general, de competencias de gravamen sobre las plusvalías puestas de manifiesto como resultado de su transmisión por parte de la sociedad beneficiaria en virtud de lo establecido en el artículo 13, apartados 1 y 2, del MCOCDE. Por tanto, y en la medida en que, de acuerdo con lo establecido en la legislación doméstica del Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria y en el CDI suscrito con el Estado miembro de la sociedad transmitente, las citadas plusvalías no se encuentren exentas en el Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria o dicho Estado no permita la deducción de la totalidad del impuesto satisfecho en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente por las mismas nos encontraríamos ante un supuesto de doble imposición¹⁹⁸⁸.

Por tanto, y aun cuando nos encontramos ante una cuestión que, habida cuenta del silencio de la Directiva 2009/133/CE, quedaría en manos de los Estados miembros, cabría señalar como algunos autores, cuya opinión compartimos, han apuntado que la solución a este problema pasaría por establecer la necesidad de que la sociedad beneficiaria en su Estado miembro de residencia incorporase los elementos patrimoniales recibidos por su valor de mercado (tal y como ya parece admitirse por vía interpretativa en Italia por lo que respecta a las operaciones intra-europeas de fusión por absorción en las que participan formas societarias contempladas en el Anexo de la Directiva 2009/133/CE¹⁹⁸⁹) pues lo contrario supondría otorgar a dicho Estado, en el

caso, en sede de su establecimiento permanente situado en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente. De hecho, esta idea está presente en relación con el traslado transfronterizo de activos en el marco de las operaciones contempladas en el artículo 5.1 de la Directiva 2016/1164/UE, al imponerse al Estado miembro de destino de los activos, residencia fiscal, o la actividad realizada por el establecimiento permanente, la obligación de aceptar el valor determinado por el Estado miembro del contribuyente o del establecimiento permanente para el cálculo del correspondiente impuesto de salida como valor de base de dichos activos a efectos fiscales, a menos que dicho valor no reflejase efectivamente el valor de mercado (*vid.* artículo 5.5 de la Directiva 2016/1164/UE).

¹⁹⁸⁷ En este sentido, *vid.* VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, 219-222, y 369-370, quien pone de manifiesto, a través de un ejemplo muy ilustrativo, como la no incorporación en el Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria de los elementos patrimoniales recibidos por su valor de mercado cuando dicho Estado opte por el sistema del crédito (o incluso por un sistema exención con progresividad) daría lugar a problemas de doble imposición que se traducirían en que el coste fiscal de la operación sería mayor en el caso de que la operación se acogiese al régimen de neutralidad fiscal que en el supuesto de que éste no resultase de aplicación.

¹⁹⁸⁸ Sobre esta cuestión *vid.* BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, p.249.

¹⁹⁸⁹ A este respecto podría traerse a colación la Resolución de la *Agenzia delle Entrate (Direzione Centrale Normativa)* n° 69/E de 5 de Agosto de 2016 donde, en relación con una operación de fusión en virtud de la cual una *société anonyme* luxemburguesa fue absorbida por una *società per azioni* italiana, las autoridades tributarias italianas concluyeron que esta última debía valorar los activos y pasivos recibidos por su valor de mercado sobre la base de una aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 166 *bis* del *Testo unico delle imposte sui redditi* donde se establece la valoración a mercado de los activos y pasivos titularidad de una sociedad que traslada su residencia fiscal a Italia procedente de un Estado con

momento en que los elementos patrimoniales fuesen transmitidos a un tercero, el derecho potencial a gravar unas posibles plusvalías que no se habrían generado en su territorio¹⁹⁹⁰. Todo ello, claro está, con independencia de la posibilidad de que, en virtud del CDI suscrito con el Estado miembro de la sociedad transmitente, el Estado miembro de la sociedad beneficiaria pueda gravar los beneficios operativos obtenidos con posterioridad a la realización de la operación de reorganización empresarial en cuestión por parte del establecimiento permanente de dicha sociedad localizado en el Estado miembro de la sociedad transmitente¹⁹⁹¹.

Ciertamente, una reforma del tenor literal del artículo 4 de la Directiva en el sentido señalado permitiría, a nuestro juicio, dar respuesta a una problemática que afecta en gran medida a la consecución de los objetivos perseguidos por la norma europea¹⁹⁹² y cuya solución no debería dejarse en manos de los Estados miembros.

De hecho, en el ámbito doctrinal, algún autor ha apuntado que, si bien el Derecho de la UE no establece normas generales acerca de la atribución de derechos de gravamen a los Estados miembros ni sobre qué Estado miembro debe recaer la obligación de eliminar la doble imposición en supuestos de naturaleza transfronteriza, la Directiva 2009/133/CE parece reconocer de forma clara la atribución de derechos de gravamen al Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente y, por ende, la “obligación” de eliminar (o, cuanto menos, mitigar) potenciales supuestos de doble imposición recaería en el Estado miembro de la sociedad beneficiaria. De este modo, si la legislación fiscal doméstica de dicho Estado (cuando éste opta por un sistema de imposición de beneficios globales bajo el método del crédito), no permitiese que la sociedad beneficiaria incorporase a su balance por su valor de mercado los elementos patrimoniales recibidos de la sociedad transmitente respecto a los cuales se aplicó la regla de diferimiento y que, con posterioridad a la operación de reorganización empresarial en cuestión se encuentran efectivamente vinculados a un establecimiento permanente localizado en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente, no sólo se estaría abriendo la puerta al fenómeno de la doble imposición (jurídica), lo

el que Italia disponga de mecanismos adecuados de intercambio de información en materia fiscal (vía Convenio o Acuerdo), circunstancia que, de hecho, concurre en todos los Estados miembros de la UE. Sobre esta cuestión, *vid.* PELLECCIA, M., *op.cit.*, pp.366-368; y BESIO, P., TENCALLA, M., “Nuova white list: effetti a cascata sulla tassazione dei redditi di natura finanziaria”, *Il Fisco*, nº 38, 2016, p.3664.

¹⁹⁹⁰ En este sentido *vid.* LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *op.cit.*, p.96; AURELIO, M., *op.cit.*, p.335; o BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, p.249, quien apunta que la imposición al Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria de la obligación de valorar los elementos patrimoniales recibidos en el marco de una de las operaciones cubiertas por la Directiva por su valor de mercado, serviría también para garantizar que se tuvieran en cuenta posibles disminuciones de su valor con posterioridad a la operación.

¹⁹⁹¹ A este respecto, *vid.* SSTJUE de 16 de julio de 2009, asunto C-128/08, *Jacques Damseaux v. Bélgica*, ap.30; o de 6 de diciembre de 2007, asunto C-298/05, *Columbus Container Services BVBA & Co. v. Finanzamt Bielefeld-Innenstadt*, ap.27. También en el ámbito de la fiscalidad directa, aunque sin hacer referencia explícita a la eliminación de la doble imposición, *vid.* STJUE de 30 de junio de 2016, asunto C-176/15, *Guy Riskin y Geneviève Timmermans v. Bélgica*, ap.29.

¹⁹⁹² En este sentido, nótese como el Considerando nº 14 de la Directiva 2009/133/CE establece que “uno de los objetivos de la presente Directiva es eliminar obstáculos al funcionamiento del mercado interior, como la doble imposición. Si las disposiciones de la presente Directiva no lo logran, los Estados miembros deberían tomar las medidas necesarias para alcanzarlo”.

que resultaría contrario a lo establecido en el considerando nº 14 del Preámbulo de la Directiva, sino que se estaría generando un derecho potencial de gravamen carente de justificación y difícilmente compatible con la libertad de establecimiento de la sociedad beneficiaria¹⁹⁹³.

En otro orden de cosas, cabría señalar como el principio del mantenimiento del valor fiscal de los elementos patrimoniales transmitidos se traduce formalmente en la necesidad de que la sociedad beneficiaria (y, más en concreto, su establecimiento permanente situado en el territorio del Estado miembro de la sociedad transmitente) calcule las nuevas amortizaciones, así como las posibles plusvalías o minusvalías correspondientes a dichos elementos patrimoniales, en las mismas condiciones en que lo habrían hecho la sociedad o sociedades transmitentes si no se hubiera efectuado la operación de fusión, escisión (total o parcial), o aportación de activos en cuestión¹⁹⁹⁴. De este modo, las amortizaciones relativas a los elementos patrimoniales de la sociedad beneficiaria que han quedado vinculados de forma efectiva a su establecimiento permanente localizado en el Estado miembro de la sociedad transmitente como resultado de la operación deberán calcularse sobre la base del valor fiscal por el que dichos bienes figuraban en el balance de la sociedad transmitente (con independencia del gasto contable que tuviese que registrarse en la cuenta de pérdidas y ganancias), y realizarse al mismo ritmo por el que se venían efectuando en sede de dicha sociedad¹⁹⁹⁵,

¹⁹⁹³ En este sentido, *vid.* VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, pp.368-385, quien entiende que, en este tipo de supuestos, podría aplicarse por analogía la doctrina del TJUE en la sentencia *Cadbury Schweppes* en virtud de la cual la aplicación por parte de un Estado miembro de “normas SEC” (“*CFC rules*”) que determinen la inclusión en la base imponible de una sociedad residente en su territorio de los beneficios obtenidos por una sociedad extranjera controlada establecida en otro Estado miembro constituiría una restricción injustificada a la libertad de establecimiento prevista en el artículo 49 del TFUE “a menos que tal inclusión concierna únicamente a los montajes puramente artificiales destinados a eludir el impuesto nacional normalmente adeudado” (*vid.* STJUE de 12 de septiembre de 2006, asunto C-196/04, *Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd v. Commissioners of Inland Revenue*, ap.75). En la actualidad, y por lo que respecta a las entidades que reciban la consideración de “sociedad extranjera controlada” (SEC) de acuerdo con lo establecido en el artículo 7.1 de la Directiva 2016/1164/UE, el artículo 7.2 de la citada norma abre la puerta a que los Estados miembros incluyan en la base imponible de las sociedades sujetas a imposición en su territorio, por una parte, determinadas rentas no distribuidas procedentes de dichas entidades (p.ej. intereses u otras rentas generadas por activos financieros, cánones u otras rentas generadas por propiedad intelectual e industrial, o dividendos y rentas procedentes de la enajenación de acciones, entre otras) en aquellos supuestos en los que la SEC en cuestión no lleve a cabo una actividad económica sustancial en el territorio donde se encuentre establecida; y, por otra parte, las rentas no distribuidas de la SEC derivadas de mecanismos falseados (*non-genuine arrangements*) que se hubiesen establecido con el objetivo esencial de obtener una ventaja fiscal.

¹⁹⁹⁴ *Vid.* artículo 4.4 de la Directiva 2009/133/CE. A este respecto, y en aras de una mayor claridad, se ha llamado la atención sobre la conveniencia de que la obligación impuesta por el citado precepto se dirigiese al establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria localizado en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente al que quedan vinculados los elementos patrimoniales transmitidos con posterioridad a la operación de reorganización empresarial en cuestión en lugar de a la propia sociedad beneficiaria, en línea con lo establecido en los artículos 5 (asunción de provisiones y reservas) y 6 (traslado de pérdidas no compensadas fiscalmente) de la Directiva (en este sentido, *vid.* IBFD, *Survey of the implementation of the EC Corporate Tax Directives*, IBFD, Amsterdam, 1995, p.49).

¹⁹⁹⁵ Pensemos, por ejemplo, que dentro del conjunto de elementos patrimoniales transmitidos en el marco de una operación de fusión por absorción transfronteriza cubierta por el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE se encuentra un inmueble cuyo valor de mercado, en el momento de realización de la operación, se sitúa en 300.000 euros, mientras que su valor fiscal en sede la sociedad transmitente es

salvo que con posterioridad a la operación se produjese un cambio en la estimación de la vida útil del activo en cuestión o una modificación en la normativa del Estado miembro donde se encuentra localizado el establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria que establezca nuevas reglas en el ámbito de la amortización de activos¹⁹⁹⁶.

Ciertamente, lo dispuesto en el artículo 4.4 de la Directiva 2009/133/CE podría contribuir a explicar por qué dicha norma no contiene ninguna mención acerca de la posibilidad del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente de recuperar las deducciones fiscales por depreciación/amortización de las que pudo beneficiarse la sociedad transmitente con carácter previo a la operación de reorganización empresarial. A este respecto, algunos autores han apuntado que la posibilidad, contemplada en las legislaciones domésticas de algunos Estados miembros, de amortizar aceleradamente determinados elementos de activo se traduce en la reducción de su valor fiscal y, por ende, en un incremento de las plusvalías latentes asociadas a los mismos. De este modo, y en la medida en que la regla de diferimiento contemplada en el artículo 4 de la Directiva se aplica a dichas plusvalías, parece que implícitamente se está impidiendo al Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente recuperar el importe de las deducciones fiscales practicadas por este concepto¹⁹⁹⁷.

En esta misma línea, se ha afirmado que la sociedad beneficiaria se sitúa en la posición de la sociedad transmitente de forma tal que se entiende que, por una parte, ha adquirido los activos en la misma fecha y por el mismo precio que lo hizo la sociedad transmitente y, por otra parte, dichos activos son incorporados a su balance con los mismos niveles de amortización/depreciación por los que figuraban en sede la sociedad

igual a 0 debido a que ya se ha amortizado por completo con arreglo a lo establecido en la normativa fiscal doméstica del Estado miembro de residencia de dicha sociedad. En este supuesto, el acceso al diferimiento del gravamen de las posibles plusvalías latentes vinculadas al citado inmueble implica que la sociedad beneficiaria, no lo podrá seguir amortizando con posterioridad a la operación. Si, por el contrario, el valor fiscal del citado inmueble en el momento de realización de la operación en sede de la sociedad transmitente fuese de 80.000 euros, debido a que su precio de adquisición fue de 200.000 euros seis años antes de la realización de la operación y se venía amortizando a un ritmo del 10% anual por ser su vida útil estimada de 10 años, la sociedad beneficiaria deberá seguir amortizándolo a ese ritmo durante los cuatro años que le restan de vida útil, salvo que se produzca un cambio en el estimación de su vida útil o en las normas de amortización previstas por normativa del Estado miembro donde se localice el establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria al que se encuentra vinculado.

¹⁹⁹⁶ En este sentido, *vid.* BEZZINA, J., *op.cit.*, p.64; o VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, pp.214-215, que también apunta cómo un posible cambio en el tipo impositivo o en las reglas de determinación de la base imponible derivado de la no aplicación al establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria del régimen especial al que estaba acogida la sociedad transmitente con carácter previo a la operación de reorganización empresarial en cuestión, no debería impedir la aplicación del régimen de neutralidad fiscal ya que, por una parte, dicho cambio de régimen vendría impuesto al establecimiento permanente por el no cumplimiento de las condiciones establecidas para su aplicación (que sí cumplía la sociedad transmitente) y, por otra parte, el artículo 3, apartado c) de la Directiva sólo exige la sujeción al Impuesto sobre Sociedades (sin posibilidad de opción y sin estar exentas) de las sociedades participantes en la operación, con independencia de que pudiera resultarles de aplicación un determinado régimen especial. A juicio de este autor, el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente debería ofrecer la posibilidad de seguir aplicando el régimen especial del que se venía beneficiando la sociedad transmitente al establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria que surge en su territorio con posterioridad a la operación.

¹⁹⁹⁷ Así lo entiende, VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.202.

transmitente. De este modo, podría concluirse que la Directiva impide recuperar cualquier deducción fiscal por depreciación/amortización, incluso cuando ésta no diese lugar a una ganancia sujeta a imposición de acuerdo con la legislación doméstica del Estado miembro en cuestión, habida cuenta de que cualquier incremento del valor fiscal de los activos transmitidos está prohibida incluso si éste se sitúa muy por debajo de su valor de mercado, por ejemplo, como consecuencia de una amortización acelerada¹⁹⁹⁸.

En definitiva, podría afirmarse que nos encontramos ante una medida que permite garantizar los derechos de gravamen del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente (especialmente en relación con aquellos activos susceptibles de depreciación) hasta que se produce la ulterior transmisión de los bienes recibidos por parte de la sociedad beneficiaria, e incluso en el supuesto de que ésta nunca llegue a producirse, impidiendo que la neutralidad fiscal termine por convertirse en una exención impositiva de carácter definitivo. De hecho, en el caso de que la normativa fiscal doméstica del Estado miembro de la sociedad transmitente contemplase la posibilidad de que la sociedad beneficiaria pudiese realizar dichos cálculos en condiciones distintas a las señaladas (p.ej. utilizando el valor mercado), no se aplicará la regla de diferimiento del gravamen de las plusvalías prevista en el artículo 4.1 de la Directiva en relación con aquellos elementos integrantes del conjunto patrimonial transmitido con respecto a los cuales la sociedad beneficiaria hubiese hecho uso de dicha facultad¹⁹⁹⁹, quedando en manos de la legislación fiscal doméstica del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente la determinación de las consecuencias tributarias del ejercicio de esta opción por parte de la sociedad beneficiaria²⁰⁰⁰.

A este respecto, cabría señalar que a la sociedad beneficiaria podría interesarle incorporar a su balance algunos activos integrantes del conjunto patrimonial transmitido por un valor superior al valor fiscal por el que figuraban en sede de la sociedad transmitente (p.ej. si existen pérdidas pendientes de compensación cuya transmisión no esté garantizada por el artículo 6 de la Directiva²⁰⁰¹) o emplear otro sistema de amortización, aun cuando esto determinase el gravamen inmediato de las plusvalías latentes vinculadas a dichos elementos patrimoniales. De ahí, que la regla prevista en el artículo 4.5 de la Directiva actúe como una “cláusula de escape” que aporta flexibilidad a la aplicación del régimen de neutralidad fiscal, al permitir que la sociedad beneficiaria pueda renunciar parcialmente al sistema del diferimiento del gravamen de las plusvalías latentes vinculadas a algunos de los elementos patrimoniales recibidos sin que esto

¹⁹⁹⁸ En este sentido, *vid.* BEZZINA, J., *op.cit.*, p.64.

¹⁹⁹⁹ *Vid.* artículo 4.5 de la Directiva 2009/133/CE.

²⁰⁰⁰ En este sentido, *vid.* JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS, D., “The Permanent Establishment...”, *op.cit.*, p.6.

²⁰⁰¹ En este sentido, *vid.* BEZZINA, J., *op.cit.*, p.63, quien apunta que cuando la sociedad transmitente presenta pérdidas cuyo plazo máximo de compensación está a punto de finalizar, a la sociedad beneficiaria podría interesarle obtener un incremento en el valor fiscal de los activos recibidos (previo pago del correspondiente impuesto sobre las plusvalías asociadas a los mismos) con el fin de obtener en los periodos impositivos futuros unos mayores gastos deducibles derivados de la amortización de dichos activos.

afecte a su aplicación en relación con el resto de activos y pasivos que integran el conjunto patrimonial transmitido²⁰⁰².

A título de ejemplo, podría traerse a colación el caso de Italia, donde el artículo 176.2 *ter* del *Testo Unico delle Imposte sui Redditi* permite que una sociedad beneficiaria extranjera pueda reconocer una parte o incluso la totalidad de las plusvalías vinculadas a los elementos de activo material e inmaterial recibidos en el marco de una operación de fusión, escisión (total o parcial) o aportación de activos, a través del incremento de su valor (*step-up*) en sede del establecimiento permanente de dicha sociedad situado en territorio italiano (lo cual abre la puerta a que la sociedad beneficiaria pueda amortizar posteriormente los citados bienes tomando como referencia el valor incrementado), y del correspondiente pago de un impuesto sustitutivo del Impuesto sobre Sociedades que se aplica sobre la plusvalía reconocida y cuyo tipo puede ser del 12% (si el incremento de valor sobre el valor fiscal de los bienes en cuestión no excede de 5 millones de euros), del 14% (por la parte del incremento de valor que exceda de los 5 millones de euros pero no supere los 10 millones de euros), o del 16% (por la parte del incremento de valor que exceda de los 10 millones de euros). En una línea similar, cabría señalar como, en el caso de España, el artículo 77.2 de la LIS contempla la posibilidad de renunciar al diferimiento del gravamen de las plusvalías puestas de manifiesto como resultado de la operación de reorganización empresarial en cuestión “mediante la integración en la base imponible de las rentas derivadas de la transmisión de la totalidad o parte de los elementos patrimoniales” cuya titularidad ostentaba la sociedad transmitente con carácter previo a la operación, caso en el que el establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria no residente al que queden efectivamente vinculados deberá incorporarlos por su valor mercado²⁰⁰³.

Ahora bien, en todo caso es importante tener presente que, en la medida en que las disposiciones contenidas en los apartados 4 y 5 del artículo 4 de la Directiva 2009/133/CE se dirigen al Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente, parece que el hecho de que la normativa doméstica del Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria faculte a dicha sociedad para incrementar el valor de los elementos patrimoniales recibidos de la sociedad transmitente a la hora de incorporarlos a su balance, y ésta así lo haga, carecerá de relevancia a los efectos de la aplicación de la regla de diferimiento del gravamen de las plusvalías prevista en el artículo 4.1 de la Directiva siempre que en sede del establecimiento permanente situado en el Estado miembro de la sociedad transmitente al que se encuentran vinculados los elementos patrimoniales transmitidos se mantenga el valor fiscal por el que éstos figuraban en sede de la sociedad transmitente con carácter previo a la operación de reorganización empresarial en cuestión²⁰⁰⁴.

²⁰⁰² En este sentido, *vid.* SIEIRO CONSTENLA, M., *op.cit.*, p.842.

²⁰⁰³ *Vid.* artículos 78.2 y 17.4, apartado d) de la LIS.

²⁰⁰⁴ Así lo entienden, HOFSTÄTTER, M., HOHENWARTER-MAYR, D., *op.cit.*, p.164. En cualquier caso, lo cierto es que como bien apunta BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, p.149, al final, es la sociedad beneficiaria, a través del respeto (o no) del principio del mantenimiento del valor fiscal de los

Ciertamente, el carácter opcional del régimen de neutralidad fiscal configurado por la Directiva 2009/133/CE para las sociedades participantes en las diferentes operaciones transfronterizas de reorganización empresarial cubiertas por su ámbito de aplicación, también tiene su reflejo en el plano de los socios de la sociedad transmitente²⁰⁰⁵, sin que pueda deducirse en modo alguno que el ejercicio de una determinada opción por parte de la sociedad beneficiaria (diferimiento v. no diferimiento del gravamen de las plusvalías latentes vinculadas a los elementos patrimoniales transmitidos) vincule a los socios de la sociedad transmitente (diferimiento v. no diferimiento del gravamen de las plusvalías, rentas o beneficios vinculadas a la atribución de títulos representativos del capital de la sociedad beneficiaria)²⁰⁰⁶. De este modo, podría decirse que la Directiva Fiscal de Fusiones se limita a poner a disposición de los operadores económicos una serie de medidas que el legislador europeo ha considerado adecuadas para eliminar los obstáculos fiscales a las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial, dejando en manos de las sociedades participantes y de sus socios la decisión final acerca de si, teniendo en cuenta sus circunstancias e intereses particulares, les interesa beneficiarse del régimen de neutralidad fiscal y dar cumplimiento a las obligaciones y requisitos que el acceso al mismo lleva aparejadas.

1.2. La insuficiencia de las reglas de valoración contenidas en la Directiva 2009/133/CE

1.2.1. Operaciones de aportación de activos

En línea con lo señalado en el anterior epígrafe de este trabajo, podría afirmarse que, desde la óptica de la sociedad beneficiaria, la aplicación de la regla de diferimiento del gravamen de las plusvalías en el ámbito de las operaciones de aportación de activos queda supeditada a una serie de requisitos entre los que destaca, por una parte, la necesidad de que los elementos de activo y pasivo transmitidos que conforman la rama de actividad en cuestión queden efectivamente vinculados a un establecimiento de la sociedad beneficiaria localizado en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente y contribuyan a la generación de bases imponibles en su territorio²⁰⁰⁷ y, por otra parte, la necesidad de que los elementos patrimoniales transferidos sean incorporados por parte de dicho establecimiento permanente por el mismo valor fiscal

elementos patrimoniales recibidos en sede de su establecimiento permanente localizado en el territorio del Estado miembro de la sociedad transmitente, la que decide si dicha sociedad tiene que hacer frente al pago del impuesto derivado del gravamen sobre las plusvalías latentes vinculadas a los elementos patrimoniales transferidos o si, por el contrario, puede beneficiarse de la regla de diferimiento prevista en el artículo 4.1 de la Directiva.

²⁰⁰⁵ Vid. artículo 8, apartados 1, 2, 4 y 5 de la Directiva 2009/133/CE en relación con las operaciones de fusión, escisión (total o parcial), y canje de valores.

²⁰⁰⁶ En este sentido, *vid.* LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *op.cit.*, p.82.

²⁰⁰⁷ Vid. artículos 4.2, apartado b) y 9 de la Directiva 2009/133/CE.

que presentaban en sede de la sociedad transmitente (principio del mantenimiento del valor fiscal)²⁰⁰⁸. Por el contrario, la Directiva 2009/133/CE no hace referencia alguna al valor que la sociedad transmitente deberá atribuir a los títulos de la sociedad beneficiaria recibidos en contrapartida de la aportación de la rama de actividad²⁰⁰⁹.

A este respecto, cabría señalar como, de acuerdo con la doctrina del TJUE, el silencio de la Directiva en este punto no puede interpretarse como una prohibición y, por tanto, el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente dispone de un cierto margen de maniobra que le permite supeditar la aplicación de la regla de diferimiento en relación con los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria al cumplimiento de determinados requisitos. Ahora bien, en todo caso, es importante tener presente que dicho margen de maniobra no es absoluto y, por tanto, los requisitos impuestos no podrán determinar que la entrega de títulos de la sociedad beneficiaria a la

²⁰⁰⁸ Vid. artículos 4.4 y 9 de la Directiva 2009/133/CE. En relación con esta cuestión, algunos autores como MAISTO, G., “Shaping EU Company...”, *op.cit.*, p.298, han criticado que la Directiva no establezca de forma explícita a cuál/cuáles de los Estados miembros involucrados en la operación de aportación de activos (aunque también en una fusión o escisión) se dirige la regla relativa al mantenimiento del valor fiscal de los activos transmitidos. Sin embargo, en la medida en que la finalidad de la Directiva 2009/133/CE exige que las únicas plusvalías efectivamente gravadas sean aquéllas que fueron diferidas por parte de un Estado miembro en el momento de realización de la operación, parece que el principio del mantenimiento del valor fiscal de los activos transmitidos deberá verificarse en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente mientras que a los efectos del Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria la rama de actividad transmitida debería valorarse por su valor de mercado. A este respecto, WHEELER, J.C., “What the Merger Directive does not say”, *European Taxation*, vol.35, nº5, 1995, pp.143-145, había apuntado en su momento que en aquellos supuestos en los que el Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria emplee el método de la exención como mecanismo para evitar la doble imposición, el valor otorgado por la sociedad beneficiaria de la rama de actividad transmitida a efectos de posible tributación en su Estado miembro de residencia resultaría irrelevante habida cuenta de que las posibles rentas y plusvalías generadas por la posterior transmisión de los elementos patrimoniales recibidos quedarían exentas en su Estado miembro de residencia. De un modo similar, si dicho Estado miembro optase por el método del crédito, parece que los impuestos satisfechos en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente donde se localiza el establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria darían lugar a un crédito fiscal suficiente para cubrir la responsabilidad fiscal de la sociedad beneficiaria en su Estado miembro de residencia.

²⁰⁰⁹ A este respecto, algunos autores como WHEELER, J.C., *op.cit.*, pp.143-145, han matizado que dicha ausencia de reglas de valoración se refiere tanto a los efectos de tributación en el Estado miembro de la sociedad transmitente como en relación con una hipotética aunque improbable tributación en el Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria. Sin embargo, lo cierto es que si el CDI suscrito entre el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente y el Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria optara por seguir lo establecido en el artículo 13 del MCOCDE, este último carecería de competencia para gravar las posibles plusvalías derivadas de la ulterior transmisión de los títulos de la sociedad beneficiaria por parte de la sociedad transmitente y, por ende, el valor por el que dichos títulos estuviesen valorados resultaría irrelevante. Lo mismo sucedería en relación con el valor que los socios de la sociedad transmitente otorguen a los títulos de la sociedad beneficiaria recibidos en el marco de una operación de fusión o escisión a los efectos de una hipotética tributación futura en el Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria, si bien parece que en todo caso una interpretación coherente con la finalidad de la Directiva 2009/133/CE y con el hecho de que el Estado miembro de la sociedad beneficiaria no difirió plusvalía alguna en relación con los títulos de la sociedad beneficiaria entregados a los socios de la sociedad transmitente nos llevaría a acudir al valor de mercado (en este sentido, *vid.* LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *op.cit.*, p.99).

sociedad transmitente con ocasión de la aportación de activos genere *per se* una tributación de las posibles plusvalías vinculadas a dichos activos²⁰¹⁰.

De este modo, podría decirse que *a priori* no existiría inconveniente en que la legislación del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente exigiese que los títulos de la sociedad beneficiaria recibidos en contrapartida fuesen incorporados por la sociedad transmitente por el mismo valor fiscal que tenía la rama de actividad aportada inmediatamente antes de la operación. A juicio del Tribunal, la propia “génesis” de la Directiva Fiscal de Fusiones vendría a corroborar esta afirmación, al igual que el hecho de que el legislador europeo no hubiese acogido el planteamiento de la Comisión Europea (plasmado tanto en la Propuesta de Directiva de 1969 como en la Propuesta de Directiva de 2003) relativo a la inclusión en el texto de la Directiva de una disposición orientada a combatir la doble imposición y según la cual la sociedad transmitente debería atribuir a los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria el valor real que tenía la rama de actividad aportada inmediatamente antes de la aportación²⁰¹¹.

En esta misma línea, el TJUE ha declarado la compatibilidad con los artículos 2, 4, y 9 de la Directiva 2009/133/CE de la legislación fiscal doméstica de un Estado miembro (Italia) que exigía como requisito para la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a una operación de aportación de activos que la sociedad transmitente, o bien incorporase los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria por el último valor fiscal atribuido a la rama de actividad aportada, o bien constituyese en su balance una reserva indisponible por la diferencia entre el último valor fiscal atribuido a la rama de actividad aportada y el valor (superior) otorgado a las acciones recibidas como contraprestación de la aportación, con el fin de poder proceder al gravamen de dicha plusvalía generada en la operación en caso de que la sociedad transmitente llevase a cabo una distribución de la citada reserva entre sus socios²⁰¹².

Ahora bien, a este respecto es importante presente que, en el caso concreto, el ordenamiento doméstico del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente no imponía en modo alguno a dicha sociedad la obligación de incorporar a su balance los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria por un valor superior al valor fiscal de la rama de actividad aportada (pudiendo haber optado por incorporar los títulos recibidos por el valor fiscal de la rama aportada), ni determinaba que la elección de la sociedad transmitente por una u otra opción valorativa en relación con los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria se tradujese de forma “automática” en la tributación de las plusvalías latentes asociadas a los elementos patrimoniales que integraban la rama de actividad transmitida. Estos matices resultan claves para trazar una línea divisoria entre el supuesto de hecho en el que se basa la sentencia *3D I* y el supuesto de hecho que dio

²⁰¹⁰ Vid. STJUE de 19 de diciembre de 2012, asunto C-207/11, *3D I Srl v. Agenzia delle Entrate — Ufficio di Cremona*, ap.30.

²⁰¹¹ Vid. STJUE de 19 de diciembre de 2012, asunto C-207/11, *3D I Srl v. Agenzia delle Entrate — Ufficio di Cremona*, ap.31.

²⁰¹² Vid. STJUE de 19 de diciembre de 2012, asunto C-207/11, *3D I Srl v. Agenzia delle Entrate — Ufficio di Cremona*, ap.35; y Conclusiones del Abogado General Jääskinen, presentadas el 10 de julio de 2012, asunto C-207/11, *3D I Srl*, ap.54, nota 19.

lugar a la sentencia del TJUE en el asunto *A.T.* (sobre la que volveremos más adelante en este trabajo) y, por ende, para comprender las distintas conclusiones a las que llega el Tribunal²⁰¹³.

Ciertamente, la posibilidad de que el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente pueda exigir, con el fin de evitar comportamientos abusivos por parte de los contribuyentes, que los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria en contrapartida de la aportación realizada sean incorporados en su balance por el valor fiscal de la rama de actividad transmitida (tal y como sucede, por ejemplo, en Estados miembros como Austria, Alemania, Italia, Francia o España²⁰¹⁴)²⁰¹⁵ daría lugar al surgimiento del fenómeno de la doble imposición económica²⁰¹⁶.

Pensemos, por ejemplo, en una sociedad A, residente en el Estado miembro X, que aporta una rama de actividad a una sociedad B, residente en el Estado miembro Y, siendo el valor fiscal de los elementos patrimoniales transmitidos 1.000 u.m. y su valor de mercado 1.500 u.m. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 4.4 de la Directiva 2009/133/CE, la sociedad B (o, mejor dicho, su establecimiento permanente localizado en el Estado miembro X) deberá incorporar la rama de actividad recibida por el valor fiscal que tenía en sede de la sociedad transmitente, esto es, 1.000 u.m. De este modo, si la legislación fiscal doméstica del Estado miembro X impone a la sociedad A que incorpore a su balance los títulos representativos del capital de la sociedad B recibidos en contrapartida por el valor fiscal atribuido a la rama de actividad transmitida antes de realizarse la operación (1.000 u.m.) se abriría la puerta a que una misma plusvalía fuese gravada tanto en el momento en que se produjese la transmisión de la rama de actividad a un tercero por parte de la sociedad B (o bien a medida que los activos recibidos se fueran amortizando) como en el momento en que la sociedad A enajenase los títulos que ostenta en el capital de la sociedad B²⁰¹⁷.

A este respecto, es importante tener presente que la Directiva 2009/133/CE no contempla solución alguna para dar respuesta a este tipo de problemas de doble imposición, de forma tal que nos encontramos ante una cuestión que queda en manos de las legislaciones fiscales domésticas de los diferentes Estados miembros. Así, por ejemplo, en España, el artículo 88 de la LIS establece que, con el fin de evitar los problemas de doble imposición anteriormente señalados, los beneficios distribuidos con cargo a rentas imputables a los bienes que integran la rama de actividad darán derecho a la aplicación de la exención sobre dividendos prevista en el artículo 21 de la LIS, cualquiera que sea el porcentaje de participación del socio y su antigüedad. El mismo criterio se aplicará en relación con las rentas derivadas de una hipotética transmisión de la participación cuando, con carácter previo, se hubiesen integrado en la base imponible

²⁰¹³ En este sentido, *vid.* Conclusiones del Abogado General Jääskinen, presentadas el 10 de julio de 2012, en el asunto C-207/11, *3D I Srl*, aps.53-56.

²⁰¹⁴ *Vid.* artículo 79 de la LIS.

²⁰¹⁵ *Vid.* BENECKE, A., SCHNITGER, A., *op.cit.*, p.171.

²⁰¹⁶ *Vid.* HAMAEEKERS, H., *op.cit.*, p.18.

²⁰¹⁷ *Vid.* TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., *European Tax Law*, *op.cit.*, p.678.

de la sociedad beneficiaria las rentas imputables a los elementos patrimoniales aportados²⁰¹⁸.

Sin lugar a dudas, el planteamiento por el que ha optado el legislador europeo no sólo abre la puerta al fenómeno de la doble imposición sino que, en el mejor de los casos, introduce un componente de heterogeneidad en la aplicación de la Directiva 2009/133/CE derivado de las diferentes medidas adoptadas por los Estados miembros para dar respuesta a este problema y nada deseable desde el punto de vista del principio de seguridad jurídica. A este respecto, cabría señalar como la propia Comisión Europea llegó a afirmar que aun cuando los problemas de doble imposición anteriormente descritos no parecen entrar directamente en conflicto con el articulado de la norma comunitaria por cuanto ésta guarda silencio acerca del valor que a efectos fiscales debe atribuirse a las títulos de la sociedad beneficiaria recibidos por la sociedad transmitente, el hecho de que una misma plusvalía pueda ser gravada dos veces “no resulta aceptable desde la perspectiva de un Mercado interior y va en contra del espíritu de la Directiva”²⁰¹⁹.

Ciertamente, la opción más sencilla y *a priori* eficaz para evitar el riesgo de aparición del fenómeno de la doble imposición consistiría en que la propia norma comunitaria impusiese a la sociedad transmitente la obligación de valorar los títulos recibidos en contrapartida de la sociedad beneficiaria por el valor real de la rama de actividad aportada en el momento de realización de la operación; planteamiento, por el que han optado algunos Estados miembros como Eslovenia²⁰²⁰. De hecho, el artículo 10.3 de la Propuesta de Directiva de 1969 ya parecía inclinarse por este enfoque al establecer que la sociedad transmitente podía incorporar a su balance los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria por el valor real de los bienes aportados sin que el uso de esta facultad diese lugar a tributación. En esta misma línea, la Propuesta de Directiva de 2003 dio un paso más allá al establecer la obligatoriedad de que la sociedad transmitente valorase los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria por el valor real

²⁰¹⁸ Vid. artículo 88.1 de la LIS. Asimismo, nótese como el legislador español va incluso un paso más allá al disponer el apartado 2 del citado precepto que “cuando no hubiera sido posible evitar la doble imposición, la entidad adquirente 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 79, 80.2 y 87 de esta Ley. La entidad adquirente podrá practicar los referidos ajustes de signo contrario con anterioridad a su extinción, siempre que pruebe que se ha transmitido por los socios su participación y con el límite de la cuantía que se haya integrado en la base imponible de estos con ocasión de dicha transmisión”.

²⁰¹⁹ Vid. EUROPEAN COMMISSION, “Company taxation in the internal market”, *Commission Staff Working Paper*, SEC (2001) 1681, p.255; y EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee. Towards an internal Market without tax obstacles. A strategy for providing companies with a consolidated corporate tax base for their EU-wide activities*, COM (2001) 582 final, 23 October 2001, p.42. En la misma línea se han manifestado MAISTO, G., “Shaping EU Company...”, *op.cit.*, p.299; DIBOUT, P., *op.cit.*, p.998 ; o GINTER, E., *op.cit.*, p.176.

²⁰²⁰ Vid. ZORMAN, G., JANEZIC, K., *op.cit.*, p.601.

que los elementos patrimoniales transmitidos tenían inmediatamente antes de la operación²⁰²¹.

Sin embargo, la adopción de este planteamiento por parte de la Directiva 2009/133/CE podría dar lugar a comportamientos abusivos por parte de los contribuyentes consistentes, por ejemplo, en valorar la rama de actividad transmitida y, consecuentemente, los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria por un valor superior a su valor real o de mercado (más aún si tenemos en cuenta la dificultad para determinar dicho valor debido a los diferentes métodos de valoración existentes), o en aportar previamente a una filial de nueva creación la rama de actividad que se pretende transmitir bajo el régimen de neutralidad fiscal para posteriormente transferir los títulos de dicha filial recibidos en contrapartida (contabilizados por el valor real de la rama de actividad) a la sociedad beneficiaria²⁰²².

Por otra parte, también pueden encontrarse autores que, adoptando una posición más ecléctica, entienden que las reglas de valoración no expresamente contempladas por la Directiva 2009/133/CE deberán realizarse según la normativa fiscal doméstica de los Estados miembros, si bien en el caso de que la aplicación de dichas reglas diese lugar a supuestos de doble imposición “deberían ser calificadas como contrarias a la Directiva y, por tanto, confrontadas ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”²⁰²³.

A nuestro juicio, el hecho de que la mayoría de Estados miembros dispongan de medidas para abordar los problemas de doble imposición que se producen en este tipo de operaciones de reorganización empresarial como resultado de la insuficiencia de las reglas de valoración contenidas en el Directiva 2009/133/CE no determina que nos encontremos ante una respuesta plenamente satisfactoria a este problema desde el punto de vista del Derecho de la UE. En este sentido, cabría señalar que la existencia de un régimen de *participation exemption* en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente (con carácter general, el competente para gravar las plusvalías puestas de manifiesto como resultado de la transmisión de los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria) contribuiría en gran medida a evitar los problemas de doble imposición anteriormente señalados²⁰²⁴, si bien debemos tener presente que muchos de estos regímenes establecen una serie de condiciones y requisitos para su aplicación, por ejemplo, en relación con la exigencia de un porcentaje mínimo de participación en la sociedad cuyos títulos son transmitidos, un periodo mínimo de tenencia de la participación con anterioridad a la transmisión o, tratándose de entidades participadas no residentes, la sujeción de dichas entidades a un impuesto extranjero de naturaleza

²⁰²¹ Vid. artículo 1, apartado 7 de la Propuesta de Directiva de 2003.

²⁰²² En este sentido, vid. VAN DEN BRANDE, E., *op.cit.*, p.126; SANZ GADEA, E., “Fusiones y operaciones...”, *op.cit.*, p.15; o LARKING, B., “The Merger Directive...”, *op.cit.*, pp.366-367.

²⁰²³ En este sentido, vid. MAISTO, G., “Shaping EU Company...”, *op.cit.*, p.298.

²⁰²⁴ Vid. CHADEFaux, M., *op.cit.*, pp.227 y 231; o WHEELER, J.C., *op.cit.*, p.143.

idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades doméstico con un determinado tipo nominal mínimo²⁰²⁵.

Ciertamente, y aun cuando el objetivo central de la Directiva Fiscal de Fusiones no sea eliminar los problemas de doble imposición en el marco de las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial, resulta difícil admitir que el riesgo de aparición de este fenómeno deba ser contemplado como el “precio” que debe pagarse por el acceso a un régimen de neutralidad fiscal a nivel comunitario que ha eliminado los principales obstáculos de naturaleza tributaria a la realización de estas operaciones²⁰²⁶.

Por ello, en nuestra opinión, las instituciones europeas deberían retomar el espíritu de la Propuesta de 2003 e imponer a la sociedad transmitente la obligación de valorar los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria por el valor de mercado de la rama de actividad aportada²⁰²⁷, habida cuenta de que los derechos impositivos del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente sobre las posibles plusvalías puestas de manifiesto como resultado de la operación ya se encuentran garantizados por el requisito de vinculación efectiva de los activos y pasivos transmitidos a un establecimiento permanente localizado en su territorio previsto en el artículo 4.2, apartado b) de la Directiva, en conjunción con el denominado “principio del mantenimiento del valor fiscal” recogido en el artículo 4.4 de la citada norma. Asimismo, no puede perderse de vista que el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente siempre podrá acudir a la cláusula anti-abuso prevista en el artículo 15 de la Directiva 2009/133/CE para combatir posibles esquemas abusivos a través de los cuales se pretenda, por ejemplo, llevar a cabo la transmisión sin tributación de una rama de actividad a través de la realización de una aportación de activos a una

²⁰²⁵ Así, por ejemplo, en España, el artículo 21.3 de la LIS condiciona, con carácter general, la aplicación de la exención de gravamen de las plusvalías derivadas de la transmisión de participaciones a los siguientes requisitos: 1) que el porcentaje de participación, directa o indirecta, en el capital o en los fondos propios de la entidad sea, al menos, del 5 por ciento o bien que el valor de adquisición de la participación sea superior a 20 millones de euros; 2) que la participación en cuestión haya sido poseída de forma ininterrumpida por parte de la sociedad transmitente durante el año anterior al día en que se produzca la transmisión; y 3) que, tratándose de participaciones en el capital o en los fondos propios de entidades no residentes en territorio español, la entidad participada haya estado sujeta y no exenta por un impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga a este Impuesto a un tipo nominal de, al menos, el 10 por ciento en el ejercicio en que se produzca la transmisión (salvo que dicha entidad sea residente en un país con el que España tenga suscrito un convenio para evitar la doble imposición internacional, que le sea de aplicación y que contenga cláusula de intercambio de información). En Austria, la aplicación del régimen de *participation exemption* exige una participación mínima en la sociedad participada del 10%, la cual deberá estar sujeta a un tipo impositivo no inferior al 15% o realizar un negocio de naturaleza activa (vid. HEFFERMANN, V., WIMPISSINGER, C., “Austria”, *Tax Notes International*, December 24, 2012, p.1186).

²⁰²⁶ En esta misma línea, aunque desde la perspectiva estrictamente doméstica, SANZ GADEA, E., “Régimen fiscal de...”, *op.cit.*, p.145, ha apuntado que “una legislación que aspire a la neutralidad no puede aceptar el mal menor de la doble imposición como necesario para evitar el mal mayor de posibles maniobras fraudulentas de sobrevaloración, sino que debe arbitrar las técnicas adecuadas para eludir ambos males al tiempo”.

²⁰²⁷ En este mismo sentido, vid. CALDERÓN CARRERO, J.M., MARTÍN JIMÉNEZ, A., *Derecho Tributario de...*, *op.cit.*, p.313.

filial constituida *ad hoc* para posteriormente vender a un tercero los títulos recibidos en contrapartida²⁰²⁸.

1.2.2. Operaciones de canje de valores

En el ámbito de las operaciones transfronterizas de canje de valores previstas en el artículo 2, apartado e) de la Directiva 2009/133/CE nos encontramos ante un problemática similar a la que hemos apuntado en relación con las aportaciones de activos habida cuenta de que, si bien el artículo 8.4 de Directiva impone a los socios de la sociedad dominada o adquirida la obligación de no atribuir a los títulos recibidos de la sociedad dominante o adquirente un valor fiscal más elevado que el que tenían los títulos canjeados de la sociedad dominada como requisito para la aplicación de la regla de diferimiento del gravamen de las plusvalías²⁰²⁹, nada se dispone en la norma europea acerca del valor por el que la sociedad dominante deberá incorporar a su balance los títulos adquiridos de la socios de la sociedad dominada, ni a los efectos del Estado miembro de residencia de la sociedad dominante ni a los efectos del Estado miembro de residencia de la sociedad dominada.

De este modo, no resulta difícil intuir que si la legislación fiscal doméstica de un Estado miembro impone a la sociedad dominante la valoración de los títulos recibidos de la sociedad dominada por el valor fiscal que éstos tenían en sede de los socios de esta última inmediatamente antes de la realización de la operación se abriría la puerta al fenómeno de la doble imposición económica en la medida en que una misma plusvalía podría resultar gravada dos veces: una, en el momento en el que los socios de la sociedad dominada transmitan a un tercero los títulos representativos del capital social de la sociedad dominante que les fueron entregados en contrapartida; y otra, en el momento en el que la sociedad dominante proceda a enajenar los títulos representativos del capital de la sociedad dominada adquiridos de los socios de dicha sociedad en el marco de la operación de canje de valores²⁰³⁰.

²⁰²⁸ A favor se esta opción se han manifestado, entre otros, HAMAEEKERS, H., *op.cit.*, p.18; WHEELER, J.C., *op.cit.*, p.144; VAN DEN BRANDE, E., *op.cit.*, p.126; TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., *European Tax Law, op.cit.*, p.678; o BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, p.248.

²⁰²⁹ A este respecto, WHEELER, J.C., *op.cit.*, p.143, ha matizado que en la medida en que la finalidad de la Directiva 2009/133/CE exige que las únicas plusvalías efectivamente gravadas sean aquéllas que en el momento de realización de la operación fueron diferidas por parte de un Estado miembro, no existe inconveniente alguno (sino más bien todo lo contrario) en que, a los efectos de una hipotética tributación en el Estado miembro de residencia de la sociedad dominante, los socios de la sociedad dominada valoren por su valor de mercado los títulos recibidos de la sociedad dominante. No obstante, lo cierto es que esta valoración carecerá de relevancia práctica en la medida en que el CDI suscrito entre el Estado miembro de residencia de la sociedad dominante y el Estado de residencia de los antiguos socios de la sociedad dominada siga lo establecido en el artículo 13 del MCOCDE.

²⁰³⁰ En este sentido, *vid.* SASS, G., *op.cit.*, p.5. A este respecto, nótese que, con carácter general, el fenómeno de la doble imposición se dará en Estados diferentes, a saber: el Estado miembro de residencia de la sociedad dominante, y el Estado de residencia de los socios de la sociedad dominada. No obstante, en aquellos supuestos en los que los socios de la sociedad adquirida residiesen en el mismo Estado en el

Sin embargo, lo cierto es que la combinación de dos elementos tales como, por una parte, la más que probable existencia de un régimen de *participation exemption* en el Estado miembro de residencia de la sociedad dominante o adquirente y, por otra parte, la amplia aceptación en los CDIs suscritos por los Estados miembros del principio general de gravamen en residencia de las plusvalías derivadas de la venta de acciones plasmado en el artículo 13 del MCOCDE²⁰³¹, vendría a limitar en gran medida el mencionado riesgo de doble imposición al impedir que el Estado miembro de residencia de la sociedad dominante pudiese gravar las plusvalías derivadas de la enajenación de los títulos de la sociedad dominada en manos de la sociedad dominante (principio de residencia + *participation exemption*²⁰³²) o de la transmisión de los títulos de la sociedad dominante en manos de los socios no residentes de la sociedad dominada (principio de residencia). Del mismo modo, el hecho de que el CDI suscrito entre Estado miembro de residencia de la sociedad dominada y el Estado miembro de residencia de la sociedad dominante siga lo establecido en el MCOCDE, determinará que el Estado miembro de residencia de la sociedad dominada tampoco pueda gravar las posibles plusvalías puestas de manifiesto como resultado de la transmisión por parte de la sociedad dominante de los títulos recibidos de la sociedad dominada²⁰³³.

En definitiva, esto se traduciría en que la plusvalía diferida en el momento de realización del canje de valores sólo tributaría en el Estado miembro de residencia de los socios de la sociedad dominada cuando éstos procedan a la transmisión de los títulos recibidos en contrapartida de la sociedad dominante (los cuales fueron valorados por el mismo valor fiscal que tenían los títulos de la sociedad dominada antes de la realización de la operación en cuestión). Ahora bien, en cualquier caso, es importante tener presente que la Directiva 2009/133/CE no armoniza los criterios de reparto de la competencia fiscal entre los Estados miembros y, por tanto, no regula la atribución de la potestad tributaria de dicha plusvalía. De este modo, nos encontramos ante una cuestión que sigue quedando en manos de los Estados miembros, los cuales fijarán, mediante

que ésta tiene su residencia y dicho Estado pudiese gravar las plusvalías derivadas de la venta de títulos representativos del capital social de una sociedad residente en su territorio por parte de una sociedad no residente, la doble imposición podría llegar a producirse en el seno de un mismo Estado (*vid.* IBFD, *Survey of the implementation of the EC Corporate Tax Directives*, IBFD, Amsterdam, 1995, p.66), si bien en estos casos resultaría más sencillo dar una respuesta a esta problemática a través de medidas de índole doméstica (*vid.* HAMAEEKERS, H., *op.cit.*, pp.18-19).

²⁰³¹ No obstante, cabría recordar que en aquellos supuestos en los que, en cualquier momento del año anterior a la transmisión de las acciones en cuestión, más del 50% de su valor procede de forma directa o indirecta de propiedad inmobiliaria situada en otro Estado, este último podrá proceder al gravamen de las plusvalías puestas de manifiesto en la operación de acuerdo con lo establecido en el artículo 13.4 del MCOCDE.

²⁰³² Sin embargo, y tal y como hemos apuntado en el epígrafe anteriores, debe tenerse en cuenta que la mayoría de regímenes de *participation exemption* suelen establecer condiciones y requisitos para su aplicación, por ejemplo, en relación con la exigencia de un porcentaje mínimo de participación en la sociedad cuyos títulos son transmitidos, o un periodo mínimo de tenencia de la participación con anterioridad a la transmisión.

²⁰³³ En este sentido, *vid.* MAISTO, G., “Shaping EU Company...”, *op.cit.*, p.299. De hecho, algún autor como WHEELER, J.C., *op.cit.*, p.144, ha apuntado que en este tipo de supuestos el valor que la sociedad dominante otorgue a los títulos adquiridos de la sociedad dominada a efectos de una hipotética tributación en el Estado miembro de residencia de esta última carecería de relevancia práctica.

convenio o de forma unilateral (con observancia del Derecho de la UE), los criterios de reparto de su competencia fiscal con el fin de suprimir la doble imposición. De hecho, el propio TJUE, sobre la base del principio de territorialidad fiscal (asociado a un componente temporal) y la necesidad de mantener un reparto equilibrado de la competencia fiscal entre los Estados miembros, ha afirmado que el artículo 8 de la Directiva no se opone a la normativa de un Estado miembro que grava la plusvalía fiscalmente diferida correspondiente a una operación de canje de títulos en el momento de la ulterior cesión de los títulos recibidos en canje, aunque esa cesión no esté comprendida en la competencia fiscal de dicho Estado miembro; el cual tampoco se vería obligado por la Directiva 2009/133/CE a tener en cuenta la eventual minusvalía surgida en el momento en que se produce esta ulterior transmisión al tratarse de una cuestión no regulada por la norma comunitaria²⁰³⁴.

Ahora bien, y aun cuando la Directiva no se pronuncie acerca de la imputación de posibles minusvalías puestas de manifiesto en el momento de la transmisión a un tercero por parte de los socios de la sociedad dominada de los títulos recibidos de la sociedad dominante, las legislaciones fiscales de los Estados miembros deberán resultar conformes con el Derecho de la UE y, en particular, con las Libertades Fundamentales previstas en el TFUE. De este modo, y de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, en aquellos supuestos en los que un Estado miembro proceda al gravamen de la plusvalía fiscalmente diferida correspondiente a una operación de canje de valores con motivo de la ulterior cesión a un tercero de los títulos recibidos en canje, a pesar de que dicha cesión ya no se encuentra comprendida en su competencia fiscal (supuesto que podría dar lugar a problemas de doble imposición para cuya resolución habría que acudir a los mecanismos previstos en los correspondientes CDIs), no podrá realizar distinciones a la hora de tener en cuenta las posibles minusvalías puestas de manifiesto en el momento de dicha transmisión en función de la condición de residente o no residente de los socios de la sociedad dominada, ya que de lo contrario nos encontraríamos con una restricción injustificada de la libertad de establecimiento prevista en el artículo 49 del TFUE²⁰³⁵.

Por otra parte, no conviene perder de vista que los Estados miembros también disponen de normas y mecanismos para evitar posibles problemas de doble imposición surgidos en el marco de estas operaciones como resultado de la incorporación por parte de la sociedad dominante de los títulos adquiridos de la sociedad dominada por su valor fiscal. En este sentido, y por lo que respecta al caso de España, podría traerse a colación el artículo 88 de la LIS al que ya nos hemos referido anteriormente.

Ahora bien, y con independencia de lo anterior, es importante tener presente que la jurisprudencia del TJUE en el asunto *A.T.*, sobre la base de la doctrina sentada en las

²⁰³⁴ Vid. STJUE de 22 de marzo de 2018, asuntos acumulados C-327/16 (*Marc Jacob v. Ministre des Finances et des Comptes publics*) y C-421/16 (*Marc Lassus v. Ministre des Finances et des Comptes publics*), aps.65-66 y 72.

²⁰³⁵ Vid. STJUE de 22 de marzo de 2018, asuntos acumulados C-327/16 (*Marc Jacob v. Ministre des Finances et des Comptes publics*) y C-421/16 (*Marc Lassus v. Ministre des Finances et des Comptes publics*), aps.73-86.

sentencias *Leur Bloem* y *Kofoed*, ha dejado claro que la imposición por parte de la legislación de un Estado miembro del mantenimiento del valor fiscal en sede de la sociedad dominante de los títulos adquiridos a los socios de la sociedad dominada como requisito para que éstos pudieran otorgar a los títulos recibidos de la sociedad dominante el mismo valor fiscal que tenían los títulos transmitidos de la sociedad dominada (*double roll-over*), y por ende, beneficiarse de la regla de diferimiento prevista en el artículo 8 resulta incompatible con la finalidad y objetivos perseguidos por la Directiva 2009/133/CE²⁰³⁶, así como con el propio tenor literal del citado artículo 8 de la norma comunitaria en la medida en que éste “no deja entrever de ninguna manera la voluntad del legislador comunitario de dejar a los Estados miembros un margen en la adaptación de su Derecho interno que les permita someter la neutralidad fiscal prevista en favor de los socios de la sociedad dependiente a requisitos suplementarios”²⁰³⁷.

Ciertamente, en este tipo de supuestos nos encontraríamos con el establecimiento por parte de un Estado miembro de una condición que, no sólo se traduciría en que las consecuencias fiscales del canje de valores pasarían a depender del régimen fiscal del Estado miembro de la sociedad dominante y del acuerdo específico alcanzado por las partes en cada caso concreto (el cual probablemente reflejaría su respectiva fuerza negociadora), sino que supondría supeditar la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a dichas operaciones a un requisito no previsto por la norma comunitaria con la consiguiente afectación del principio de seguridad jurídica²⁰³⁸.

Asimismo, no conviene perder de vista que, en el ámbito transfronterizo, la introducción de este tipo de medidas de “doble mantenimiento del valor fiscal” en relación con las operaciones de canje de valores sólo serviría para proteger los intereses financieros del Estado miembro que debe conceder el diferimiento del gravamen de las plusvalías asociadas a los títulos de la sociedad dominada en aplicación del artículo 8 de la Directiva 2009/133/CE en aquellos casos en los que dicho Estado fuese competente para gravar la futura transmisión de los títulos de la sociedad dominada en manos de la sociedad dominante en el momento de su ulterior transmisión, lo cual resultará poco probable si el CDI suscrito con el Estado miembro de residencia de la sociedad dominante sigue el MCOCDE y opta por el principio de residencia previsto en su artículo 13²⁰³⁹.

Sin embargo, aun cuando concurriese esta circunstancia, la introducción del requisito adicional del “doble mantenimiento del valor fiscal” con el fin de combatir posibles esquemas abusivos orientados a conseguir una auténtica exención fiscal de las

²⁰³⁶ Vid. STJUE de 11 de diciembre de 2008, asunto C-285/07, A.T. v. *Finanzamt Stuttgart-Körperschaften*, aps.27-28.

²⁰³⁷ vid. STJUE de 11 de diciembre de 2008, asunto C-285/07, A.T. v. *Finanzamt Stuttgart-Körperschaften*, ap.26

²⁰³⁸ Vid. Conclusiones de la Abogado General Sharpston, presentadas el 6 de noviembre de 2008, en el asunto C-285/07, A.T. v. *Finanzamt Stuttgart-Körperschaften*, ap.34.

²⁰³⁹ Vid. DAIBER, C., “The ECJ's decision in A.T. v. Finanzamt Stuttgart-Körperschaften”, *European Taxation*, vol.49, nº7, 2009, p.368.

plusvalías latentes asociadas a los títulos de la sociedad adquirida o dominada a cualquier nivel (en lugar del mero diferimiento de su gravamen previsto por la norma comunitaria) resultaría contraria a la Directiva 2009/133/CE por cuanto, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, los Estados miembros deben garantizar el acceso al régimen de neutralidad fiscal a las operaciones cubiertas por su ámbito de aplicación, a menos que éstas tengan como objetivo principal, o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal en el sentido del artículo 15.1, apartado a) de la Directiva, para lo cual las autoridades nacionales competentes no podrán limitarse a aplicar criterios generales predeterminados, sino que deberán proceder, caso por caso, a un examen global de la misma²⁰⁴⁰.

Por tanto, y en palabras del propio TJUE, podría afirmarse que “una normativa fiscal de un Estado miembro que, como la controvertida en el litigio principal, deniega de manera general la concesión de las ventajas fiscales establecidas en la Directiva 90/434 a las operaciones de canje de acciones cubiertas por ésta, por el único motivo de que la sociedad beneficiaria no ha atribuido en su balance fiscal su valor contable histórico a las participaciones transmitidas, no se puede fundamentar en el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434, y de este modo, no se puede considerar compatible con ella”²⁰⁴¹.

Ahora bien, más allá de lo señalado anteriormente, es importante tener presente que la sentencia del TJUE en el asunto *A.T.* no resuelve definitivamente la cuestión de cómo deben valorarse por parte de la sociedad dominante los títulos representativos del capital social de la sociedad dominada adquiridos a través de la operación de canje de valores²⁰⁴². En este sentido, y al igual que sucedía en el ámbito de las aportaciones de activos, algunos autores, partiendo de los objetivos perseguidos por la Directiva 2009/133/CE y con el fin de evitar posibles problemas de doble imposición económica, se han mostrado partidarios de que la sociedad dominante deba incorporar a su balance los títulos de la sociedad dominada por su valor de mercado²⁰⁴³, pudiendo recurrirse a la cláusula prevista en el artículo 15 de la Directiva para atajar posibles comportamientos abusivos por parte de los contribuyentes²⁰⁴⁴. No obstante, la adopción de este planteamiento debería hacer frente a la dificultad para determinar el valor de mercado de los títulos de la sociedad dominada en el momento de realización de la operación cuando éstos no estuviesen admitidos a cotización en un mercado oficial²⁰⁴⁵.

²⁰⁴⁰ Vid. STJUE de 11 de diciembre de 2008, asunto C-285/07, *A.T. v. Finanzamt Stuttgart-Körperschaften*, aps. 29-31, y jurisprudencia allí citada. En esta misma línea, ya se había pronunciado con anterioridad THÖMMES, O., TOMSETT, E., *op.cit.*, p.236.

²⁰⁴¹ Vid. STJUE de 11 de diciembre de 2008, asunto C-285/07, *A.T. v. Finanzamt Stuttgart-Körperschaften*, ap. 32.

²⁰⁴² En este sentido, *vid.* HOFSTÄTTER, M., HOHENWARTER-MAYR, D., *op.cit.*, p.172.

²⁰⁴³ En este sentido, *vid.* HAMAEEKERS, H., *op.cit.*, p.18; WHEELER, J.C., *op.cit.*, p.144; o TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., *European Tax Law, op.cit.*, p.678.

²⁰⁴⁴ En este sentido, *vid.* BELL, S., *op.cit.*, p.125; o LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *op.cit.*, p.104.

²⁰⁴⁵ Vid. SANZ GADEA, E. “Fusiones y operaciones...”, *op.cit.*, p.17.

Por su parte, otros autores, defienden que el silencio de la Directiva Fiscal de Fusiones en este punto estaría justificado, de forma tal que el valor que la sociedad dominante debe otorgar a los títulos recibidos de la sociedad dominada se configura como una cuestión que debe ser resuelta por los ordenamientos internos de los diferentes Estados miembros²⁰⁴⁶.

A este respecto, cabría señalar que si bien es cierto que el establecimiento por parte de la Directiva 2009/133/CE de la obligación para la sociedad dominante de incorporar a su balance los títulos adquiridos de la sociedad dominada por su valor de mercado podría determinar que el Estado miembro de residencia de la sociedad dominada que concedió el diferimiento vea frustrados de manera definitiva sus derechos de gravamen²⁰⁴⁷, no lo es menos que, si el CDI suscrito entre los Estados miembros de residencia de la sociedad dominante y de la sociedad dominada sigue el MCOCDE, el hecho de que la sociedad dominante incorpore los títulos de la sociedad dominada por su valor fiscal no evitaría la posibilidad anteriormente descrita y, más aun, podría llegar a “generar” un derecho de gravamen *ex novo* en favor del Estado miembro de residencia de la sociedad dominante (que no aplicó regla de diferimiento alguna) si éste no dispusiese de un régimen de *participation exemption* que le impidiese someter a imposición las eventuales plusvalías puestas de manifiesto como resultado de la transmisión de los títulos de la sociedad dominada por parte de la sociedad dominante.

Por ello, desde otra perspectiva, algún autor ha apuntado la necesidad de que la Directiva 2009/133/CE sea modificada en el sentido de que el Estado miembro de residencia de la sociedad dominada tan sólo resulte obligado a diferir el gravamen de las plusvalías en sede de los socios de dicha sociedad que residan en su territorio ya que, de lo contrario, con posterioridad a la realización de la operación de canje de valores el Estado miembro de residencia de la sociedad dominada tendría un derecho de crédito por el impuesto diferido contra un socio no residente que ostenta títulos en el capital social de una sociedad no residente, lo que se traduciría en la imposibilidad práctica de su recuperación al quedar fuera de sus facultades de gravamen la transmisión de los títulos de la sociedad dominante que ulteriormente lleven a cabo los antiguos socios de la sociedad dominada²⁰⁴⁸.

²⁰⁴⁶ En este sentido, *vid.* SANZ GADEA, E., “Régimen fiscal de...”, *op.cit.*, p.143. Así, y a título de ejemplo, cabría señalar como el artículo 80.2 de la LIS contiene una regla dual que obliga a la sociedad dominante a incorporar los títulos recibidos de la sociedad dominada por su valor fiscal o por su valor de mercado en función de si las rentas generadas en sede los socios de la sociedad dominada están sujetas o no a tributación en España; si bien esta disposición debe ponerse en relación con las medidas para evitar posibles supuestos de doble imposición contempladas en el artículo 88 de la LIS. Por su parte, la legislación de otros Estados miembros como Eslovenia, también admite la posibilidad de que la sociedad dominante incorpore los títulos recibidos de la sociedad dominada por su valor de mercado en el momento de realización de la operación de canje de valores (sobre esta cuestión, *vid.* ZORMAN, G., JANEZIC, K., *op.cit.*, p.601).

²⁰⁴⁷ Esta idea ya fue apuntada desde un primer momento por LARKING, B., “The Merger Directive...”, *op.cit.*, p.366.

²⁰⁴⁸ *Vid.* MAISTO, G., “Shaping EU Company...”, *op.cit.*, p.299; y WHEELER, J.C., *op.cit.*, p.142.

Asimismo, también pueden encontrarse autores que entienden que la incorporación por parte de la sociedad dominante de los títulos representativos del capital social de la sociedad dominada por su valor mercado debería ser la excepción y no la regla en la medida en que la valoración por su valor fiscal no debería dar lugar necesariamente al surgimiento del fenómeno de la doble imposición debido a la aplicación de las normas y mecanismos existentes en los Estados miembros para su corrección, mientras que adoptar el criterio del valor de mercado podría dar lugar a posibles comportamientos abusivos por parte de los contribuyentes, tales como: a) la generación de pérdidas “ficticias” derivadas de una sobrevaloración de los títulos de la sociedad dominada en supuestos en los que exista vinculación entre la sociedad dominante y los socios de la dominada (suponiendo, claro está, que dicha pérdida tuviese la condición de deducible fiscalmente) con el consiguiente perjuicio para la Hacienda Pública del Estado miembro competente para gravar las plusvalías derivadas de la posterior transmisión de dichos títulos; y 2) el uso de operaciones de canje de valores como instrumento para enmascarar la venta una sociedad sin tributación²⁰⁴⁹.

Ahora bien, a nuestro juicio, el primero de los problemas apuntados no se plantearía en la medida en que los títulos representativos del capital social de la sociedad dominada estuviesen admitidos a cotización en un mercado oficial y/o se aplicasen las normas de valoración generalmente existentes en los Estados miembros para las operaciones realizadas entre partes vinculadas (valor de mercado)²⁰⁵⁰, mientras que el segundo podría abordarse a través de la aplicación de la cláusula anti-abuso contenida en el artículo 15 de la Directiva 2009/133/CE, debiendo prestarse una especial atención a aquellos supuestos en los que entre la operación de canje de valores y la posterior enajenación de los títulos adquiridos en el capital de la sociedad dominada media un breve espacio de tiempo pero sin que esta circunstancia resulte concluyente *per se* para excluir la operación del régimen de neutralidad fiscal.

En relación con esta cuestión, no puede perderse de vista como, al igual que sucedía en el ámbito de las aportaciones de activos, la Propuesta de modificación de la Directiva 90/434/CEE presentada en el año 2003 se mostraba partidaria de imponer a la sociedad dominante la obligación de atribuir a los títulos adquiridos de la sociedad dominada el valor real que tenían los títulos que debían ser entregados en contrapartida a los socios de la sociedad dominada en el momento de realización de la operación²⁰⁵¹, salvo en aquellos supuestos en los que la sociedad dominante optase por entregar a los socios de la sociedad dominada acciones propias que tuviese en autocartera (en lugar de títulos nuevos procedentes de una ampliación de capital realizada *ad hoc*), caso en el

²⁰⁴⁹ Vid. SANZ GADEA, E. “Fusiones y operaciones...”, *op.cit.*, pp.17-18; y, del mismo autor, “Régimen fiscal de...”, *op.cit.*, pp.143-144.

²⁰⁵⁰ Vid. LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *op.cit.*, p.104 que, en su momento, ya se mostraba partidario del criterio del valor de mercado combinado con la introducción de mecanismos de corrección en supuestos de operaciones de canje de valores en las que participasen partes vinculadas.

²⁰⁵¹ Vid. artículo 1, apartado 6 de la Propuesta de Directiva de 2003 donde se contemplaba la adición de un apartado 10 al artículo 8 de la Directiva 90/434/CEE con el siguiente tenor literal: “en las operaciones de canje de acciones, la sociedad dominante valorará los títulos recibidos por el valor real de los títulos atribuidos a los socios de la sociedad dominada”.

que los Estados miembros podrían apartarse de la regla general y obligar a la sociedad dominante a incorporar a su balance los títulos representativos del capital social de la sociedad dominada por el valor fiscal que las acciones propias tuviesen inmediatamente antes del canje²⁰⁵². De este modo, se trataría de garantizar el derecho del Estado miembro en cuestión (generalmente aquel dónde residía la sociedad dominante) para gravar las posibles plusvalías derivadas de la posterior transmisión por parte de la sociedad dominante de los títulos recibidos de la sociedad dominada como resultado de la diferencia entre el coste de adquisición de las acciones propias (que podría ser inferior a su valor de mercado en el momento del canje) y su valor de mercado²⁰⁵³.

Sin embargo, lo cierto es que el propio Parlamento Europeo, en su Resolución sobre la Propuesta de Directiva de 2003, ya pareció dar un paso atrás frente al enfoque adoptado por la Comisión al proponer, sobre la base del principio de subsidiariedad, una enmienda en virtud de la cual se dejaba en manos de los Estados miembros la posibilidad de, previa consulta con la Comisión, resolver el problema de la doble imposición que afectaba tanto a los canjes de valores como a las aportaciones de activos a través de la adopción de soluciones que se considerasen “alternativas y equivalentes” a las disposiciones previstas en la Propuesta de Directiva²⁰⁵⁴. A nuestro juicio, y aun cuando finalmente la Directiva 2005/19/CE no incorporó las reglas de valoración contenidas en la Propuesta de Directiva de 2003 por lo que respecta a las operaciones de canjes de valores²⁰⁵⁵, los argumentos expuestos con anterioridad llevarían a defender,

²⁰⁵² Vid. artículo 1, apartado 6 de la Propuesta de Directiva de 2003 donde se contemplaba la adición de un apartado 11 al artículo 8 de la Directiva 90/434/CEE cuyo tenor literal establecía que “cuando la sociedad dominante sea titular de acciones propias y las transfiera mediante canje, los Estados miembros podrán optar por la inaplicación del apartado 10 y computar las rentas, los beneficios o las plusvalías resultantes, en su caso, de la ulterior cesión de los títulos recibidos, en función del valor que las mencionadas acciones transferidas tuviesen inmediatamente antes del canje”.

²⁰⁵³ Vid. BENECKE, A., SCHNITGER, A., *op.cit.*, p.171. En relación con esta cuestión, hay que tener en cuenta, como bien apuntaba SANZ GADEA, E., “Fusiones y operaciones...”, *op.cit.*, pp.18-19, que no todos los Estados miembros otorgaban el mismo tratamiento fiscal a las operaciones sobre acciones propias de forma tal que si la legislación doméstica en cuestión optaba por considerar que la diferencia entre los valores de transmisión y adquisición de las acciones propias constituía una operación de capital (no susceptible de generar una renta gravable) y, por consiguiente, que dicha diferencia se asimilaba a una aportación de hecho por parte de los adquirentes de las acciones propias (socios de la sociedad dominada), los valores adquiridos por parte de la sociedad dominante en el marco de la operación de canje de valores deberían valorarse sin atender al valor de las acciones propias entregadas.

²⁰⁵⁴ Vid. PARLAMENTO EUROPEO, *Informe del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 90/434/CEE, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, COM(2003) 613 final, A5-0121/2004, de 26 de febrero de 2004.*

²⁰⁵⁵ A este respecto, PALAO TABOADA, C., “La modificación de la Directiva de Fusiones”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº50, 2005, p.13, señalaba que uno de los motivos que pudo influir en la no incorporación al artículo 8 de la Directiva de los apartados 10 y 11 contenidos en la Propuesta pivotaba sobre el hecho de que en el plano del Derecho fiscal internacional (y, más en concreto, en el ámbito del MCOUDE), constituye un principio generalmente aceptado que es el Estado miembro de residencia del sujeto que percibe las rentas al que corresponde la eliminación de los posibles supuestos de doble imposición, principio que se ha trasladado a las legislaciones nacionales, tal y como muestra, por ejemplo, el actual artículo 88 de la ley 27/2014.

junto con la doctrina mayoritaria²⁰⁵⁶, el enfoque adoptado por la Comisión por ser el más consistente con el objetivo y finalidad de la Directiva Fiscal de Fusiones, así como el más adecuado desde la óptica del buen funcionamiento del Mercado Interior²⁰⁵⁷.

1.3. La transmisión de provisiones o reservas constituidas en sede de la sociedad transmitente

En el ámbito de la UE, no es infrecuente que las legislaciones fiscales domésticas de los Estados miembros, persiguiendo finalidades de muy diversa índole, contemplen la posibilidad de que las sociedades residentes en sus respectivos territorios puedan constituir reservas o dotar provisiones en sus balances con exención total o parcial del Impuesto sobre Sociedades (p.ej. para obtener un diferimiento impositivo en relación con el gravamen de sus beneficios²⁰⁵⁸ o para reflejar el deterioro de valor de un determinado elemento patrimonial), lo que *a priori* determina una pérdida de ingresos fiscales. Por ello, resulta lógico que el Estado miembro que en su momento autorizó la dotación de dichas provisiones y reservas, ante la expectativa de una pérdida definitiva de sus derechos impositivos sobre las mismas derivada de la realización de una operación transfronteriza de reorganización empresarial, pretenda “rescatar” y someter a gravamen el conjunto de provisiones o reservas dotadas con exención total o parcial del Impuesto sobre Sociedades por parte de la sociedad transmitente que se extingue como resultado de la operación (fusión o escisión), o bien aquéllas vinculadas a la rama o ramas de actividad transmitidas (escisión parcial o aportación de activos).

Sin embargo, y en la medida en que esto determinaría el surgimiento de un coste fiscal que podría obstaculizar la realización efectiva de la operación transfronteriza de reorganización empresarial en cuestión²⁰⁵⁹, la Directiva 2009/133/CE impone a los Estados miembros la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que las provisiones o reservas regularmente constituidas en sede de la sociedad transmitente con exención parcial o total del Impuesto sobre Sociedades sean asumidas en las mismas condiciones de exención impositiva por parte de los establecimientos permanentes de la sociedad beneficiaria situados en el Estado miembro de residencia la sociedad transmitente y a los que quedan efectivamente vinculados los elementos

²⁰⁵⁶ En este sentido, *vid.* HAMAEEKERS, H., *op.cit.*, p.18; WHEELER, J.C., *op.cit.*, p.144; TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., *European Tax Law, op.cit.*, p.678; o BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, p.251.

²⁰⁵⁷ En el mismo sentido, *vid.* EUROPEAN COMMISSION, “Company taxation in the internal market”, *Commission Staff Working Paper*, SEC (2001) 1681, p.255.

²⁰⁵⁸ A título de ejemplo, podría traerse a colación la “reserva de nivelación” prevista en el artículo 105 de la LIS.

²⁰⁵⁹ A este respecto, conviene recordar que las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial cubiertas por el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE no determinan una entrada de efectivo para la sociedad transmitente con la que afrontar un hipotético pago del Impuesto sobre Sociedades derivado del gravamen de las plusvalías latentes, así como de la “recuperación” las provisiones y reservas constituidas con exención total o parcial del Impuesto, por parte del Estado miembro en el que tiene localizada su residencia fiscal.

patrimoniales transferidos, caso en el que la sociedad beneficiaria pasará a asumir los derechos y obligaciones de la sociedad transmitente en relación con las provisiones y reservas transferidas²⁰⁶⁰.

A este respecto, y desde una óptica estrictamente formal, cabría señalar como el artículo 5 de la Directiva no establece de forma explícita en su tenor literal las operaciones de reorganización empresarial a las que resulta de aplicación la regla anteriormente descrita²⁰⁶¹, observándose en este punto una diferencia con los artículos 4, 6 y 8 de la citada norma comunitaria donde aparecen citadas, bien de forma directa (artículos 4 y 8) o bien por remisión (artículo 6), las operaciones a las que resultan de aplicación las medidas contempladas en los mismos. Por ello, y aun cuando sobre la base de la definición de “sociedad transmitente” contemplada en el artículo 2, apartado f) de la Directiva, puesta en relación con el propio título del Capítulo II (“normas aplicables a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canje de acciones”), y con el tenor literal de su artículo 9, resulta evidente que la regla prevista en el artículo 5 de la Directiva Fiscal de Fusiones se aplicará en el ámbito de las operaciones de fusión, escisión (total o parcial) y aportación de activos, no estaría de más plantearse la posibilidad de introducir en el tenor literal del citado precepto una referencia explícita a su aplicabilidad en el ámbito de las fusiones y escisiones (totales o parciales), dejando al margen a las aportaciones de activos para evitar redundancias innecesarias con el contenido del artículo 9 de la Directiva.

Ciertamente, y por lo que respecta precisamente a la aplicación de la regla prevista en el artículo 5 de la Directiva 2009/133/CE en el ámbito de las aportaciones de activos y de las escisiones parciales, es preciso matizar que el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente tan sólo deberá garantizar la asunción en las mismas condiciones de exención impositiva por parte del establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria localizado en su territorio de aquellas provisiones o reservas constituidas con exención total o parcial del Impuesto que se encuentren vinculadas a la rama o ramas de actividad transmitidas. De hecho, en relación con las operaciones de aportación de activos, no conviene perder de vista que la redacción original de la Propuesta de Directiva de 1969 ya recogía de forma explícita el matiz que acabamos de apuntar²⁰⁶².

Por otra parte, y en relación con la asunción por parte de la sociedad beneficiaria de los derechos y obligaciones de la sociedad transmitente en relación con las provisiones y reservas transferidas, debe tenerse presente que la falta de cumplimiento de las condiciones o requisitos que legitimaron la constitución de dichas provisiones o reservas en sede de la sociedad transmitente daría lugar a la no aplicación del artículo 5 de la Directiva. De este modo, y a título de ejemplo, se ha apuntado que, en el marco de operaciones de fusión, las provisiones dotadas en sede de la sociedad transmitente por

²⁰⁶⁰ Vid. artículo 5 de la Directiva 2009/133/CE.

²⁰⁶¹ La misma observación podría realizarse en relación el artículo 7 de la Directiva 2009/133/CE.

²⁰⁶² Vid. artículo 10.2 de la Propuesta de Directiva de Fusiones de 1969.

deterioro de créditos con la sociedad beneficiaria dejarían de tener sentido con posterioridad a su realización por cuanto una misma sociedad no puede ser al mismo tiempo deudora y acreedora, abriendo la puerta al gravamen (reintegración) de dichas provisiones por parte del Estado miembro de la sociedad transmitente si éstas hubiesen sido constituidas con exención total o parcial del impuesto. Sin embargo, a juicio de otros autores, en este tipo de supuestos, nos encontraríamos ante la mera realización efectiva de una pérdida que se encontraba “latente”. Por ello, y en la medida en que si dicha pérdida se hubiese materializado con motivo de otra operación (p.ej. la venta del crédito a un tercero) el Estado miembro de la sociedad transmitente no hubiese procedido al gravamen (reintegración) de la provisión constituida con exención total o parcial del impuesto, la Directiva obligaría a hacer lo propio cuando la realización efectiva de la pérdida en cuestión tiene lugar con motivo de una operación de fusión transfronteriza²⁰⁶³.

En definitiva, podría decirse que, a través de la regla contenida en su artículo 5, la Directiva Fiscal de Fusiones pretende evitar la incorporación a la base imponible de la sociedad transmitente de dichas provisiones y reservas en el momento de realización de la operación, a la vez que se garantizan los derechos impositivos del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente, el cual podrá proceder a su gravamen en caso de que ulteriormente se produzca una transmisión de los activos vinculados al establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria localizado en su territorio.

A este respecto, cabría señalar que aun cuando la Directiva 2009/133/CE no contempla una definición del término “provisiones o reservas” a efectos de la aplicación de dicha norma, parece que *a priori* la regla contenida en su artículo 5 sólo resultará de aplicación en relación con las provisiones o reservas que ostenten esta calificación específica por parte de las legislaciones domésticas de los Estados miembros, con independencia de la finalidad para la que fueron constituidas (p.ej. depreciación de existencias/inmovilizado, insolvencias de tráfico, etc.). No obstante, sobre la base de lo establecido en la declaración nº 4 de las Actas del Consejo en relación con el artículo 5 de la Directiva²⁰⁶⁴, algunos autores se han mostrado partidarios de una interpretación amplia del citado precepto que permita dar cobertura a otros incentivos o ventajas fiscales de naturaleza recuperable de los que se hubiera podido beneficiar la sociedad transmitente (por la vía de una reducción de su base imponible)²⁰⁶⁵. En nuestra opinión, nos encontramos ante una interpretación que contribuiría al objetivo perseguido por la norma comunitaria de garantizar la neutralidad fiscal de las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial, si bien podría plantear problemas desde el punto de vista de la seguridad jurídica.

²⁰⁶³ Sobre esta cuestión, *vid.* VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.228.

²⁰⁶⁴ En dicha declaración se establece que “el Consejo y la Comisión declaran que, a los efectos de este Artículo [artículo 5 de la Directiva], los términos ‘provisiones o reservas’ incluyen cualquier incentivo fiscal recuperable [*recoverable tax relief*], calificado o no como ‘provisiones o reservas’ en la legislación o práctica nacional”.

²⁰⁶⁵ En este sentido, *vid.* VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.229.

Por otra parte, es importante tener presente que, precisamente con el fin de evitar que la regla general anteriormente descrita se traduzca en una pérdida definitiva de los derechos impositivos del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente, cabría señalar como la propia Directiva 2009/133/CE excluye su aplicación en aquellos supuestos en los que las provisiones o reservas constituidas en sede de la sociedad transmitente con exención total o parcial del Impuesto sobre Sociedades proceden de establecimientos permanentes localizados en el extranjero (al encontrarse vinculadas a sus elementos de activo y pasivo) ya que, con posterioridad a su transmisión en el marco de una operación transfronteriza de reorganización empresarial, se convertirían en establecimientos permanentes de una sociedad beneficiaria no residente sobre los que el Estado miembro de la sociedad transmitente ya no podría desplegar sus facultades impositivas²⁰⁶⁶.

No obstante, lo cierto es que esta excepción a la regla prevista en el artículo 5 de la Directiva 2009/133/CE podría presentar problemas de compatibilidad con las Libertades Fundamentales previstas por el Tratado si la legislación fiscal doméstica del Estado miembro de la sociedad transmitente no contempla una excepción similar en el ámbito de las reorganizaciones empresariales de carácter interno²⁰⁶⁷. En este sentido, y sobre la base de la jurisprudencia del TJUE en los asuntos *Argenta*²⁰⁶⁸ y *Laboratoires Fournier*²⁰⁶⁹, algún autor ha apuntado que la diferencia de trato que se produciría entre el tratamiento fiscal de las provisiones y reservas procedentes de establecimientos permanentes en otros Estados miembros y aquéllas procedentes de establecimientos permanentes domésticos constituiría una restricción a la libertad de establecimiento que no encontraría justificación ni en la necesidad de mantener un reparto equilibrado entre las potestades tributarias de los Estados miembros ni en la necesidad de mantener la coherencia de sus sistemas fiscales por no existir un vínculo directo entre la “ventaja fiscal” derivada de la constitución de provisiones y reservas con exención total o parcial del impuesto en sede de la sociedad transmitente, aunque vinculadas al establecimiento permanente localizado en otro Estado miembro, y el gravamen de los beneficios atribuibles a dicho establecimiento permanente²⁰⁷⁰.

²⁰⁶⁶ Vid. TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., *European Tax Law, op.cit.*, p.675.

²⁰⁶⁷ Vid. HOHENWARTER-MAYR, D., *op.cit.*, p.168; o HELMINEN, M., *EU Tax Law..., op.cit.*, p.206.

²⁰⁶⁸ Vid. STJUE de 4 de julio de 2013, asunto C-350/11, *Argenta Spaarbank NV v. Bélgica*.

²⁰⁶⁹ Vid. STJUE de 10 de marzo de 2005, asunto C-39/04, *Laboratoires Fournier SA v. Direction des vérifications nationales et internationales*.

²⁰⁷⁰ Así lo entiende, BOULOGNE, F., *Shortcomings in the..., op.cit.*, p.196. En este sentido, cabría señalar como en el asunto *Argenta* el Tribunal entendió que no existía un vínculo directo entre una ventaja fiscal consistente en la posibilidad de tener en cuenta el valor contable neto del activo de un establecimiento permanente localizado en otro Estado miembro a los efectos del cálculo de una deducción prevista en la legislación fiscal doméstica de otro Estado miembro por parte de una sociedad residente en su territorio de la que dependía dicho establecimiento permanente y el gravamen de los rendimientos generados por dichos activos, habida cuenta de que si bien la normativa del Estado miembro de residencia de la sede central supeditaba la concesión de la citada ventaja fiscal a que, con carácter general, los beneficios atribuibles al establecimiento permanente no residente fuesen sometidos a imposición en su territorio (p.ej. en aplicación de un CDI), no exigía que efectivamente existiesen beneficios atribuibles al establecimiento permanente que pudiesen ser gravados (vid. STJUE de 4 de julio de 2013, asunto C-350/11, *Argenta Spaarbank NV v. Bélgica*, aps.46-49). Por su parte, en el asunto *Laboratoires*

A nuestro juicio, y si partimos de un concepto amplio del término provisiones y reservas que figura en el artículo 5 de la Directiva, esta conclusión podría asumirse en aquellos supuestos en los que el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente opta por un sistema de imposición de los beneficios globales, puesto que la reducción de sus ingresos derivada del aprovechamiento por parte de dicha sociedad de incentivos o ventajas fiscales relacionados con elementos patrimoniales vinculados a un establecimiento permanente localizado en otro Estado miembro se vería de algún modo “compensada” con la posibilidad de gravar los beneficios procedentes de dicho establecimiento permanente y, por ende, de los activos que lo integran. No obstante, si el CDI suscrito entre el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente y aquél donde se localizase el establecimiento permanente en cuestión optase por el método de la exención, de forma tal que el primero no pudiese gravar en sede de la sociedad transmitente los beneficios procedentes de su establecimiento permanente situado en el extranjero, la restricción a la libertad de establecimiento que introduciría la aplicación de la facultad prevista en el citado precepto de la Directiva podría encontrar justificación, en nuestra opinión y a pesar de lo establecido en la sentencia del TJUE en el asunto *Argenta*, en la necesidad de mantener un reparto equilibrado entre las competencias de los Estados miembros²⁰⁷¹.

Por otra parte, cabría señalar como, en aquellos supuestos en los que el establecimiento permanente en cuestión está localizado en otro Estado miembro, la posibilidad de que el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente pueda proceder a la recuperación y gravamen de dichas provisiones o reservas en el momento de realización de la operación de reorganización empresarial parece constituir una suerte de excepción a la regla prevista en el artículo 10.1 de la Directiva donde se establece la obligación del Estado miembro de la sociedad transmitente de renunciar a sus derechos de imposición sobre los establecimientos permanentes de dicha sociedad situados en el extranjero y que se transmitan en el marco de la operación (siempre, claro está, que no resulte de aplicación la dispuesto en el artículo 10.2), salvo en relación con las pérdidas del establecimiento permanente deducidas de los beneficios de la sociedad

Fournier, en un supuesto en el que la legislación doméstica de un Estado miembro configuraba un crédito fiscal en materia de investigación exclusivamente aplicable a las actividades de investigación realizadas en el territorio de dicho Estado miembro (y no en otros Estados miembros), el Tribunal entendió que tampoco podría apreciarse la existencia de un vínculo directo entre una ventaja fiscal consistente en la obtención de un crédito fiscal equivalente a una parte de los gastos de investigación realizados por una empresa y el impuesto general de sociedades (*vid.* STJUE de 10 de marzo de 2005, asunto C-39/04, *Laboratoires Fournier SA v. Direction des vérifications nationales et internationales*, ap.15-21).

²⁰⁷¹ Nótese cómo, en la citada sentencia, el Tribunal declaró que la concesión de la ventaja fiscal en cuestión “no comprometería en modo alguno ni el derecho del Estado miembro en cuyo territorio está establecida la sociedad a la que pertenece el establecimiento permanente ni el del Estado miembro en el que está situado el establecimiento permanente a ejercer la potestad tributaria en relación con las actividades realizadas en su territorio ni entrañaría el desplazamiento de rendimientos normalmente imponibles en uno de los Estados miembros al otro” (*vid.* STJUE de 4 de julio de 2013, asunto C-350/11, *Argenta Spaarbank NV v. Bélgica*, ap.55).

transmitente en su Estado miembro de residencia y que no hubiesen sido compensadas²⁰⁷².

De hecho, en relación con esta cuestión, se ha apuntado que la excepción prevista en el artículo 5 de la Directiva 2009/133/CE debe ser interpretada conjuntamente con lo establecido en su artículo 10.1, párrafo tercero, de forma tal que, tratándose de provisiones y reservas atribuibles al establecimiento permanente preexistente de la sociedad transmitente (y no a la propia sociedad de la que depende), el Estado miembro donde éste se encuentre localizado deberá permitir la asunción por parte de dicho establecimiento permanente (que, con posterioridad a la realización de la operación de reorganización empresarial en cuestión, dependerá de la sociedad beneficiaria) de las reservas y provisiones previamente constituidas con exención total o parcial del Impuesto de acuerdo con lo dispuesto en su normativa fiscal doméstica²⁰⁷³.

1.4. El aprovechamiento de las pérdidas no compensadas a efectos fiscales existentes en sede de la sociedad transmitente

1.4.1. La posibilidad de compensación por parte del establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria localizado en el territorio de la sociedad transmitente

Uno de los obstáculos de naturaleza fiscal tradicionalmente asociado a la realización de operaciones de reorganización empresarial de carácter transfronterizo pivotaba sobre la imposibilidad para la sociedad beneficiaria de aprovechar las bases imponibles negativas pendientes de compensación generadas en sede de la sociedad transmitente²⁰⁷⁴, con el consiguiente incremento del coste fiscal asociado a la operación en cuestión²⁰⁷⁵. Asimismo, esta circunstancia daba lugar a una situación de “desventaja comparativa” frente a las operaciones de reorganización empresarial de naturaleza doméstica en la medida en que, en el marco de estas últimas, algunos Estados miembros (p.ej. Italia²⁰⁷⁶) contemplaban en sus respectivos ordenamientos nacionales disposiciones específicas tendentes a permitir que, con arreglo a determinadas normas, la sociedad beneficiaria pudiese subrogarse en el derecho a la compensación de bases

²⁰⁷² En este sentido, *vid.* LARKING, B., “Permanent Confusion? The...”, *op.cit.*, p.305.

²⁰⁷³ En este sentido, *vid.* VANDE VELDE, I., *op.cit.*, p.101.

²⁰⁷⁴ Sobre esta cuestión, *vid.* CHOWN, J., “The mergers Directive...”, *op.cit.*, p.410; o VANISTENDAEL, F., “Taxation of corporate...”, *op.cit.*, pp.904-905.

²⁰⁷⁵ *Vid.* DÜRRSCHMIDT, D., *op.cit.*, p.156.

²⁰⁷⁶ En este sentido, *vid.* “Italy: Privileged tax treatment for mergers and similar transactions”, *European Taxation*, vol.9, nº6, 1969, p.137.

imponibles negativas procedentes de la sociedad transmitente, salvo supuestos de fraude o abuso²⁰⁷⁷.

Por ello, y con el fin de evitar este tipo de situaciones, el artículo 6 de la Directiva 2009/133/CE establece que, siempre que la legislación fiscal doméstica del Estado miembro de la sociedad transmitente admita la posibilidad de que, en el marco de operaciones internas de fusión, escisión (total o parcial), y aportación de activos, la sociedad beneficiaria pueda asumir las pérdidas de la sociedad transmitente no compensadas a efectos fiscales (esto es, que no hayan sido utilizadas para disminuir la base imponible de la sociedad transmitente en ejercicios previos a la operación y que, en su caso, no haya transcurrido el límite temporal máximo previsto para su compensación²⁰⁷⁸), deberá hacer lo propio en relación con la asunción de dichas pérdidas por parte de los establecimientos permanentes de la sociedad beneficiaria no residente localizados en su territorio cuando las operaciones anteriormente señaladas se desarrollen en el ámbito transfronterizo²⁰⁷⁹.

A este respecto, es importante tener presente que, aun cuando el tenor literal del artículo 6 de la Directiva hace referencia a “las operaciones a que hace referencia el artículo 1, letra a) (...)”, expresión que *a priori* permitiría dar cobertura a las operaciones de canje de valores, lo cierto es que el hecho de que en el marco de las mismas no se produzca *stricto sensu* una transmisión de activos y pasivos a los que puedan vincularse las posibles pérdidas existentes (como sucede en las fusiones, escisiones, o aportaciones de activos), unido a las referencias del propio artículo 6 a la “sociedad transmitente” y “sociedad beneficiaria”, o a los “establecimientos permanentes de la sociedad beneficiaria situados en su territorio” vendría a excluir a los canjes de valores de su ámbito de aplicación. En este sentido, cabría señalar como, en el marco de las operaciones de adquisición de acciones y con el fin de evitar que la

²⁰⁷⁷ A este respecto, conviene tener claro ya desde un principio que el propio TJUE ha afirmado que el hecho de que, en el marco de una operación de fusión, la sociedad beneficiaria pretenda asumir las pérdidas existentes en sede de la sociedad transmitente que no han sido compensadas a efectos fiscales no puede considerarse decisivo por sí sólo para concluir que la operación en cuestión carece de motivos económicos válidos, sin perjuicio de que su importe (elevado) y origen (no claramente determinado) puedan resultar relevantes a los efectos de apreciar indicios de fraude o abuso que determinen la aplicación del cláusula contenida en su artículo 15, especialmente en aquellos supuestos en los que la sociedad transmitente esté inactiva o no aporte activo alguno a la sociedad beneficiaria (*Vid.* STJUE de 10 de noviembre de 2011, asunto C-126/10, *Foggia*, aps.38-42). Un interesante análisis de esta sentencia, sobre cuyo contenido volveremos en el epígrafe relativo a la cláusula anti-abuso prevista en el artículo 15 de Directiva, puede encontrarse en CERIONI, L., “Intra-EU Mergers After the ECJ’s *Foggia* Judgment”, *Tax Notes International*, vol.66, nº4, 2012, pp.373-382.

²⁰⁷⁸ En este sentido, *vid.* BEZZINA, J., *op.cit.*, p.60, quien apunta que la expresión “no compensadas a efectos fiscales” (*non yet exhausted for tax purposes*) que figura en el artículo 6 de la Directiva 2009/133/CE con finalidad anti-abusiva resulta innecesaria a la luz de la cláusula prevista en el artículo 15 de la propia norma.

²⁰⁷⁹ De este modo, y como bien apunta CALLEJA BORG, J., “Non-exhausted losses and the Merger Directive: what it fails to say”, *Intertax*, vo.39, nº11, 2011, p.559, no puede hablarse *stricto sensu* de una transferencia transfronteriza de pérdidas no compensadas a efectos fiscales en la medida en que dichas pérdidas sólo podrán ser compensadas, en su caso, con los beneficios obtenidos por el establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria localizado en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente con posterioridad a la operación de reorganización empresarial en cuestión.

compensación de las pérdidas de la sociedad adquirida sea el principal motivo de realización de la operación, las legislaciones domésticas de los Estados miembros suelen establecer limitaciones a la posibilidad de que la sociedad adquirente pueda compensar las pérdidas existentes en sede de la sociedad adquirida, especialmente cuando la operación suponga la adquisición de más de la mitad del capital social de la entidad adquirida²⁰⁸⁰. Por ello, a juicio de algunos autores, la regla prevista en el artículo 6 de la Directiva 2009/133/CE debería resultar extensible a las operaciones de canje de valores, sin perjuicio de que pudiese emplearse la cláusula prevista en su artículo 15 para combatir posibles supuestos abusivos consistentes en la adquisición de participaciones en entidades generadoras de pérdidas (*loss-making entities*) con el único fin de poder compensarlas posteriormente en sede de la sociedad (matriz) adquirente²⁰⁸¹.

En cualquier caso, lo cierto es que el artículo 6 de la Directiva 2009/133/CE sólo se refiere a aquellas situaciones en las que existen pérdidas no compensadas a efectos fiscales en sede de la sociedad transmitente, y no a aquellas situaciones inversas en las que una sociedad/rama de actividad generadora de beneficios es absorbida/transmitida por/a una sociedad beneficiaria que presenta pérdidas.

En este sentido, conviene tener presente que la emisión de títulos por parte de la sociedad beneficiaria con el fin de entregárselos en contrapartida a los socios de la sociedad transmitente (fusión o escisión) o a la propia sociedad transmitente (aportación de activos) podría determinar un cambio en la persona/personas vinculadas que ostenta/n la mayoría del capital social o de los derechos de voto en la citada entidad, dando lugar a la aplicación de posibles medidas anti-abuso contempladas en las legislaciones domésticas de los Estados miembros que impiden o restringen la compensación futura de dichas pérdidas en este tipo de supuestos en los que se produce un cambio en la titularidad o en el control de la sociedad en cuestión²⁰⁸². De hecho, algún autor se ha mostrado partidario de extender el ámbito de aplicación del artículo 6 de la Directiva a las pérdidas existentes en sede de la sociedad beneficiaria, sin perjuicio de que, tratándose de operaciones de reorganización empresarial de carácter abusivo, pudiese entrar en juego la cláusula prevista en el artículo 15 de la Directiva²⁰⁸³.

Por otra parte, cabría señalar como, a diferencia de la Propuesta de Directiva de 1969, la redacción actual del artículo 6 de la Directiva 2009/133/CE no excluye la posibilidad de que las pérdidas procedentes de establecimientos permanentes de la sociedad transmitente situados en el extranjero puedan ser asumidas (y compensadas)

²⁰⁸⁰ Sobre esta cuestión, *vid.* BEZZINA, J., *op.cit.*, p.61. A título de ejemplo, podría traerse a colación el artículo 26.4 de la LIS donde se establece que “no podrán ser objeto de compensación las bases imponibles negativas cuando concurren las siguientes circunstancias: a) La mayoría del capital social o de los derechos a participar en los resultados de la entidad que hubiere sido adquirida por una persona o entidad o por un conjunto de personas o entidades vinculadas, con posterioridad a la conclusión del período impositivo al que corresponde la base imponible negativa”.

²⁰⁸¹ Así lo entiende, BOULOGNE, F., “A Proposal to Expand and improve Article 6 of the EU Merger Directive”, *Intertax*, vol.42, nº2, 2014, p.80.

²⁰⁸² Sobre esta cuestión, *vid.* BEZZINA, J., *op.cit.*, p.61.

²⁰⁸³ En este sentido, *vid.* BOULOGNE, F., “A Proposal to...”, *op.cit.*, pp.200-201.

por los establecimientos permanentes de la sociedad beneficiaria localizados en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente, de forma tal que esta cuestión dependerá de lo dispuesto por las legislaciones fiscales de los Estados miembros para supuestos estrictamente internos.

La justificación a este cambio en el tenor literal del citado precepto debemos buscarla en el hecho de que la Propuesta de Directiva 1969 establecía que el Estado miembro de la sociedad transmitente debía renunciar al gravamen de los beneficios de los establecimientos permanentes que ésta tenía localizados en el extranjero (salvo que la sociedad en cuestión optase por el régimen del beneficio mundial)²⁰⁸⁴ y, por tanto, no sería justo que la Directiva obligase a dicho Estado a permitir que las pérdidas procedentes de dichos establecimientos permanentes pudiesen emplearse para compensar los beneficios obtenidos por el establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria situado en su territorio con posterioridad a la operación de reorganización empresarial en cuestión²⁰⁸⁵.

No obstante, a juicio de algunos autores, en la redacción del artículo 6 de la Directiva 2009/133/CE subyace la idea de que las pérdidas no compensadas a efectos fiscales sólo pueden ser aprovechadas en el Estado miembro en el que se generaron, ya sea por el establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria localizado en el Estado miembro de la sociedad transmitente (tratándose de pérdidas pre-existentes en sede de dicha sociedad) o por el propio establecimiento permanente de la sociedad transmitente localizado en otro Estado miembro que con posterioridad a la operación de reorganización empresarial en cuestión pasará a depender de la sociedad beneficiaria (tratándose de pérdidas generadas en sede de dicho establecimiento permanente de la sociedad transmitente localizado en el extranjero con carácter previo a la operación)²⁰⁸⁶.

Asimismo, conviene señalar como, de una comparación entre las redacciones de los artículos 6 y 13.2 de la Directiva 2009/133/CE, podría extraerse que en el ámbito de las operaciones de fusión, escisión (total o parcial), y aportación de activos, la norma comunitaria sólo admite el traslado “a futuro” (*carry forward*) de las pérdidas no compensadas a efectos fiscales en sede de la sociedad transmitente. En este sentido, se ha apuntado que el artículo 6 de la Directiva no permite la compensación “a pasado” (*carry back*) de las pérdidas incurridas por el establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria con posterioridad a la operación de reorganización empresarial en cuestión con los beneficios obtenidos por la sociedad transmitente antes de la operación²⁰⁸⁷. No obstante, a juicio de algún autor, y dada la naturaleza del artículo 6 de la Directiva, no parece existir inconveniente alguno para admitir el traslado de pérdidas “a pasado” (*carry back*) siempre que así esté previsto por la legislación del Estado miembro en

²⁰⁸⁴ Vid. artículo 12, apartados 2 y 3 de la Propuesta de Directiva de 1969.

²⁰⁸⁵ En este sentido, vid. EUROPEAN TAXATION, *op.cit.*, p.154.

²⁰⁸⁶ Así lo entiende, VANDE VELDE, I., *op.cit.*, p.102.

²⁰⁸⁷ En este sentido, vid. VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.232.

cuestión en el ámbito estrictamente interno, lo cual, todo sea dicho, resultará altamente improbable²⁰⁸⁸.

A este respecto, cabría apuntar como, si bien la Propuesta de Directiva relativa a una base imponible común del Impuesto sobre Sociedades contempla la posibilidad de que las pérdidas incurridas en un ejercicio fiscal puedan “aprovecharse” fiscalmente vía deducción de la base imponible en ejercicios posteriores (sin límite temporal)²⁰⁸⁹, no hace referencia alguna al traslado de pérdidas a ejercicios anteriores, al entender el legislador europeo que “no hay necesidad de introducir una norma al respecto, ya que se trata de una práctica relativamente poco frecuente en los Estados miembros y que reviste una complejidad excesiva”²⁰⁹⁰.

En cualquier caso, debemos tener presente que la regla contenida en el artículo 6 de la Directiva 2009/133/CE se configura como una simple medida de no discriminación²⁰⁹¹, de forma tal que, si la legislación doméstica del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente no permite, en el marco de operaciones de reorganización empresarial de carácter interno (tal y como sucede, por ejemplo, en Alemania²⁰⁹²), la asunción de las bases imponibles negativas pendientes de compensación existentes en sede de la sociedad transmitente por parte de la sociedad beneficiaria, la norma comunitaria no le obliga a aceptar esta posibilidad por el mero hecho de que la operación se lleve a cabo en el ámbito transfronterizo y resulte cubierta por su ámbito de aplicación.

Ciertamente, si tenemos en cuenta que no es infrecuente que, incluso en el plano estrictamente doméstico, las legislaciones fiscales de los Estados miembros sometan a numerosos requisitos (e incluso impidan como, por ejemplo, sucede en Luxemburgo²⁰⁹³) la posibilidad de trasladar las pérdidas pendientes de compensación desde la sociedad transmitente hacia la sociedad beneficiaria, parece claro que, en este tipo de supuestos, las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial seguirán encontrándose con un obstáculo de naturaleza fiscal a su realización²⁰⁹⁴. En este sentido, no puede perderse de vista que el carácter heterogéneo de las legislaciones fiscales domésticas de los Estados miembros por lo que respecta a la propia definición del concepto de pérdidas (pudiendo encontrarse Estados miembros como Grecia que distinguen entre pérdidas “de explotación” y pérdidas “patrimoniales” o “de

²⁰⁸⁸ Así lo entiende, BOULOGNE, F., “A Proposal to...”, *op.cit.*, p.80.

²⁰⁸⁹ *Vid.* artículo 41.1 de la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible común del impuesto sobre sociedades, COM (2016) 685 final, de 25 de octubre de 2016.

²⁰⁹⁰ *Vid.* Considerando nº 12 de la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible común del impuesto sobre sociedades, COM (2016) 685 final, de 25 de octubre de 2016.

²⁰⁹¹ En este sentido, *vid.* MARTÍN JIMÉNEZ, A., “Hacia una concepción unitaria del abuso del derecho tributario de la Unión Europea”, *Quincena Fiscal*, nº7, 2012, p.90; o CALLEJA BORG, J., *op.cit.*, p.558.

²⁰⁹² *Vid.* BOULOGNE, F., “A Proposal to...”, *op.cit.*, p.81.

²⁰⁹³ *Vid.* WILKENHUYSEN, M., SILCOX, L., “Luxembourg”, en VAN GERVEN, D. (ed.), *Cross-border Mergers in Europe*, vol.II, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p.99; y KPMG, *Taxation of*

cross-border mergers and acquisitions. Luxembourg, 2016, pp.3-4.

²⁰⁹⁴ En este sentido, *vid.* EUROPEAN COMMISSION, “Company taxation in the internal market”, *Commission Staff Working Paper*, SEC (2001) 1681, p.239.

capital²⁰⁹⁵), así como a las condiciones impuestas a su traslado y posterior compensación en el marco de operaciones internas de reorganización empresarial (p.ej., el establecimiento de límites a la cifra de pérdidas a trasladar en función del valor neto de los activos transmitidos o de un periodo de tiempo máximo para proceder a la compensación de las pérdidas asumidas, la limitación de los beneficios contra los que se pueden compensar las pérdidas en función de su procedencia²⁰⁹⁶, o el sometimiento a una autorización específica por parte de las autoridades tributarias²⁰⁹⁷), así como a las fórmulas empleadas para su determinación, se trasladará al ámbito transfronterizo, con el consiguiente impacto negativo sobre los niveles de seguridad jurídica²⁰⁹⁸.

En este sentido, y a título de ejemplo, podría traerse a colación el caso de Francia cuya legislación fiscal doméstica supedita, en el ámbito de las operaciones internas de fusión, escisión y aportación de activos cubiertas por el régimen de neutralidad fiscal, la asunción de las pérdidas de la sociedad transmitente por parte de la sociedad beneficiaria a la obtención de una autorización emitida por las autoridades fiscales competentes²⁰⁹⁹. Por su parte, la legislación italiana permite que, en el marco de operaciones de fusión y escisión, las pérdidas de la sociedad transmitente puedan ser asumidas y compensadas por la sociedad beneficiaria en la parte que no exceda del importe del patrimonio neto que resulta del último balance o, si es inferior, del balance patrimonial al que se refiere el artículo 2501 *quater* del Código Civil italiano, siempre que la cuenta de resultados de la sociedad beneficiaria del ejercicio precedente a aquel en que se realiza la operación en cuestión presente unos ingresos derivados de la actividad, así como una cantidad de gastos por salarios y contribuciones relacionadas superior al 40 por ciento de la que resulta de la media de los dos últimos ejercicios previos a la operación²¹⁰⁰. Por último, y en relación con el caso de España, cabría señalar como el último párrafo del artículo 84.2 LIS contempla una suerte de cláusula anti-abuso orientada a evitar que una misma pérdida pueda ser compensada dos veces²¹⁰¹ (p.ej. mediante la dotación de una provisión por depreciación de la

²⁰⁹⁵ Vid. VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.236.

²⁰⁹⁶ Vid. BEZZINA, J., *op.cit.*, p.58.

²⁰⁹⁷ En relación con el caso de Portugal, vid. SOUSA DA CAMARA, ALMEIDA FERNANDES, J., "Corporate Loss Utilization through Aggressive Tax planning", *International Transfer Pricing Journal*, May/June 2012, pp.213-214.

²⁰⁹⁸ Así lo entiende, SANZ GADEA, E., "Fusiones y operaciones...", *op.cit.*, p.22.

²⁰⁹⁹ Vid. artículo 209. II del CGI, donde se establece que dicha autorización no resulta puramente discrecional sino que deberá acordarse cuando: 1) la operación está justificada desde el punto de vista económico y no responde exclusivamente a motivos de índole fiscal; 2) la actividad origen de las pérdidas no ha sufrido cambios significativos en sede de la sociedad transmitente, por lo que respecta a su clientela, niveles de empleo, medios de explotación, naturaleza y volumen de actividad, a lo largo del periodo en que se constataron dichas pérdidas; 3) la actividad origen de las pérdidas no debe sufrir cambios significativos en sede de la sociedad beneficiaria, por lo que respecta a su clientela, niveles de empleo, medios de explotación, naturaleza y volumen de actividad, en un plazo de tres años desde la realización de la operación; y 4) las pérdidas no proceden ni de la gestión de un patrimonio mobiliario por parte de sociedades cuyo activo está principalmente constituido por participaciones financieras ni de la gestión de un patrimonio inmobiliario. Sobre esta cuestión, vid. COZIAN, M., DEBOISSY, F., *op.cit.*, pp.727-728; OUDENOT, P., *op.cit.*, pp.342-344; o CHADEFAUX, M., *op.cit.*, p.228.

²¹⁰⁰ Vid. artículo 172, apartado 7, y artículo 181 de la Ley del Impuesto de sociedades italiana (*Testo Unico delle Imposte sui Redditi*, Decreto del Presidente della Repubblica. 22 dicembre 1986, n. 917).

²¹⁰¹ Vid. Consulta de la DGT de 8 de noviembre de 2012, V2163-12.

participación de la sociedad beneficiaria en la sociedad transmitente y posteriormente a través de la absorción de esta última por parte de la primera²¹⁰²).

En relación con esta cuestión, es importante matizar que, en el ámbito de las operaciones de escisión parcial y aportación de activos no puede afirmarse de forma taxativa si la regla contenida en el artículo 6 de la Directiva resulta de aplicación sólo en relación con las pérdidas generadas por la rama o ramas de actividad transmitidas o, por el contrario, puede proyectarse también sobre pérdidas existentes en sede de la sociedad transmitente pero que no se encuentren directamente vinculadas a los elementos patrimoniales transmitidos (o más bien sobre la parte de las mismas que pueda atribuirse a dichos elementos con arreglo a un criterio proporcional). A este respecto, se ha apuntado que, con carácter general, y en la medida en que en el marco de estas operaciones no se produce la extinción de la sociedad transmitente, el derecho al aprovechamiento fiscal de las pérdidas generadas por la sociedad transmitente con carácter previo a la operación debería “permanecer” con posterioridad a la operación en sede de la sociedad transmitente, salvo que el contribuyente pudiese probar qué parte de las pérdidas existentes en sede de la sociedad transmitente se corresponden efectivamente con los elementos patrimoniales transmitidos y vinculados a un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria en el Estado miembro de la sociedad transmitente, caso en el que dichas pérdidas serían susceptibles de poder ser asumidas por parte de dicho establecimiento permanente en aplicación del citado precepto de la Directiva²¹⁰³.

En este sentido, la declaración nº 8 de las Actas del Consejo en su versión final de 1990 no sólo no aporta luz sobre esta cuestión sino que introduce un mayor grado de incertidumbre al establecer que “en el caso de la aportación de rama de actividad definida en el Artículo 2, la sociedad beneficiaria podrá asumir las provisiones y reservas de la sociedad transmitente de acuerdo con lo establecido en los Artículos 5 y 6 sólo en la medida en que dichas provisiones y reservas se refieran a la rama o ramas de actividad que han sido transmitidas”²¹⁰⁴. Tal y como puede observarse, la omisión de cualquier referencia al término “pérdidas” se acompaña de una referencia al artículo 6 de la Directiva relativo precisamente al tratamiento fiscal de las pérdidas existentes en sede de la sociedad transmitente²¹⁰⁵.

Ciertamente, y aun cuando la opción interpretativa consistente en circunscribir la aplicación del artículo 6 de la Directiva a las pérdidas existentes en sede de la sociedad transmitente que se encuentren directamente vinculadas a la rama de actividad transmitida sea la más adecuada para evitar potenciales abusos²¹⁰⁶, en ausencia de una

²¹⁰² En este sentido, *vid.* Disposición Transitoria 16ª de la LIS, apartado 7, subapartado b).

²¹⁰³ En este sentido, *vid.* BOULOGNE, F., “A Proposal to...”, *op.cit.*, pp.204-205.

²¹⁰⁴ Documento del Consejo nº 7384/90, de 9 de Julio de 1990, p.4.

²¹⁰⁵ Sobre esta cuestión, *vid.* VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.232.

²¹⁰⁶ En este sentido, BEZZINA, J., *op.cit.*, p.61; o VANISTENDAEL, F., “Taxation of corporate...”, *op.cit.*, p.905. De hecho, éste es el planteamiento seguido por Estados miembros como España (*vid.* artículo 84.2, apartado b) de la LIS) o Francia (*vid.* artículo 209.II del CGI). Así, en nuestro país, las autoridades tributarias han tenido ocasión de precisar que, incluso tratándose de una operación de escisión

limitación específica al respecto por parte del citado precepto todo dependerá del planteamiento que hayan seguido a nivel interno los diferentes Estados miembros, los cuales podrían optar, a título de ejemplo, por criterios tales como la atribución proporcional de las pérdidas de la sociedad transmitente a la rama de actividad transmitida en función de los ingresos obtenidos por la misma o del valor de los activos que la integran²¹⁰⁷. A este respecto, no puede perderse de vista que el hecho de que la Propuesta de Directiva de 1969 estableciese de forma explícita que, en el ámbito de las operaciones de aportación de activos, sólo podían trasladarse las pérdidas existentes en sede de la sociedad transmitente que estuviesen vinculadas a la rama o ramas de actividad transmitidas²¹⁰⁸, conecta directamente con el carácter autónomo que presentaba la regla de asunción de pérdidas en el marco de la Propuesta de Directiva²¹⁰⁹ y que finalmente se perdió en la Directiva 90/434/CEE²¹¹⁰.

Asimismo, y por lo que respecta a las operaciones de fusión y escisión, también podrían plantearse dudas acerca de si el artículo 6 de la Directiva resulta de aplicación a la totalidad de las pérdidas existentes en sede de la sociedad transmitente en aquellos supuestos en los que no todos los activos y pasivos transmitidos permanecen efectivamente vinculados a un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria localizado en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente con posterioridad a la realización de la operación. A nuestro juicio, y aun cuando nos encontramos con una cuestión que *a priori* quedaría en manos de los Estados miembros (habida cuenta de que la regla contenida en el citado precepto se configura como una norma de no discriminación), debemos tener en cuenta que, en la medida en que en el

total, la distribución del derecho de compensación de las pérdidas existentes en sede de la sociedad transmitente entre las sociedades beneficiarias “deberá realizarse en función de la actividad o actividades que las han generado” (Consulta Vinculante de la DGT de 19 de junio de 2015, V1941-15). En relación con esta cuestión, cabría recordar que, tal y como apunta MENÉNDEZ GARCÍA, G., “Delimitación de los...”, *op.cit.*, p.27, vigente el antiguo artículo 90.3 TRLIS cuyo tenor literal no contemplaba específicamente la compensación de pérdidas en los supuestos de transmisión de una rama de actividad, la doctrina mayoritaria entendía que en aquellas operaciones de reorganización empresarial que no determinasen la extinción de la sociedad transmitente que generó las bases imponibles negativas (p.ej. la escisión parcial) no se transmitía a la sociedad beneficiaria el derecho a la compensación de las mismas, ni siquiera en la proporción en que la rama de actividad transmitida hubiese contribuido a su generación o con arreglo a cualquier otro criterio proporcional (*vid.* RUIBAL PEREIRA, L., “Concepto y régimen jurídico de la operación de aportación de rama de actividad”, en YEBRA MARTUAL-ORTEGA, P., GARCÍA NOVOA, C., LÓPEZ DÍAZ, A. (coords.), *Estudios sobre el Impuesto de Sociedades*, Comares, Granada, 1998, pp.487-488; o MONTESINOS OLTRA, S., *La compensación de bases imponibles negativas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2000, p.191-192).

²¹⁰⁷ En este sentido, cabría señalar que, a la hora de implementar la Directiva 90/434/CEE, la mayoría de los Estados miembros optó por restringir la transmisibilidad de las pérdidas de la sociedad transmitente en el marco de operaciones de aportación de activos a aquellas estrictamente vinculadas con la rama o ramas de actividad transmitidas, si bien algunos Estados miembros permitían la asunción por parte del establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria de pérdidas ajenas a la rama de actividad transmitida sujeta a determinadas condiciones (p.ej. Irlanda). Sobre esta cuestión, *vid.* FÉDÉRATION DES EXPERTS COMPTABLES EUROPÉENS, *op.cit.*, pp.29-30; y SASS, G., *op.cit.*, p.4.

²¹⁰⁸ *Vid.* artículo 10.2 de la Propuesta de Directiva de Fusiones de 1969.

²¹⁰⁹ *Vid.* artículo 6 de la Propuesta de Directiva de Fusiones de 1969.

²¹¹⁰ A este respecto, cabría señalar como, ya en su momento, la delegación francesa puso de manifiesto las dificultades que, en la práctica, tendría la determinación de las pérdidas atribuibles a la rama de actividad transmitida (*vid.* Documentos del Consejo nº 1397/78, de 1 de junio de 1978, pp.8-9, y nº 5270/84, de 27 de febrero de 1984, pp.8-9).

marco de estas operaciones se produce la extinción de la sociedad transmitente, si el artículo 6 de la Directiva sólo resultase de aplicación a la parte proporcional de las pérdidas correspondiente a los activos y pasivos que permanecen efectivamente vinculados al establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria (y no al total de las pérdidas existentes en sede de la sociedad transmitente), podría producirse una pérdida definitiva del derecho a compensar una parte de las pérdidas generadas por la sociedad transmitente con carácter previo a la operación. En este sentido, nótese que, en el ámbito de las escisiones parciales o aportaciones de activos, la parte de las pérdidas de la sociedad transmitente correspondiente a los elementos patrimoniales transmitidos podría ser asumida por el establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria localizado en el Estado miembro de la sociedad transmitente, mientras que el resto de dichas pérdidas podrían ser compensadas por la propia sociedad transmitente con posterioridad a la realización de la operación en cuestión.

En cualquier caso, parece evidente que la determinación del importe de las pérdidas existentes en sede de la sociedad transmitente y no compensadas a efectos fiscales que deben ser atribuidas a los elementos patrimoniales transmitidos (no sólo en el marco de operaciones de escisión parcial o aportación de activos, sino también en relación con las operaciones de fusión o escisión total) se configura como una cuestión potencialmente generadora de conflictos entre la Administración tributaria y los contribuyentes²¹¹¹. Por ello, algunos autores, se han mostrado partidarios de introducir en el artículo 6 de la Directiva 2009/133/CE un criterio de atribución de las pérdidas no compensadas fiscalmente a los elementos patrimoniales transmitidos que tenga en cuenta el porcentaje de volumen de ventas, mano de obra, y activos que representa el conjunto patrimonial transmitido sobre el total del volumen de ventas, trabajadores y activos de la sociedad transmitente en el ejercicio en el que se lleve a cabo la operación de reorganización empresarial en cuestión²¹¹²; planteamiento que se encuentra alineado con la fórmula contenida en el artículo 23 de la Propuesta de Directiva relativa a una base imponible consolidada común del Impuesto sobre Sociedades (BICCIS)²¹¹³ en relación al tratamiento de las pérdidas en el marco de de operaciones de reorganización empresarial entre grupos de empresas o entre las sociedades que los integran.

La cuestión relativa a la atribución/vinculación de las pérdidas existentes en sede de la sociedad transmitente a los elementos patrimoniales transmitidos en el marco de una operación de reorganización empresarial cubierta por el ámbito de la aplicación de la Directiva, conecta a su vez con la falta de claridad del artículo 6 de la citada norma acerca de si dichas pérdidas sólo pueden ser compensadas con los beneficios generados por los elementos patrimoniales transmitidos o si, por el contrario, pueden compensarse con los beneficios totales del establecimiento permanente al que quedan vinculados dichos activos y pasivos con posterioridad a la operación o incluso con los beneficios

²¹¹¹ En este sentido, *vid.* CALLEJA BORG, J., *op.cit.*, p.559.

²¹¹² *Vid.* BOULOGNE, F., “A Proposal to...”, *op.cit.*, p.83.

²¹¹³ Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (BICCIS), de 25 de octubre de 2016, COM(2016) 683 final.

obtenidos por otro establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria localizado en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente. En este sentido, no puede perderse de vista como el artículo 6 de la Directiva se limita a establecer que si el Estado miembro de la sociedad transmitente contempla la posibilidad de que, en el ámbito de las reorganizaciones empresariales de carácter doméstico, la sociedad beneficiaria pueda aprovechar las pérdidas de la sociedad transmitente no compensadas a efectos fiscales, deberá hacer lo propio en el ámbito intra-europeo y permitir la asunción de dichas pérdidas “por parte de los establecimientos permanentes de la sociedad beneficiaria situados en su territorio”.

A este respecto, cabría recordar que el cumplimiento del requisito previsto en el artículo 4.2, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE no exige que los activos y pasivos transmitidos constituyan *per se* un establecimiento permanente en el territorio de la sociedad transmitente, pudiendo quedar efectivamente vinculados a un establecimiento permanente pre-existente de la sociedad beneficiaria localizado en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente. Pensemos, por ejemplo, en el caso de una escisión total (donde no opera el requisito de rama de actividad) en la que el conjunto de elementos patrimoniales transmitidos a una de las sociedades beneficiarias no se configura en sí mismo como un establecimiento permanente y que, por ende, debe quedar efectivamente vinculado a un establecimiento permanente pre-existente de la sociedad beneficiaria localizado en el Estado miembro de la sociedad transmitente para que la operación en su conjunto pueda acceder al régimen de neutralidad fiscal.

Ciertamente, desde una perspectiva estrictamente anti-abusiva, y coherente con un criterio basado en la aplicación del artículo 6 de la Directiva sólo en relación con las pérdidas de la sociedad de la sociedad transmitente generadas por los elementos patrimoniales transmitidos, nos llevaría a concluir que las pérdidas procedentes de la sociedad transmitente podrían emplearse por parte de la sociedad beneficiaria para compensar exclusivamente los beneficios atribuibles a los activos y pasivos transmitidos que quedasen vinculados a un establecimiento permanente localizado en el Estado miembro de la sociedad transmitente²¹¹⁴. No obstante, y aun cuando este planteamiento podría resultar adecuado en aquellos supuestos en los que el conjunto patrimonial transmitido configura *per se* un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria en el territorio del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente, lo cierto es que podría plantear problemas de aplicación práctica en aquellos supuestos en los que los activos y pasivos quedan vinculados a un establecimiento permanente pre-existente de la sociedad beneficiaria en dicho Estado.

Asimismo, no puede dejar de señalarse que, por una parte, este planteamiento de corte “restrictivo” tampoco encontraría un soporte adecuado en el tenor literal del artículo 6 de la Directiva 2009/133/CE. Por ello, a nuestro juicio, desde la óptica de la norma comunitaria no existiría inconveniente en que las pérdidas de la sociedad transmitente pudiesen ser empleadas por la sociedad beneficiaria para compensar el

²¹¹⁴ Sobre esta cuestión, *vid.* BOULOGNE, F., “A Proposal to...”, *op.cit.*, p.207.

conjunto de los beneficios obtenidos por el establecimiento permanente localizado en el territorio del Estado de la sociedad transmitente al que quedan efectivamente vinculados los activos transmitidos (y no sólo aquéllos que puedan atribuirse exclusivamente a dichos activos), sin perjuicio de que, en aquellos supuestos en los que la operación de reorganización empresarial se realice con fines abusivos, pueda resultar de aplicación la cláusula prevista en el artículo 15 de la Directiva. Ahora bien, lo cierto es que, dada la configuración del artículo 6 de la Directiva 2009/133/CE como una norma de no discriminación, en última instancia habrá que estar a lo establecido en las legislaciones domésticas de los Estados miembros.

En definitiva, podría afirmarse que el artículo 6 de la Directiva 2009/133/CE en su configuración actual no sólo no aporta nada en relación con el resultado que podría alcanzarse a través de la aplicación directa de las Libertades Fundamentales previstas en el Tratado a la luz del principio de no discriminación, sino que se ha visto superado por la jurisprudencia del TJUE²¹¹⁵. Por ello, a nuestro juicio, y con el fin de eliminar los obstáculos fiscales que en este ámbito siguen afectando negativamente a las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial, el legislador europeo debería recuperar el espíritu de la Propuesta de Directiva de 1969²¹¹⁶ y abordar una reforma del artículo 6 de la Directiva 2009/133/CE orientada al establecimiento de una obligación general para los Estados miembros de permitir que las pérdidas de la sociedad transmitente no compensadas a efectos fiscales puedan ser asumidas por parte del establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria localizado en el territorio del Estado miembro de la sociedad transmitente para su posterior compensación con arreglo a la normativa fiscal doméstica vigente en dicho Estado²¹¹⁷; todo ello, sin perjuicio de que, sobre la base de la cláusula contenida en el artículo 15 de la Directiva, los Estados miembros pudiesen rechazar esta posibilidad en aquellos supuestos de carácter abusivo²¹¹⁸. Ahora

²¹¹⁵ En este sentido, *vid.* HOFSTÄTTER, M., HOHENWARTER-MAYR, D., *op.cit.*, p.169.

²¹¹⁶ Nótese como el artículo 6 de la citada Propuesta establecía que “las pérdidas de la sociedad transmitente no compensadas desde el punto de vista fiscal, salvo aquéllas procedentes de establecimientos permanentes en el extranjero, pueden ser incorporadas en la contabilidad de los establecimientos permanentes de la sociedad beneficiaria localizados en el Estado de la sociedad transmitente y compensadas de acuerdo con las normas de Derecho fiscal aplicables a dichos establecimientos permanentes”.

²¹¹⁷ En este sentido, *vid.* BEZZINA, J., *op.cit.*, pp.59-60; o VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.244. A juicio de BOULOGNE, F., “A Proposal to...”, *op.cit.*, p.82, esta posibilidad encontraría cierto sustento en la sentencia del TJUE en el asunto *3D I Srl*, afirmando que “la otra cara de la moneda *3D I Srl*, en mi opinión, sería que los Estados miembros que ven disminuir sus ingresos fiscales con motivo de la extensión de las oportunidades de compensación de pérdidas en el momento de la fusión no podrán invocar la protección de sus intereses financieros, habida cuenta de que su derecho de gravar las plusvalías de los activos y pasivos transmitidos permanecerá inalterado”.

²¹¹⁸ Esta idea ya fue apuntada en su momento por parte de la Comisión Europea (*vid.* EUROPEAN COMMISSION, “Company taxation in the internal market”, *Commission Staff Working Paper*, SEC (2001) 1681, p.346) o del Comité Económico y Social Europeo al afirmar, en relación con la Propuesta que daría origen a la Directiva 2005/19/CE, que debía garantizarse “la plena neutralidad fiscal de las operaciones de reestructuración transfronteriza, en particular por lo que se refiere a las pérdidas trasladables y la exención aplicable a las provisiones y reservas” (*vid.* Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 90/434/CEE, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros,

bien, debe reconocerse que la adopción de este planteamiento podría llevar aparejado el surgimiento de situaciones de “discriminación inversa” en aquellos supuestos en los que los Estados miembros no permitieran la asunción de pérdidas de la sociedad transmitente por parte de la sociedad beneficiaria en el marco de operaciones de reorganización empresarial de naturaleza interna.

Ciertamente, y aun cuando una reforma de tal naturaleza pudiera llegar a ver la luz, quedaría por resolver la problemática vinculada a las divergencias existentes entre las legislaciones fiscales de los Estados miembros por lo que respecta a los requisitos y condiciones a los que se somete dicha asunción y compensación de pérdidas por parte de los establecimientos permanentes de la sociedad beneficiaria localizados en su territorio, si bien esta cuestión excedería, en nuestra opinión, del ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE, precisando de una norma específica de Derecho de la UE en la materia²¹¹⁹. Sin embargo, pueden encontrarse voces entre la doctrina partidarias de que sea el propio artículo 6 de la Directiva 2009/133/CE el que, por una parte, introduzca una definición del concepto de “pérdidas”²¹²⁰ (precisando especialmente si dentro del mismo tienen cabida tanto las pérdidas de explotación como las pérdidas patrimoniales o de capital) y, por otra parte, aclare algunas cuestiones relativas al traslado de pérdidas en el marco de operaciones transfronterizas de reorganización empresarial, tales como las reglas para su determinación, el plazo temporal máximo para proceder a su compensación, o los criterios de atribución de dichas pérdidas a los elementos patrimoniales transmitidos²¹²¹.

1.4.2. La extensión de la regla de compensación de pérdidas al Estado miembro de la sociedad beneficiaria

COM (2003) 613 final”, CESE 312/2004, de 25 de febrero de 2004, epígrafe 5.4, p.7). En una línea similar, *vid.* FÉDÉRATION DES EXPERTS COMPTABLES EUROPÉENS, *op.cit.*, p.2.

²¹¹⁹ En esta misma línea, *vid.* VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.239, quien apuesta por la elaboración de una norma específica de Derecho de la UE que aborde la cuestión relativa a la compensación de pérdidas en el ámbito transfronterizo. En relación con esta cuestión, SANZ GADEA, E., “Fusiones y operaciones...”, *op.cit.*, pp.22-23, ha llamado la atención acerca de la necesidad de coordinar las legislaciones fiscales domésticas de los Estados miembros involucrados en la operación de reorganización empresarial en cuestión con el fin de evitar dobles cálculos de las pérdidas transmitidas y garantizar una distribución equitativa de las rentas gravables entre los mismos.

²¹²⁰ En este sentido, *vid.* CALLEJA BORG, J., *op.cit.*, p.559; o VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.238 quien se muestra partidario de tomar como referencia la definición del concepto de pérdidas contenida en el artículo 2 de la Propuesta de Directiva del Consejo sobre la armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas al régimen fiscal de la compensación de pérdidas de las empresas, de 11 de septiembre de 1984, COM (84) 404 (DOCE nº C 253, de 20 de septiembre de 1984, p.5).

²¹²¹ En este sentido, *vid.* BEZZINA, J., *op.cit.*, p.68, se muestra partidaria de que el artículo 6 de la Directiva contemple específicamente un sistema de compensación de pérdidas en ejercicios futuros (*carry forward*), pero fijando un límite temporal máximo. Por su parte, BOULOGNE, F., “A Proposal to...”, *op.cit.*, p.81, apuesta por introducir un plazo máximo de un año para los supuestos de *carry back* y la ausencia de una limitación temporal tratándose de supuestos de *carry forward*.

Una cuestión que el artículo 6 de la Directiva 2009/133/CE no resuelve y, que por tanto, queda en manos de los Estados miembros, pivota sobre la posibilidad de que, en el marco de una operación transfronteriza de reorganización empresarial, sea la propia sociedad beneficiaria (y no su establecimiento permanente localizado en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente) la que pueda deducir de sus bases imponibles futuras las pérdidas existentes en sede de la sociedad transmitente que traen causa de ejercicios anteriores a la operación y que no han sido compensadas a efectos fiscales. En otras palabras, podría decirse que la Directiva 2009/133/CE tan sólo prevé (como regla de no discriminación) la consideración de las pérdidas de la sociedad transmitente en su propio Estado miembro, pero no contiene disposición alguna acerca de cómo debe tratar el Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria las pérdidas que otro Estado miembro ha constatado respecto de la sociedad transmitente²¹²².

Del mismo modo, cabría señalar como el citado precepto tampoco se pronuncia acerca de si el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente donde se encuentra localizado el establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria con posterioridad a la operación debe tener en cuenta las pérdidas existentes en sede de la sociedad beneficiaria, si bien lo cierto es que la interpretación del principio de territorialidad por parte del TJUE en el asunto *Futura Participations* nos llevaría claramente a una respuesta negativa²¹²³ al declararse que el hecho de que la legislación luxemburguesa impidiese a una sociedad francesa que operaba en Luxemburgo a través de un establecimiento permanente deducirse a los efectos del cálculo de su base imponible en el citado Estado las pérdidas procedentes de la “casa central” (debiendo tenerse en cuenta sólo los beneficios y las pérdidas procedentes de sus actividades luxemburguesas) no daría lugar a una “discriminación manifiesta o encubierta prohibida por el Tratado”²¹²⁴.

Mayores problemas plantea la primera de las cuestiones apuntadas, habiendo surgido voces críticas entre la doctrina que apuntan a que si el Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria opta el método del crédito para evitar la doble imposición de las rentas procedentes de establecimientos permanentes localizados en el extranjero, la aplicación de la regla prevista en el artículo 6 de la Directiva 2009/133/CE podría no siempre resultar ventajosa para dicha sociedad habida cuenta de que, aun cuando las pérdidas de la sociedad transmitente podrían ser empleadas para reducir los beneficios futuros de su establecimiento permanente localizado en el Estado miembro de la sociedad transmitente, dicha reducción se traduciría en la correspondiente

²¹²² Vid. Conclusiones de la Abogado General Kokott, presentadas el 19 de julio de 2012, asunto C-123/11, *A Oy*, aps.18 y 25.

²¹²³ Así lo entiende, BOULOGNE, F., “A Proposal to...”, *op.cit.*, p.85.

²¹²⁴ Vid. STJUE de 15 de mayo de 1997, asunto C-250/95, *Futura Participations SA y Singer v. Administration des contributions*, aps.21-22.

disminución del crédito fiscal extranjero de la sociedad beneficiaria en su Estado miembro de residencia²¹²⁵.

Pensemos, por ejemplo, en una sociedad A, residente en el Estado miembro X, y con unas pérdidas no compensadas a efectos fiscales por importe de 500 u.m., que es absorbida por una sociedad B, residente en el Estado miembro Y, el cual opta por el “método del crédito” como mecanismo para evitar la doble imposición. Supongamos que, en virtud de lo establecido en el artículo 6 de la Directiva, el Estado miembro X permite la asunción de las pérdidas existentes en sede de la sociedad transmitente por parte del establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria localizado en su territorio. De este modo, si en el ejercicio posterior al de realización de la operación de fusión, la sociedad beneficiaria obtuviese unos beneficios de 800 u.m. y su establecimiento permanente unos beneficios de 200 u.m., el Estado miembro Y gravaría a la sociedad B por su renta mundial de 1.000 u.m. otorgando un crédito fiscal de 0 u.m. por los impuestos pagados en el Estado miembro X por su establecimiento permanente (habida cuenta de que los beneficios obtenidos por dicho establecimiento permanente habrían sido totalmente compensados por las pérdidas procedentes de la sociedad transmitente). Por tanto, y salvo que la legislación fiscal doméstica del Estado miembro Y (o el CDI suscrito con el Estado miembro X), disponga de alguna medida específica para dar respuesta a esta problemática, lo cierto es que en este tipo de supuestos la finalidad perseguida por el artículo 6 de la Directiva 2009/133/CE quedaría desvirtuada.

Por ello, algún autor ha llamado la atención acerca de la conveniencia de añadir un apartado adicional al artículo 6 de la Directiva 2009/133/CE donde se establezca que el Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria deberá otorgar un crédito fiscal por el impuesto que habría exigido el Estado miembro de la sociedad transmitente al establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria localizado dentro de su territorio si éste no hubiese hecho uso para reducir su base imponible de las pérdidas no compensadas a efectos fiscales procedentes de la sociedad transmitente²¹²⁶. Así, en el ejemplo anterior, el Estado miembro Y podría gravar las 800 u.m. obtenidas por la sociedad B en su territorio, debiendo otorgar un crédito fiscal por el impuesto que el establecimiento permanente de dicha sociedad debería satisfacer en el Estado miembro X por las 200 u.m. obtenidas en su territorio. De este modo, si el tipo impositivo en el Estado miembro X fuese del 25% y en el Estado miembro Y del 35%, por lo que respecta a los beneficios obtenidos con posterioridad a la operación de fusión el resultado sería el siguiente: a) en el Estado miembro X no se derivaría cuota a ingresar alguna en la medida en que los beneficios obtenidos por el establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria (200 u.m.) habrían sido compensados con las pérdidas procedentes de la sociedad transmitente; y b) en el Estado miembro Y se derivaría una cuota a ingresar de 300 u.m., de las cuales 280 u.m. procederían del gravamen de los beneficios obtenidos por la propia sociedad beneficiaria ($800 \times 0,35 = 280$) y 20 u.m.

²¹²⁵ Así lo entienden, HELMINEN, M., *EU Tax Law...*, *op.cit.*, pp.206-207; TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., *European Tax Law*, *op.cit.*, p.674; o BEZZINA, J., *op.cit.*, p.70.

²¹²⁶ En este sentido, *vid.* VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, pp.242-244.

procederían del gravamen de los beneficios de su establecimiento permanente localizado en el Estado miembro X tras la concesión del correspondiente crédito fiscal ($200 \times (0,35-0,25) = 20$).

Para un sector de la doctrina, la configuración actual del artículo 6 de la Directiva no va lo suficientemente lejos para garantizar la ausencia de obstáculos fiscales a las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial, mostrándose partidarios de que la obligación de reconocer que la incorporación de pérdidas se imponga también sobre el Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria²¹²⁷. Sin embargo, desde la óptica del principio de territorialidad impositiva y de la necesidad de evitar posibles comportamientos abusivos, la mera asunción por parte de la sociedad beneficiaria en su Estado miembro de residencia (cuando éste aplique un sistema de imposición de beneficios globales) de las pérdidas de su establecimiento permanente localizado en otro Estado miembro y procedentes de la sociedad transmitente tampoco parece configurarse como una opción adecuada.

En relación con esta cuestión, no puede perderse de vista que, con el fin de preservar el reparto equilibrado entre las potestades tributarias de los Estados miembros, evitar la doble deducción de las pérdidas²¹²⁸, así como prevenir el riesgo de evasión fiscal, el TJUE ha venido aceptando las restricciones impuestas por las legislaciones fiscales domésticas de los Estados miembros a la compensación transfronteriza de pérdidas de forma tal que, con carácter general, éstos no tendrían que permitir la deducción de pérdidas “generadas” o procedentes de otro Estado miembro si tampoco resultaban competentes para gravar los correspondientes beneficios generados fuera de su territorio²¹²⁹ (ya sea por parte de filiales no residentes o por parte de establecimientos permanentes localizados en otro Estado miembro), salvo que nos encontrásemos ante pérdidas “finales” o “definitivas”, caso en el que TJUE considera que dichas

²¹²⁷ En este sentido, *vid.*, entre otros, LARKING, B., “The Merger Directive...”, *op.cit.*, p.366.

²¹²⁸ A este respecto, nótese como la Directiva 2016/1164/UE, tras la reforma operada por la Directiva 2017/952/UE, de 29 de mayo de 2017, establece en su artículo 9.1 una cláusula orientada a combatir la doble deducción de pérdidas vinculada a asimetrías híbridas de forma tal que en este tipo de supuestos la deducción se denegará en el Estado miembro bajo cuya jurisdicción se encuentre el inversor. Ahora bien, si la deducción en cuestión no fuese denegada por parte de dicho Estado miembro, ésta se denegará en el Estado miembro que sea la jurisdicción del ordenante, esto es, el Estado donde las pérdidas fueron generadas.

²¹²⁹ *Vid.*, a título de ejemplo, las SSTJUE de 25 de febrero de 2010, asunto C-337/08, *X Holding BV v. Staatssecretaris van Financiën*, aps.28-29; de 15 de mayo de 2008, asunto C-414/06, *Lidl Belgium GmbH & Co. KG v. Finanzamt Heilbronn*, ap.54; o de 15 de mayo de 1997, asunto C-250/95, *Futura Participations SA, Singer v. Administration des contributions*, aps.20-22. Sin embargo, en aquellos supuestos en los que un Estado miembro resulta competente para gravar los beneficios generados fuera de su territorio parece que, aun cuando dicho Estado emplee el método del crédito fiscal para evitar la doble imposición, su negativa a admitir la deducibilidad de las correspondientes pérdidas extranjeras iría más allá de lo necesario para preservar el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros (*vid.* STJUE de 17 de julio de 2014, asunto C-48/13, *Nordea Bank Danmark A/S v. Skatteministeriet*, aps.34-36).

restricciones a la libertad de establecimiento van más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos²¹³⁰.

Ciertamente, en aquellos supuestos en los que pudiera probarse que nos encontramos ante pérdidas “finales” (con la dificultad que ello supone en la medida en que en su determinación intervienen los órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros, los cuales no cuentan con unos criterios meridianamente claros fijados por el TJUE²¹³¹, y la consiguiente carga probatoria para el contribuyente), las razones imperiosas de interés general anteriormente señaladas perderían vigencia en la medida en que desaparecería el riesgo de que unas mismas pérdidas fuesen utilizadas en dos Estados miembros diferentes o de que surgiesen comportamientos abusivos por

²¹³⁰ Vid. SSTJUE de 4 de julio de 2018, asunto C-28/17, *NN A/S v. Skatteministeriet*, aps.50-57; de 12 de junio de 2018, asunto C-650/16, *A/S Bevola y Jens W. Trock ApS v. Skatteministeriet*, aps.58-59; de 15 de mayo de 2008, asunto C-414/06, *Lidl Belgium GmbH & Co. KG v. Finanzamt Heilbronn*, ap.47-51; o de 13 de diciembre de 2005, asunto C-446/03, *Marks & Spencer plc v. Her Majesty's Inspector of Taxes*, ap.59. En este sentido, algunos autores han señalado que la doctrina del TJUE en el asunto *Marks & Spencer plc* apuntaría en la línea de que en este tipo de supuestos de naturaleza transfronteriza las pérdidas incurridas por una sociedad en un Estado miembro siempre deberían de poder ser *a priori* deducibles “al menos una vez y al mismo tiempo sólo una vez” (vid. BLUM. D., WIMPSSINGER, C., “Losses and Expenses in the European Union”, *International Tax Journal*, September-October 2013, p.35). Sobre la problemática que planteaba la importación de pérdidas extranjeras en el Estado de residencia del contribuyente a la luz de la sentencia en el asunto *Marks & Spencer* y de la doctrina posterior del TJUE en esta materia, vid. CALDERÓN CARRERO, J.M., “Las discriminaciones fiscales...”, *op.cit.*, pp.118-143.

²¹³¹ En este sentido, vid. BARCIELA PÉREZ, J.A., “La compensación transfronteriza de pérdidas definitivas. Los asuntos *Holmen* y *Memira Holding*”, *Carta Tributaria. Revista de opinión*, nº59, 2020, p.4; o CONFEDERATION FISCALE EUROPEENNE, *Opinion Statement ECJ-TF 3/2013 of the CFE on the case A Oy (C-123/11) and the use of cross-border losses*, 2013, p.6. A este respecto, BLUM. D., WIMPSSINGER, C., *op.cit.*, p.38, ya apuntaban en su momento como la sentencia *Marks & Spencer* no aclaraba la cuestión acerca de si el criterio decisivo para atribuir a dichas pérdidas la calificación de “finales” viene dado por la imposibilidad legal o por la imposibilidad económica (fáctica) de compensar las pérdidas en el Estado de la fuente (en la misma línea, vid. DIMITROV, M., WIMPSSINGER, C., “Losses Unchained: The ECJ’s cross-border ravel requirement”, *Tax Notes International*, vol.70, nº2, 2013, p.150). Así, para algunos autores como KOK, R., “Domestic and cross-border loss relief in the European Union”, *Intertax*, vol.38, nº12, 2010, p.666, la pérdida del derecho a compensar unas determinadas pérdidas por el transcurso del periodo máximo fijado para ello por la legislación del Estado miembro en cuestión no se traduciría en que éstas deban ser consideradas como “finales” a los efectos de la aplicación de la doctrina del TJUE. Otros autores, como BOULOGNE, F., “A Proposal to...”, *op.cit.*, p.74, entendían que acreditándose la imposibilidad de compensar las pérdidas en el Estado miembro de su generación, ya sea ésta legal o meramente fáctica, dichas pérdidas deberían ser consideradas como “finales” a los efectos de la aplicación de la doctrina del TJUE, ya que de lo contrario podrían incentivarse comportamientos por parte de grupos de sociedades consistentes en finalizar sus actividades en el extranjero (p.ej. a través de la venta de un establecimiento permanente o una filial localizada en un Estado miembro diferente al de la matriz) en aquellos supuestos en los que existiese el riesgo de perder el derecho a compensar en el Estado miembro de la fuente las pérdidas existentes en sede del establecimiento permanente o la filial en cuestión (en una línea similar, vid. LANG, M., “Has the Case Law of the ECJ on Final Losses Reached the End of the Line?”, *European Taxation*, vol.54, nº12, 2014, pp.536-537). Sin embargo, y aun cuando debe reconocerse que nos encontramos ante una cuestión compleja, parece que la posterior jurisprudencia del TJUE en los asuntos *K* (C-322/11), *Comisión Europea v. Reino Unido* (C-172/13), *Timac Agro* (C-388/14), *A/S Bevola* (C-650/16), *Memira Holding AB* (C-607/17) o *Holmen AB* (C-608/17) apunta hacia un criterio de determinación del carácter definitivo de las pérdidas de carácter eminentemente fáctico.

parte de los contribuyentes consistentes en Estado miembro con el tipo impositivo más elevado para proceder a la compensación de las pérdidas²¹³².

A este respecto, es importante tener presente que tradicionalmente, si bien no era infrecuente que los Estados miembros permitiesen a las sociedades residentes en sus respectivos territorios la compensación de pérdidas procedentes de establecimientos permanentes localizados en el extranjero (aun cuando, de acuerdo a la jurisprudencia del TJUE no estuviesen obligados a hacerlo si dicha deducción no fuese posible a nivel interno²¹³³), la situación era diametralmente opuesta cuando se trataba de pérdidas procedentes de una filial (o matriz) residente en otro Estado miembro, dando lugar a distorsiones en el buen funcionamiento del mercado interior e impactando negativamente sobre el principio de neutralidad²¹³⁴.

Por tanto, la pregunta que surge de forma casi inmediata es en qué medida un Estado miembro que permite en el ámbito de las reorganizaciones empresariales de naturaleza interna que la sociedad beneficiaria pueda asumir y compensar las pérdidas existentes en sede de la sociedad transmitente (tal y como sucede, por ejemplo, en Austria, España, Finlandia, o República Checa²¹³⁵), está facultado para negarse a hacerlo cuando dichas pérdidas proceden de una sociedad residente en otro Estado miembro. A este respecto, podría traerse a colación en primer lugar la sentencia del TJUE de 12 de febrero de 2013, en el asunto *A Oy* (que, en esencia, sigue la línea marcada por la sentencia *Marks & Spencer*²¹³⁶), habida cuenta de que su origen trae causa precisamente de la negativa de las autoridades tributarias finlandesas a que una sociedad residente en su territorio pudiese deducir de sus ingresos imponibles las pérdidas que figuraban en el balance de una sociedad filial sueca que había sido absorbida, a pesar de que la legislación fiscal finlandesa admitía esta posibilidad si la sociedad transmitente tenía su residencia fiscal en Finlandia o si las pérdidas procediesen de un establecimiento permanente situado dentro de su territorio²¹³⁷.

En dicha sentencia, el Tribunal comenzó por dejar claro que en este tipo de supuestos podía apreciarse una restricción a la libertad de establecimiento de la sociedad beneficiaria derivada de la introducción de un elemento disuasorio que podía hacer menos atractiva la constitución de filiales en otros Estados miembros, y cuya compatibilidad con el TFUE quedaba condicionada a que pudiese concluirse que no se

²¹³² Así lo entiende, O'SHEA, T., "Finnish Tax Rules on Cross-Border Mergers Challenged", *Tax Notes International*, 23 Septemeber, 2013, p. 1212.

²¹³³ En este sentido, podría traerse a colación la STJUE de 15 de mayo de 2008, asunto C-414/06, *Lidl Belgium GmbH & Co. KG v. Finanzamt Heilbronn*.

²¹³⁴ Sobre esta cuestión, *vid.* KOK, R., *op.cit.*, pp.668-671.

²¹³⁵ *Vid.* BLUM, D., WIMPSSINGER, C., *op.cit.*, p.37.

²¹³⁶ En este sentido, *vid.* SANZ GADEA, E., "El Impuesto sobre Sociedades en 2012 (III). La compensación de pérdidas. Las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario. La limitación de gastos financieros intragrupo", *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº 365-366, 2013, p.112.

²¹³⁷ Sobre el litigio que dio origen a esta sentencia en sede de las autoridades tributarias finlandesas, *vid.* HELMINEN, M., "Must the losses of a merging company be deductible in the state of residence of the receiving company in EU?", *EC Tax Review*, nº4, 2011, pp.173-174.

trataba de situaciones objetivamente comparables o bien que dicha restricción resultase justificada sobre la base de la existencia de razones imperiosas de interés general²¹³⁸.

Por lo que respecta a la primera de las cuestiones apuntadas, el Tribunal señaló que, aun cuando en el ámbito del Derecho fiscal la residencia de los contribuyentes se configura como un factor que en determinados supuestos puede justificar diferencias de trato entre contribuyentes residentes y no residentes, a la luz del objetivo perseguido por la legislación fiscal analizada en el caso concreto cuya finalidad residía en que la sociedad matriz pudiera aprovechar fiscalmente las pérdidas en las que hubiera incurrido la sociedad filial, la situación de una sociedad matriz residente que desea fusionarse con una filial residente en el mismo Estado miembro (lo que abriría la puerta a la posibilidad de deducir las pérdidas existentes en sede de la sociedad filial por parte de la sociedad matriz) resulta objetivamente comparable con aquella otra en la que una sociedad matriz residente desea realizar la misma operación con una filial no residente²¹³⁹.

De este modo, la existencia de una diferencia de trato consistente en denegar a la sociedad beneficiaria la posibilidad de deducir de sus ingresos imposables las pérdidas de la sociedad transmitente por el mero hecho de que ésta fuera residente de otro Estado miembro tan sólo resultaría admisible si persiguiese un objetivo legítimo compatible con el Tratado que estuviese amparado por razones imperiosas de interés general, resultase adecuada para garantizar la realización del objetivo invocado, y no fuese más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo²¹⁴⁰. Todo ello, sin perjuicio de que, tratándose de una operación transfronteriza de reorganización empresarial cuyo único objetivo fuese la obtención de una ventaja fiscal (lo cual tendría que ser apreciado por el órgano jurisdiccional nacional competente), la sociedad beneficiaria no podría alegar diferencia de trato alguna entre sociedades residentes y no residentes, en la medida en que las autoridades fiscales de su Estado miembro de residencia habrían denegado igualmente la deducibilidad de las pérdidas existentes en sede de la sociedad transmitente si la operación presentase un carácter estrictamente doméstico²¹⁴¹.

A este respecto, el TJUE entendió que una diferencia de trato de tal naturaleza contenida en la normativa fiscal de un determinado Estado miembro podía encontrar justificación en: 1) la necesidad de preservar el equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros²¹⁴²; 2) la necesidad de impedir el riesgo de una

²¹³⁸ Vid. STJUE de 21 de febrero de 2013, asunto C-123/11, *A Oy*, aps.31-33.

²¹³⁹ Vid. STJUE de 21 de febrero de 2013, asunto C-123/11, *A Oy*, aps.34-35.

²¹⁴⁰ Vid. SSTJUE de 21 de febrero de 2013, asunto C-123/11, *A Oy*, aps.38-39; y de 13 de diciembre de 2005, asunto C-446/03, *Marks & Spencer plc v. Her Majesty's Inspector of Taxes*, ap.35.

²¹⁴¹ Vid. STJUE de 21 de febrero de 2013, asunto C-123/11, *A Oy*, aps.36-37. Sobre la importancia de este matiz en relación con la apreciación una restricción a la libertad de establecimiento, vid. O'SHEA, T., "Finnish tax rules...", *op.cit.*, pp.1211-1212.

²¹⁴² Ciertamente, y en la medida en que sólo Suecia podía gravar los beneficios de la sociedad absorbida residente en su territorio, imponer a Finlandia la obligación de aceptar en sede de la sociedad absorbente residente en su territorio la compensación de las pérdidas procedentes de la sociedad sueca absorbida quebrantaría la "simetría entre el derecho a gravar beneficios y del derecho a deducir pérdidas" (en este

doble imputación de las pérdidas; y 3) la necesidad de evitar el riesgo de evasión fiscal, por cuanto la posibilidad de transferir las pérdidas de una filial no residente a una sociedad residente con motivo de una fusión conlleva el riesgo de que este tipo de operaciones se organicen en el seno de un grupo de sociedades con el fin de que se tomen en consideración las pérdidas en los Estados miembros cuyos tipos impositivos sean más elevados al fin de maximizar el valor fiscal de las pérdidas sea mayor²¹⁴³.

Por su parte, y en relación con la proporcionalidad de la medida doméstica en cuestión, el Tribunal señaló que debe entenderse que ésta va más allá de lo necesario para alcanzar sus objetivos cuando la filial no residente pueda probar que ha agotado todas las posibilidades de tener en cuenta las pérdidas sufridas en su Estado de residencia (cuestión que corresponde valorar al órgano jurisdiccional nacional competente), sin que a estos efectos resulte determinante por sí sólo el hecho de que con posterioridad a la operación de fusión la sociedad beneficiaria no disponga de ninguna filial o de ningún establecimiento permanente localizado en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente que le permita deducir las pérdidas sufridas por dicha sociedad con anterioridad a la operación²¹⁴⁴.

En definitiva, y sobre la base de los argumentos anteriormente expuestos, el TJUE llegó a la conclusión de que “los artículos 49 TFUE y 54 TFUE no se oponen, en las circunstancias del asunto principal, a una normativa nacional que excluye la posibilidad de que una sociedad matriz que se fusiona con una filial establecida en otro Estado miembro, y que ha cesado su actividad, deduzca de sus ingresos imponibles las pérdidas sufridas por esa filial en ejercicios anteriores a la fusión, mientras que dicha

sentido, *vid.* BOULOGNE, F., “A Proposal to...”, *op.cit.*, p.73, haciéndose eco de la expresión empleada por el TJUE en su sentencia de 7 de noviembre de 2013, asunto C-322/11, K, ap.55).

²¹⁴³ *Vid.* SSTJUE de 21 de febrero de 2013, asunto C-123/11, *A Oy*, aps.41-46; y de 13 de diciembre de 2005, asunto C-446/03, *Marks & Spencer plc v. Her Majesty's Inspector of Taxes*, aps.47-51. En relación con esta cuestión, nótese como, con anterioridad a la publicación de la sentencia del TJUE en el asunto *A Oy* podían encontrarse voces entre la doctrina que entendían que la denegación por parte de Finlandia de la deducibilidad de las pérdidas de la sociedad sueca absorbida (*B Ab*) en sede de la sociedad absorbente finlandesa (*A Oy*) constituía una restricción a la libertad de establecimiento que difícilmente podía encontrar justificación en las razones imperiosas de interés general que finalmente esgrimió el TJUE (ni en otras tales como la necesidad de preservar la eficacia de los controles fiscales, el principio de territorialidad o la coherencia del sistema fiscal), en la medida en que no existía la posibilidad de que en el futuro las pérdidas fuesen utilizadas a efectos fiscales en Suecia como Estado miembro de residencia de la sociedad absorbida que se extinguía tras la fusión (HELMINEN, M., “Must the Losses...”, *op.cit.*, pp.175-178).

²¹⁴⁴ *Vid.* SSTJUE de 21 de febrero de 2013, asunto C-123/11, *A Oy*, aps.49-54; y de 13 de diciembre de 2005, asunto C-446/03, *Marks & Spencer plc v. Her Majesty's Inspector of Taxes*, aps.55-56. En la misma línea, aunque tratándose de la deducibilidad por parte de una sociedad residente en un Estado miembro de pérdidas procedentes de un establecimiento permanente localizado en otro Estado miembro *vid.* STJUE de 12 de junio de 2018, asunto C-650/16, *A/S Bevola y Jens W. Trock ApS v. Skatteministeriet*, aps.60-62 (un buen análisis de las principales implicaciones de esta sentencia puede encontrarse en JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS, D., “Pérdidas finales, establecimientos permanentes y la rehabilitación de la "excepción Marks & Spencer". Análisis de las SSTJUE de 12 de junio de 2018, "Bevola" (asunto C-650/16), y de 4 de julio de 2018, "NN" (asunto C-28/17)”, *Nueva Fiscalidad*, nº3, 2018, pp.255-269; o en CORDEWENER, A., “Cross-border loss compensation and EU Fundamental Freedoms: the ‘final losses’ doctrine is still slive!”, *EC Tax Review*, vol.27, nº5, 2018, pp.233-236).

normativa nacional otorga tal posibilidad cuando la fusión se lleva a cabo con una filial residente. No obstante, tal normativa nacional es incompatible con el Derecho de la Unión si no ofrece a la sociedad matriz la posibilidad de demostrar que su filial no residente ha agotado las posibilidades de tener en cuenta tales pérdidas y que no existen posibilidades de que sean tenidas en cuenta en su Estado de residencia en ejercicios futuros, ya sea por ella misma o bien por un tercero²¹⁴⁵.

Más recientemente, la doctrina derivada del asunto *A Oy* ha sido perfilada a través de la sentencia del TJUE de 19 de junio de 2019 en el asunto *Memira Holding AB*, cuyo origen trae causa de la negativa de las autoridades tributarias suecas, en el marco de una consulta tributaria vinculante presentada por la sociedad *Memira Holding AB* (residente a efectos fiscales en Suecia), a permitir que dicha sociedad pudiese aprovechar fiscalmente las pérdidas existentes en sede de su filial alemana que iba a ser objeto de una fusión transfronteriza por absorción tras la cual la sociedad matriz cesaría todas sus actividades llevadas a cabo en Alemania de forma directa o indirecta²¹⁴⁶. En este sentido, cabría señalar como el propio órgano que resolvió la consulta (*Skatterättsnämnden*) reconoció que, en la medida en que la citada transferencia de pérdidas sería posible en aquellos casos en los que la sociedad transmitente hubiese tenido ingresos sujetos al Impuesto sobre Sociedades en Suecia, el planteamiento adoptado daría lugar a una restricción de la libertad de establecimiento que, no obstante, resultaría compatible con el artículo 49 del TFUE habida cuenta de que, sobre la base de lo establecido en sentencia del TJUE en el asunto *Marks & Spencer*, podía concluirse que las pérdidas en cuestión no tenían la consideración de “finales” (o “definitivas”) al no contemplar el Derecho alemán la posibilidad de que la sociedad beneficiaria pudiera aprovechar fiscalmente las pérdidas existentes en sede de la sociedad transmitente con motivo de una operación de fusión ni siquiera en supuestos de naturaleza estrictamente doméstica²¹⁴⁷.

²¹⁴⁵ Vid. STJUE de 21 de febrero de 2013, asunto C-123/11, *A Oy*, ap.56.

²¹⁴⁶ Vid. STJUE de 19 de junio de 2019, asunto C-607/17, *Memira Holding AB v. Skatteverket*, aps.9-13. A este respecto, conviene tener presente que, en caso de no llevarse a cabo la operación en cuestión, la sociedad filial podría deducir en Alemania dichas pérdidas mediante su compensación con los beneficios del ejercicio corriente o de ejercicios posteriores, sin que existiese limitación temporal alguna. Sin embargo, en el supuesto de hecho la deducción de tales pérdidas no sería posible por cuanto, incluso en el ámbito estrictamente interno, la legislación doméstica alemana excluía la posibilidad de que la sociedad absorbente pudiese aprovechar fiscalmente las pérdidas existentes en sede de la sociedad absorbida. Asimismo, cabría señalar como en la respuesta dada a la consulta vinculante planteada por la sociedad *Memira Holding AB*, la Comisión de Derecho Tributario (*Skatterättsnämnden*) indicó que, por una parte, y de acuerdo con lo establecido en la normativa fiscal sueca donde se establece el régimen aplicable a las fusiones cualificadas, la citada sociedad no podría computar a efectos fiscales las pérdidas procedentes de su filial alemana objeto de absorción por cuanto ésta no estaba sujeta al Impuesto sobre Sociedades en Suecia y, por otra parte, tampoco podría admitirse la deducción de tales pérdidas con arreglo al régimen de consolidación fiscal habida cuenta de éste no resultaba aplicable a un supuesto de fusión transfronteriza como el analizado en el caso concreto.

²¹⁴⁷ Vid. STJUE de 19 de junio de 2019, asunto C-607/17, *Memira Holding AB v. Skatteverket*, aps.14-16. A este respecto, nótese como tres de los miembros integrantes de la Comisión de Derecho Tributario (*Skatterättsnämnden*) que resolvió la consulta presentada por la sociedad *Memira Holding AB*, se mostraron partidarios de considerar las pérdidas de la filial alemana como “finales” en la medida en que no existía en el seno del grupo, ninguna sociedad alemana ni ninguna sociedad titular de un

Se trataba pues de determinar, en esencia, si en el caso concreto las pérdidas existentes en sede de la filial alemana de la sociedad sueca *Memira Holding AB* podían ser calificadas como “finales” de acuerdo con la doctrina derivada del TJUE en el asunto *Marks & Spencer*²¹⁴⁸. A este respecto, el Tribunal señaló que, al objeto de poder apreciar el carácter “final” o “definitivo” de las pérdidas existentes en sede de una filial no residente, el hecho de que la legislación fiscal doméstica de su Estado miembro de residencia no permita la transferencia de pérdidas con motivo de una operación de fusión, mientras que el Estado miembro de residencia de la sociedad matriz admite esta posibilidad únicamente en supuestos de naturaleza interna no resulta determinante, “a menos que la sociedad matriz demuestre que le es imposible materializar el valor de dichas pérdidas, en particular mediante una cesión, de modo que un tercero pueda computarlas fiscalmente en ejercicios futuros”²¹⁴⁹. Ahora bien, si tal prueba es aportada y se cumplen el resto de requisitos a los que hace mención la sentencia *Marks & Spencer* en su apartado 55, las autoridades fiscales estarán obligadas a considerar que las pérdidas de la filial no residente son definitivas, resultando irrelevante a estos efectos el hecho de que existan o no otras entidades (del grupo) en el Estado de residencia de la filial a las que se hubiesen podido transmitir las pérdidas de la filial mediante una fusión si esta posibilidad estuviese permitida en la normativa fiscal doméstica de dicho Estado²¹⁵⁰.

En relación con esta cuestión, algún autor ha apuntado que, en la medida en que la jurisprudencia del TJUE en los asuntos *K*²¹⁵¹, *Comisión Europea v. Reino Unido*²¹⁵², *Timac Agro*²¹⁵³, o *A/S Bevola*²¹⁵⁴ parece haberse inclinado por un criterio de naturaleza eminentemente fáctico a la hora de calificar unas pérdidas como “finales”, podría defenderse que el Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria sólo tendría que admitir la “importación” de las pérdidas existentes en sede de la sociedad transmitente que se extingue como resultado de la operación de reorganización empresarial en cuestión (fusión o escisión total) en aquellos supuestos en los que la

establecimiento permanente localizado en Alemania con la que pudiera fusionarse la filial, resultando irrelevante a estos efectos el hecho de que la normativa fiscal alemana excluyese la transferencia de pérdidas en un hipotético supuesto de fusión de la filial con otra empresa sujeta al Impuesto sobre Sociedades en Alemania.

²¹⁴⁸ Vid. STJUE de 13 de diciembre de 2005, asunto C-446/03, *Marks & Spencer plc v. David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, ap.55.

²¹⁴⁹ Vid. STJUE de 19 de junio de 2019, asunto C-607/17, *Memira Holding AB v. Skatteverket*, aps.25-28. En este sentido, el TJUE apunta que, salvo que la sociedad *Memira Holding AB* demostrase lo contrario, no podía excluirse *a priori* que, a través de una cesión de la filial por un precio que tenga en consideración el valor de la ventaja fiscal que representa la deducibilidad futura de las pérdidas existentes en sede de la misma, un tercero pudiera aprovechar fiscalmente dichas pérdidas en el Estado de residencia de esta última. En esta misma línea, *vid.* STJUE de 19 de junio de 2019, asunto C-608/17, *Holmen AB v. Skatteverket*, aps.37-40.

²¹⁵⁰ Vid. STJUE de 19 de junio de 2019, asunto C-607/17, *Memira Holding AB v. Skatteverket*, aps.31-33.

²¹⁵¹ Vid. STJUE de 7 de noviembre de 2013, asunto C-322/11, *K*, aps.76-77.

²¹⁵² Vid. STJUE de 3 de febrero de 2015, asunto C-172/13, *Comisión Europea v. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, ap.36.

²¹⁵³ Vid. STJUE de 17 de diciembre de 2015, asunto C-388/14, *Timac Agro Deutschland GmbH v. Finanzamt Sankt Augustin*, aps.54-55.

²¹⁵⁴ Vid. STJUE de 12 de junio de 2018, asunto C-650/16, *A/S Bevola y Jens W. Trock ApS v. Skatteministeriet*, ap.64.

sociedad beneficiaria no dispone, con posterioridad a la realización de la misma, de un establecimiento permanente localizado en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente (siempre y cuando esto determine la imposibilidad de que las pérdidas en cuestión puedan ser compensadas en el futuro en el territorio de dicho Estado²¹⁵⁵)²¹⁵⁶.

Sin embargo, en nuestra opinión, la doctrina derivada de la sentencia del TJUE en el asunto *Memira Holding AB* (que parece optar por un concepto más estricto del concepto de pérdidas “finales” que el que figura en el apartado 55 de la sentencia *Marks & Spencer*, reforzando la importancia de la carga de la prueba para el contribuyente²¹⁵⁷), podría determinar que incluso en los supuestos apuntados el Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria no estuviese obligado a permitir la deducción fiscal en sede de dicha sociedad de las pérdidas generadas en sede de la sociedad transmitente no residente²¹⁵⁸.

²¹⁵⁵ Así, este requisito no se cumpliría en el hipotético caso de que la legislación fiscal doméstica del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente contemplase la posibilidad de que, aun cuando la sociedad beneficiaria no dispusiese de un establecimiento permanente en su territorio con posterioridad a la operación de reorganización empresarial en cuestión, las pérdidas procedentes de la sociedad transmitente quedasen “congeladas” en forma de un derecho de compensación en favor de la sociedad beneficiaria a la espera de poder ser utilizadas para minorar los potenciales beneficios futuros obtenidos en su territorio, por ejemplo, a través de establecimientos permanentes de nueva implantación.

²¹⁵⁶ En este sentido, *vid.* DEN TOOM, M., VAN DEN BROEK, H., “The Freedom of Establishment and Recapture of PE Losses under the Merger Directive”, *European Taxation*, vol.58, nº2/3, 2018, p.68. A este respecto, cabría señalar como la Abogado General Kokott, en sus Conclusiones presentadas en relación con el asunto *Memira Holding AB v. Skatteverket*, ha expresado sus dudas acerca de que pueda darse el caso de pérdidas que sean compensables desde el punto de vista legal pero no *de facto*. A su juicio, el único caso en el que podría darse este supuesto sería aquel en el que, a pesar de contemplar la normativa fiscal doméstica del Estado miembro de que se trate una posibilidad ilimitada de aprovechar fiscalmente las pérdidas procedentes de ejercicios anteriores, nos encontremos ante una sociedad que arroje pérdidas de forma sistemática (incluso después de que todos sus activos hubiesen sido vendidos). Sin embargo, incluso en este tipo de casos y siempre que la legislación nacional del Estado miembro en cuestión lo permita, existiría la posibilidad de transferir las pérdidas al comprador mediante la venta de la empresa. De este modo, y en la medida en que el “valor” de las pérdidas se incorpore en el precio de compra, el vendedor estaría realizando o aprovechando tales pérdidas. De hecho, entiende la Abogado General que, incluso aunque tal aprovechamiento no llegue a producirse efectivamente, por no estar dispuesto el comprador a incorporar el valor de dichas pérdidas en el precio de compra, ello no impediría que exista una posibilidad real de aprovechamiento fáctico de las mismas (*vid.* Conclusiones de la Abogado General Kokott, presentadas el 10 de enero de 2019, asunto C-607/17, *Memira Holding AB v. Skatteverket*, aps.66-69).

²¹⁵⁷ En este sentido, *vid.* MUÑOZ, M., CALDERÓN CARRERO, J.M., “Reciente jurisprudencia del TJUE sobre compensación transfronteriza de pérdidas finales de filiales. Los casos suecos Holmen y Memira Holding”, *EY Abogados*, junio 2019, p.5. El documento resulta accesible a través del enlace <https://emeia.ey-vx.com/2004/51795/landing-pages/19-06-25-alerta-informativa-tjue-sobre-compensacion-transfronteriza-de-perdidas-finales-de-filiales-casos-suecos-holmen-y-memira-holding.pdf>.

²¹⁵⁸ En relación con esta cuestión, también pueden encontrarse autores como VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, pp.392-393, que, partiendo del principio de territorialidad impositiva y de la necesidad de evitar posibles abusos (aspecto que habría llevado a algunos Estados miembros incluso a prohibir la compensación de pérdidas en el marco de operaciones de reorganización empresarial de carácter interno), se han mostrado contrarios al traslado de pérdidas entre jurisdicciones en el marco de estas operaciones transfronterizas de reorganización empresarial aun cuando dichas pérdidas tuviesen la consideración de “finales”.

Por ello, a nuestro juicio, y aun cuando desde la óptica de la finalidad última perseguida por la Directiva 2009/133/CE podría tener sentido plantearse una ampliación del ámbito de aplicación de la regla prevista en su artículo 6 con el fin de dar cobertura explícita a la posibilidad de que en el marco de operaciones de fusión o escisión total la sociedad beneficiaria pueda deducir en su Estado miembro de residencia las pérdidas existentes en sede de la sociedad transmitente que no pueden ser aprovechadas fiscalmente en el Estado miembro de residencia de esta última²¹⁵⁹, lo cierto es que, la creciente complejidad de la jurisprudencia del TJUE en materia de compensación de pérdidas transfronterizas unida a la falta de claridad en relación con el concepto de pérdidas “finales” o “definitivas” aconsejaría que la cuestión relativa al traslado y compensación de pérdidas en el ámbito intra-europeo fuese abordada a través de una norma de Derecho positivo europeo²¹⁶⁰ (ya sea de naturaleza específica sobre esta materia²¹⁶¹ o en el marco de una Directiva sobre la base común consolidada en el

²¹⁵⁹ En este sentido, *vid.* BOULOGNE, F., *Shortcomings in the..., op.cit.*, p.220, quien se muestra partidario de que, en caso de fusión o escisión, el Estado miembro de la sociedad beneficiaria deba permitir la asunción por parte de dicha sociedad de las pérdidas “finales” existentes en sede de la sociedad transmitente, de forma tal que éstas puedan ser compensadas (a futuro, no a pasado) contra los beneficios obtenidos por la sociedad beneficiaria en su Estado miembro de residencia. Ahora bien, por lo que respecta a la determinación de su importe, éste deberá realizarse de acuerdo con las reglas establecidas en la legislación fiscal doméstica del Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria. En contra de este planteamiento, *vid.* SANZ GADEA, E., “Fusiones y operaciones...”, *op.cit.*, p.22, quien apunta que “no parece, tampoco, que esta forma de compensación [la prevista actualmente en el artículo 6 de la Directiva 2009/133/CE] deba cambiar, pues llevar la compensación más allá permitiendo que la misma se produzca incluso con beneficios de las operaciones realizadas directamente por la casa central podría dar origen a una suerte de mercado de pérdidas compensables”.

²¹⁶⁰ Ciertamente, y como bien ha señalado la Abogado General Kokott en sus Conclusiones presentadas en asunto *A Oy*, la mera extensión al plano transfronterizo de un régimen fiscal que a nivel doméstico permite la asunción y compensación de las pérdidas de la sociedad transmitente por parte de la sociedad beneficiaria en el marco de las operaciones de reorganización empresarial, daría lugar a distorsiones en la competencia en relación con aquellos Estados miembros que no contemplan esta posibilidad en sus respectivos ordenamientos internos y que, por ende, cierran la puerta a la posibilidad de que la sociedad beneficiaria residente en su territorio pueda aprovechar las pérdidas extranjera de la sociedad transmitente no compensadas a efectos fiscales para reducir sus bases imponibles (*vid.* Conclusiones de la Abogado General Kokott, presentadas el 19 de julio de 2012, asunto C-123/11, *A Oy*, aps.18 y 25). Por su parte, la Comisión Europea ya había apuntado en su momento que “la cuestión de la deducción de pérdidas transfronteriza influye en las decisiones de las empresas acerca de la oportunidad y la manera de introducirse en un nuevo mercado. La inexistencia (o limitación) de la deducción de pérdidas transfronteriza supone un obstáculo para entrar en otros mercados, lo que perpetúa la fragmentación artificial del mercado interior con arreglo a las fronteras nacionales” (*vid.* COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo. Consideración fiscal de las pérdidas en un contexto transfronterizo*, COM(2006) 824 final, de 19 de diciembre de 2006, p.3).

²¹⁶¹ A este respecto, conviene recordar como a principios de los años noventa ya se presentó la malograda Propuesta de Directiva del Consejo de 24 de enero de 1991 relativa a un régimen por el que las empresas asumen las pérdidas registradas por sus establecimientos permanente y filiales situados en otros Estados miembros, COM (90) 595 final, cuyos artículos 9 a 13 abrían la puerta a la deducibilidad en sede de la sociedad matriz de las pérdidas procedentes de sus filiales localizadas en otros Estados miembros (y calculadas con arreglo a la legislación doméstica de dichos Estados) dentro del mismo ejercicio fiscal, sujeta a una serie de requisitos entre los que destacaba la necesidad de incorporar a la base imponible de la sociedad matriz los beneficios procedentes de dichas filiales hasta el límite de las pérdidas deducidas, la obligación de reincorporar en determinados supuestos las pérdidas deducidas a la base imponible de la sociedad matriz (entre los que se encontraba la transformación de la filial en un establecimiento permanente de la sociedad matriz, tal y como sucedería, por ejemplo, tras la realización un fusión por absorción, lo que determinaba que no aportase una solución satisfactoria en el marco de las operaciones

ámbito del Impuesto sobre Sociedades) donde se establezcan, entre otras cuestiones, los supuestos en los que resulta admisible esta posibilidad, las condiciones y requisitos que deberán verificarse, o las reglas para determinar el cálculo de las pérdidas²¹⁶².

de reorganización empresarial), o la incompatibilidad de dichas reglas de compensación de pérdidas con una posible corrección valorativa (deterioro) por parte de la sociedad matriz de su participación en las filiales cuyas pérdidas son utilizadas para reducir su base imponible. Sin embargo, esta Propuesta de Directiva sería formalmente retirada en el año 2004 (DOUE nº C 5, de 9 de enero de 2004, p.20), al igual que había sucedido anteriormente con la Propuesta de Directiva del Consejo sobre la armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas al régimen fiscal de la compensación de pérdidas de las empresas, de 11 de septiembre de 1984, COM (84) 404, y su versión modificada presentada un año más tarde (COM (85) 319 final). En relación con esta cuestión, GIBERT, B., *op.cit.*, p.313, ha apuntado que la citada Propuesta planteaba algunos aspectos controvertidos que impidieron su adopción, tales como el hecho de que la mayoría de Estados miembros dispusiese de sistemas de compensación de pérdidas transfronterizas procedentes de establecimientos permanentes localizados en el extranjero pero no cuando éstas procedían de filiales no residentes, o el hecho de que la Propuesta de Directiva optase por la aplicación de las normas del Estado miembro de residencia de la filial o de aquél donde se encontrase localizado el establecimiento permanente generador de las pérdidas en cuestión, dejando al margen de dicho cálculo al Estado miembro de residencia de las sociedades cuya base imponible iba a ser reducida a través de la compensación de dichas pérdidas. Por otra parte, aunque en relación con esta cuestión, cabría señalar como la Comisión Europea, en su Comunicación relativa a la consideración fiscal de las pérdidas en un contexto transfronterizo, ya apuntó de forma orientativa que una medida destinada específicamente a hacer posible la deducción de pérdidas transfronterizas debería cumplir los siguientes requisitos: a) hacer posible una deducción efectiva, inmediata y puntual de las pérdidas; b) permitir, como mínimo, que las pérdidas se tengan en cuenta a nivel de la sociedad; matriz (compensación vertical ascendente); c) no originar normalmente un traspaso definitivo de renta de un Estado miembro a otro, salvo que las pérdidas sean irreversibles y no haya posibilidad alguna de deducción en el Estado en que se hayan registrado; d) aprovechar primero todas las posibilidades existentes en el ámbito nacional para la deducción de las pérdidas en el período corriente; y e) no dejar margen para los abusos (*vid.* COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo. Consideración fiscal de las pérdidas en un contexto transfronterizo*, COM(2006) 824 final, de 19 de diciembre de 2006, p.8).

²¹⁶² De hecho, en relación con esta última cuestión, el TJUE se ha limitado a señalar que, aun cuando en el estado actual del Derecho de la UE, la libertad de establecimiento no exige la aplicación de la legislación de un determinado Estado miembro para el cálculo de las pérdidas de la sociedad transmitente que serán asumidas por la sociedad beneficiaria en el marco de una operación transfronteriza de reorganización empresarial, las reglas de cálculo contempladas en la legislación doméstica de un Estado miembro para determinar el importe de las pérdidas existentes en sede de una sociedad transmitente no residente que, en el marco de una operación transfronteriza de reorganización empresarial, van a ser asumidas por parte de una sociedad beneficiaria residente en su territorio, no deben dar lugar a una desigualdad de trato con respecto al cálculo que, en el mismo supuesto, se habría realizado para la asunción de las pérdidas de una sociedad transmitente residente (*vid.* STJUE de 21 de febrero de 2013, asunto C-123/11, *A Oy*, aps.58-61). En este sentido, también es importante recordar como el TJUE ya ha tenido ocasión de afirmar que “la libertad de establecimiento no puede entenderse en el sentido de que un Estado miembro esté obligado a dictar normas fiscales en función de las de otro Estado miembro para garantizar, en cualquier situación, una tributación que elimine cualquier disparidad derivada de las normativas fiscales nacionales (...)” (*vid.* SSTJUE de 21 de diciembre de 2016, asunto C-593/14, *Masco Denmark ApS y Damixa ApS v. Skatteministeriet*, ap.40; o de 28 de febrero de 2008, asunto C-293/06, *Deutsche Shell GmbH v. Finanzamt für Großunternehmen in Hamburg*, ap.43). Partiendo de esta base, no parece que el Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria deba verse compelido a aceptar el importe de las pérdidas “finales” existentes en sede de la sociedad transmitente calculado de acuerdo a la normativa tributaria de su Estado miembro de residencia. Es más, desde la óptica del Derecho de la UE, parece coherente que sea la legislación fiscal doméstica del Estado miembro que debe “soportar” la deducibilidad de las pérdidas generadas en sede de una sociedad no residente la encargada de determinar su cuantía (en este sentido, *vid.* HELMINEN, M., “Must the Losses...”, *op.cit.*, p.178; o DIMITROV, M., WIMPSSINGER, C., “Losses Unchained: The ECJ’s Cross-Border ravel Requirement”, *Tax Notes International*, vol.70, nº2, 2013, p.151, quienes se muestran críticos con el hecho de que el TJUE no haya clarificado esta cuestión de forma explícita).

1.5. Una aproximación a la problemática particular que presentan las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial entre sociedades participadas

1.5.1. Participación de la sociedad beneficiaria en el capital social de la sociedad transmitente

El hecho de que, en el marco de las operaciones de reorganización empresarial, la sociedad beneficiaria se limite a intercambiar títulos representativos de su capital social por elementos de activo y pasivo procedentes de la sociedad transmitente determina que, con carácter general, no se produzcan consecuencias tributarias en sede de dicha sociedad²¹⁶³. Sin embargo, si la sociedad beneficiaria dispone de una participación en el capital social de la sociedad transmitente con carácter previo a la realización de una operación de reorganización empresarial que conlleve la extinción de esta última (p.ej. fusión o escisión total por absorción), no tendría sentido que se entregue a sí misma títulos propios en contrapartida por los elementos patrimoniales recibidos²¹⁶⁴, sino que directamente debería proceder a eliminar de su balance la participación en la sociedad transmitente que ha dejado de existir como resultado de la operación.

De este modo, en aquellos supuestos en los que el valor en libros de los títulos representativos del capital de la sociedad transmitente en manos de la sociedad beneficiaria resultase inferior al valor de mercado neto del conjunto patrimonial recibido (que vendría, de algún modo, a “sustituir” en el balance de la sociedad beneficiaria a la participación que ésta tenía en la sociedad transmitente²¹⁶⁵), nos encontraríamos ante la existencia de beneficios no distribuidos²¹⁶⁶ o plusvalías latentes susceptibles de ser gravados, con carácter general, por el Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria en el momento en que ésta procediera a anular su participación en el capital de la sociedad transmitente²¹⁶⁷, con el fin de asimilar el tratamiento fiscal de dicha operación con aquél que recibiría, en caso de liquidación de

²¹⁶³ Vid. BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, p.172.

²¹⁶⁴ Ahora bien, evidentemente, esto no excluye a la sociedad o sociedades beneficiarias de la obligación de entregar títulos representativos de su capital social a los demás socios de la sociedad transmitente.

²¹⁶⁵ En esta línea, PRIETO RICO, M., “Régimen fiscal de la escisión de sociedades”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, n°188, 1998, p.71, ha afirmado que en sede de la sociedad beneficiaria tiene lugar no sólo un “cambio cualitativo” (acciones por elementos de patrimonio), sino también un “cambio cuantitativo” que vendrá determinado por la diferencia de valor entre los títulos poseídos en el capital de la sociedad transmitente y los elementos patrimoniales recibidos en el marco de la operación de reorganización empresarial en cuestión.

²¹⁶⁶ Algunos autores como OUDENOT, P, *op.cit.*, p.365, se refieren a estos beneficios no distribuidos y reflejados en la diferencia positiva entre el valor neto del patrimonio transmitido y el valor de la participación de la sociedad beneficiaria en el capital de la sociedad transmitente como “último dividendo”.

²¹⁶⁷ Vid. LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *op.cit.*, p.89.

la sociedad transmitente/participada, la percepción por parte de la sociedad beneficiaria/participante de su cuota de liquidación.

Ciertamente, esto podría dar lugar no sólo al surgimiento de un obstáculo de naturaleza fiscal a la realización de operaciones transfronterizas de reorganización empresarial entre sociedades participadas, sino también a problemas de doble imposición derivados del gravamen de dichas plusvalías en el momento de la cancelación de las participaciones, así como en el momento en que se transmitan a un tercero los elementos patrimoniales recibidos por la sociedad beneficiaria²¹⁶⁸.

La Directiva 2009/133/CE reacciona frente a esta posibilidad al establecer una prohibición general para los Estados miembros de gravar las plusvalías obtenidas por la sociedad beneficiaria como resultado de la anulación de su participación en el capital de la sociedad transmitente²¹⁶⁹. A este respecto, cabría señalar que nos encontramos con una medida que, por una parte, y a falta de una mayor concreción por parte de la norma europea, debe entenderse dirigida tanto al Estado miembro de la sociedad transmitente (Estado de la fuente) como al Estado miembro de la sociedad beneficiaria (Estado de la residencia)²¹⁷⁰; y, por otra parte, se configura como una auténtica exención de la tributación (y no como un mero diferimiento de la misma) tendente a evitar el gravamen de las plusvalías que, no habiendo sido realizadas por la sociedad transmitente, se manifiestan en la sociedad beneficiaria que participa en su capital social en el momento de la anulación de dicha participación²¹⁷¹ como resultado de la realización de una operación de fusión o escisión total por absorción²¹⁷².

²¹⁶⁸ En este sentido, *vid.* CUESTA CABOT, G., “La corrección de la doble imposición en fusiones y escisiones: el tratamiento fiscal del fondo de comercio y otras cuestiones conexas”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº338, 2011, p.60; ROSSI-MACCANICO, P., “The 3D I Case: Useful Clarification from the Court on the Boundaries of the EU Merger Directive”, *EC Tax Review*, nº4, 2013, p.199; o IBFD, *Survey of the implementation of the EC Corporate Tax Directives*, IBFD, Amsterdam, 1995, p.26.

²¹⁶⁹ *Vid.* artículo 7.1 de la Directiva 2009/133/CE. A este respecto, nótese como el legislador europeo ha optado por eliminar del texto definitivo de la Directiva Fiscal de Fusiones la posibilidad, prevista en la Propuesta de Directiva de 1969, de que la sociedad beneficiaria de la aportación pueda intercambiar sus títulos en el capital de la sociedad transmitente por acciones propias, caso en el que tampoco podría producirse gravamen alguno sobre las potenciales plusvalías (*vid.* artículo 8.1, apartado b) de la Propuesta de Directiva 1969).

²¹⁷⁰ Así lo entiende, GORDILLO FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, I., “Applying the Merger Directive beyond its scope in third-country scenarios: an alternative approach to *A Oy* (case c-48/11)- Part 1”, *op.cit.*, p.14.

²¹⁷¹ En este sentido, *vid.* CALDERÓN CARRERO, J.M., “La regulación española...”, *op.cit.*, p.17; y CUESTA CABOT, G., *op.cit.*, p.61. Mayores dudas se plantean en torno a si la regla prevista en el artículo 7.1 de la Directiva también vendría a impedir a los Estados miembros “reintegrar” las pérdidas por deterioro de valor de las participaciones en el capital de la sociedad transmitente no residente reconocidas (y deducidas), en su caso, en sede de la sociedad beneficiaria con carácter previo a la operación. A juicio de VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.250, y dada la finalidad del citado precepto, esta cuestión debería resolverse en sentido afirmativo.

²¹⁷² No obstante, lo cierto es que la regla prevista en el artículo 7.1 de la Directiva 2009/133/CE también podría resultar de utilidad en el ámbito de aquellas operaciones de escisión parcial transfronteriza llevadas a cabo por la sociedad filial en favor de la sociedad matriz que determinasen una reducción de capital en la sociedad transmitente con devolución de aportaciones a los socios ya que, en este tipo de supuestos, los

Asimismo, cabría señalar que, a los efectos de aplicación del artículo 7.1 de la Directiva 2009/133/CE, cuyo tenor literal comienza estableciendo que “cuando la sociedad beneficiaria posea una participación en el capital de la sociedad transmitente (...)”, lo verdaderamente relevante será que la sociedad beneficiaria ostente la propiedad de los títulos de la sociedad transmitente y no un mero derecho de usufructo sobre los mismos, tal y como ya ha tenido ocasión de aclarar el TJUE en el ámbito de la Directiva 2011/96/UE, cuyo artículo 3.1 emplea una fórmula similar a la prevista en el artículo 7.1 de la Directiva Fiscal de Fusiones²¹⁷³.

Por otra parte, es importante apuntar que, aun cuando el artículo 7 de la Directiva 2009/133/CE no especifica si la participación en el capital de la sociedad transmitente debe ser directa o, por el contrario, puede ser de naturaleza indirecta, debemos entender que a los efectos de la aplicación de la regla contenida en dicho precepto tan sólo resulta admisible una participación directa por parte de la sociedad beneficiaria en el capital de la sociedad transmitente habida cuenta de que: a) en primer lugar, cuando la Directiva pretende admitir ambas posibilidades lo hace expresamente²¹⁷⁴; y b) en segundo lugar, esta es la interpretación que resulta coherente con lo establecido en el artículo 8 de la Directiva. En este sentido, se ha señalado que, en el marco de operaciones de fusión o escisión por absorción de una sociedad participada, el único patrimonio de la sociedad transmitente que la sociedad beneficiaria se puede adjudicar de forma “directa” es el que corresponde a su participación en la misma, mientras que la incorporación del patrimonio restante conllevaría la entrega en contrapartida de títulos representativos de su capital social al resto de socios de la sociedad transmitente, los cuales podrían beneficiarse de la regla de diferimiento prevista en el artículo 8 de la Directiva en relación con las posibles plusvalías puestas de manifiesto como resultado de la operación. De este modo, si la participación de la sociedad beneficiaria en la sociedad transmitente se ostentase de forma indirecta, la absorción de ésta última por parte de la primera daría lugar al surgimiento de una posible plusvalía en sede de la sociedad intermediaria y no en sede de la propia sociedad beneficiaria²¹⁷⁵.

Estados miembros tenderán a integrar en la base imponible de la sociedad matriz/beneficiaria el exceso del valor de mercado de los elementos patrimoniales recibidos sobre el valor fiscal de la participación.

²¹⁷³ Vid. STJUE de 22 de diciembre de 2008, asunto C 48/07, *Les Vergers du Vieux Tauves SA v. Bélgica*, ap.48 donde se afirma que “el concepto de participación en el capital de una sociedad de otro Estado miembro, en el sentido del artículo 3 de la Directiva 90/435, no engloba la posesión de participaciones en usufructo”. Una crítica a esta sentencia, basada en el hecho de que el TJUE parece que pretende aportar una definición del término usufructo que no se encuentra previsto en la Directiva Matriz-Filial y que difiere en las diferentes legislaciones de los Estados miembros, en lugar de establecer los criterios para interpretar la expresión “participación en el capital”, proporcionando a los Estados miembros unos principios interpretativos para determinar si en función de las características propias del usufructo en cuestión el usufructuario de los títulos obtiene la condición de socio, puede encontrarse en MAISTO, G., “Current issues on...”, *op.cit.*, pp.11-12.

²¹⁷⁴ Vid. artículo 11, apartados 1 y 4 de la Directiva 2009/133/CE.

²¹⁷⁵ Pensemos, por ejemplo, en una sociedad francesa A que participa en un 20% en una sociedad alemana B y en un 20% en una sociedad holandesa C, la cual a su vez tiene una participación del 40% en la sociedad alemana B (lo que otorga a la sociedad francesa una participación indirecta sobre dicha sociedad). Supongamos que el valor contable de la participación de la sociedad francesa A en la sociedad

Ciertamente, la cuestión relativa a la naturaleza de la participación a los efectos de aplicación de la regla prevista en el artículo 7.1 de la Directiva 2009/133/CE podría resultar especialmente relevante en relación con los Estados miembros que hubiesen hecho uso de la posibilidad prevista en el artículo 7.2 de dicha norma, ya que podrían darse supuestos en los que la participación directa que ostenta la sociedad beneficiaria en el capital de la sociedad transmitente por sí sola es inferior al umbral establecido por la legislación fiscal doméstica del Estado miembro en cuestión, pero lo superaría si se tuviese en cuenta la participación que la sociedad beneficiaria ostenta en la sociedad transmitente a través de otra sociedad (participación indirecta). A este respecto, y partiendo de la base de que, como hemos dicho, a los efectos de la aplicación de la regla prevista en el artículo 7.1 de la Directiva, lo relevante será el porcentaje de títulos representativos del capital de la sociedad transmitente que posee la sociedad beneficiaria, cabría señalar como algún autor ha llegado a admitir que podría tener sentido considerar la influencia de la participación indirecta en el capital de la sociedad transmitente en aquellos supuestos en los que, de forma simultánea a la operación de absorción de la sociedad transmitente por parte de la sociedad beneficiaria, se extinguiesen las sociedades intermediarias²¹⁷⁶.

En cualquier caso, es importante tener presente que la propia Directiva 2009/133/CE contempla la posibilidad de que los Estados miembros puedan establecer excepciones a la regla anteriormente descrita cuando la participación de la sociedad beneficiaria en el capital de la sociedad transmitente sea inferior al 10%²¹⁷⁷. Así, y a título de ejemplo, cabría señalar como, en el caso de España, el umbral de participación que determina la no integración en la base imponible de la sociedad beneficiaria de las posibles plusvalías derivadas de la anulación de su participación en la sociedad transmitente se ha fijado en el 5%, de forma tal que si dicha participación resultase inferior las rentas puestas de manifiesto en sede de la sociedad beneficiaria como resultado de la anulación de su participación en el capital de la sociedad transmitente serían sometidas a gravamen²¹⁷⁸. Ahora bien, el uso de la facultad prevista en el artículo 7.2 de la Directiva quedará limitado por el respeto a la libre circulación de capitales prevista en el artículo 63 del TFUE, de forma tal que los Estados miembros no podrán otorgar un tratamiento fiscal menos favorable a la plusvalía obtenida por la sociedad

alemana B es de 100.000 euros. Si la sociedad francesa A absorbe a la sociedad alemana B, siendo el valor de mercado de los elementos patrimoniales recibidos proporcionalmente atribuible a la participación de 150.000 euros, la anulación de las participaciones que la sociedad francesa A tenía en la sociedad alemana B pondría de manifiesto una renta susceptible de ser gravada, en ausencia de la regla prevista en el artículo 7.1 de la Directiva, de 50.000 euros. Por otra parte, si el valor en libros de la participación de la sociedad holandesa C en la sociedad alemana B era de 200.000 euros y su valor de mercado en el momento de realización de la operación ascendía a 300.000 euros, la plusvalía que se pondría de manifiesto con motivo del intercambio de sus títulos en la sociedad alemana B (que se extingue como resultado de la operación) por títulos de la sociedad francesa A tampoco se integraría en su base imponible en virtud de lo establecido en el artículo 8 de la Directiva. En este sentido, *vid.* GÓMEZ JIMÉNEZ, I., “La anulación de las participaciones recíprocas entre sociedades fusionadas o escindidas”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº232, 2002, p.185.

²¹⁷⁶ *Ibid.*, p.187.

²¹⁷⁷ *Vid.* artículo 7.2 de la Directiva 2009/133/CE.

²¹⁷⁸ *Vid.* artículo 82 de la LIS.

beneficiaria con motivo de la anulación de su participación en la sociedad transmitente por el mero hecho de que esta última no resida en el mismo Estado que la sociedad beneficiaria²¹⁷⁹.

En relación con esta cuestión, conviene recordar como la Directiva 90/434/CEE fijaba originariamente dicho límite en un 25%, estableciéndose a través de la Directiva 2005/19/CE una reducción progresiva del mismo que lo situaba en el 20% desde su entrada en vigor, en el 15% a partir del 1 de enero de 2007, y en el 10% a partir del 1 de enero de 2009. Ciertamente, la fijación de estos umbrales de participación y su progresiva reducción en el ámbito de la Directiva Fiscal de Fusiones se encuentra estrechamente ligada con la participación mínima exigida por la Directiva 90/435/CEE (actual Directiva 2011/96/UE) para otorgar a una sociedad la condición de “sociedad matriz”²¹⁸⁰ y, por ende, para que los repartos transfronterizos de dividendos entre las sociedades filiales y sus matrices puedan beneficiarse del régimen previsto en dicha norma de Derecho de la UE²¹⁸¹.

De este modo, las sociedades de los diferentes Estados miembros que tengan filiales localizadas en otros Estados miembros de la UE podrán, por una parte, disfrutar a lo largo de la vida de la sociedad filial de una exención de la retención en origen para los beneficios distribuidos por ésta²¹⁸², así como de la ausencia de gravamen de dichos dividendos por parte de su Estado miembro de residencia (o bien, en caso de someterlos a imposición, de la concesión de un crédito fiscal por el importe abonado)²¹⁸³ y, por otra parte, no tener que tributar en el momento de su “muerte” (como resultado de una operación de fusión o escisión total en la que la propia sociedad matriz tiene la condición de beneficiaria) por las posibles plusvalías derivadas de la anulación de sus participaciones en la misma²¹⁸⁴.

²¹⁷⁹ En este sentido, *vid.* VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.400.

²¹⁸⁰ *Vid.* artículo 3.1 de la Directiva 2011/96/UE. A este respecto, nótese como la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros, COM (2011) 714 final, de 11 de noviembre de 2011, contempla la reducción del umbral de participación exigido (del 25% al 10%) para que una entidad tenga la consideración de asociada con el fin de equipararlo al porcentaje de participación exigido por la Directiva Matriz-Filial para que una sociedad tenga la consideración de sociedad matriz.

²¹⁸¹ De hecho, en un primer momento, la 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 realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, COM (93) 293 final, de 26 de julio de 1993, había propuesto una modificación del artículo 7.2 de la Directiva Fiscal de Fusiones en el sentido de que el límite de participación a partir del cual operaba la regla prevista en el artículo 7.1 debía ser aquel que otorgaba a la sociedad beneficiaria la calificación de matriz según las disposiciones nacionales de implementación del artículo 3.1, apartado a) de la Directiva Matriz-Filial. De este modo, los Estados miembros tan sólo podrían proceder al gravamen de las plusvalías derivadas de la anulación de participaciones de la sociedad transmitente que obraban en manos de la sociedad beneficiaria cuando ésta no tuviese la consideración de matriz de acuerdo con la legislación fiscal de su Estado miembro de residencia.

²¹⁸² *Vid.* artículo 5 de la Directiva 2011/96/UE.

²¹⁸³ *Vid.* artículo 4.1 de la Directiva 2011/96/UE.

²¹⁸⁴ Así pues, una sociedad matriz neerlandesa que ostentase el 10% (o más) de los títulos representativos del capital de su filial alemana, por una parte, se “beneficiaría” de una exención de la retención en origen a los beneficios distribuidos por su filial alemana y, por otra parte, si posteriormente decidiese proceder a

Asimismo, no debemos olvidar que la absorción de una filial por parte de su matriz puede configurarse como una fórmula alternativa al reparto transfronterizo de dividendos para percibir los beneficios generados en sede de la sociedad filial. Por ello, y en la medida en que la Directiva 2011/96/UE exige a los Estados miembros que, o bien se abstengan de gravar los beneficios distribuidos por la sociedad filial a su matriz localizada en otro Estado miembro, o bien procedan a su gravamen pero concedan a la sociedad matriz el correspondiente crédito fiscal²¹⁸⁵, parece lógico que, en aquellos supuestos en los que la sociedad matriz absorbe a su filial, también se establezca una suerte de prohibición general por lo que respecta al gravamen de las posibles plusvalías derivadas de la anulación de los títulos representativos del capital de la sociedad filial en manos de la sociedad matriz, habida cuenta de que dichas plusvalías no vienen sino a representar los beneficios que la filial habría podido distribuir vía dividendos a la sociedad matriz en caso de no llevarse a cabo la operación de fusión (o escisión total) en cuestión. De igual modo, el hecho de que la Directiva Matriz-Filial faculte a los Estados miembros para gravar la percepción por parte de sociedades residentes en sus respectivos territorios de beneficios distribuidos por sociedades en las que ostentan una participación inferior al 10%, determina que carezca de sentido impedir que, en el marco de una operación de fusión o escisión por absorción, dichos Estados miembros pudiesen someter a imposición las posibles plusvalías puestas de manifiesto en sede de la sociedad beneficiaria como resultado de la anulación de sus participaciones en el capital de la sociedad transmitente, por cuanto dichas plusvalías representan beneficios cuya distribución transfronteriza no habría estado exenta de tributación²¹⁸⁶.

En otras palabras, podría decirse que la regla prevista en el artículo 7 de la Directiva 2009/133/CE se orienta a garantizar la neutralidad desde el punto de vista tributario entre, por una parte, la distribución de los beneficios de la sociedad filial a su sociedad matriz a través de un reparto de dividendos y, por otra parte, la asunción de los beneficios o plusvalías existentes en sede de la sociedad filial a través de su absorción por parte de la sociedad matriz. No obstante, a este respecto se ha apuntado que si el Estado miembro de la sociedad matriz/beneficiaria aplicase el método del crédito fiscal para evitar la doble imposición de dividendos, el artículo 7 de la Directiva Fiscal de Fusiones podría incluso “favorecer” la realización de operaciones de fusión por absorción de la sociedad filial por parte de la sociedad matriz frente al reparto de dividendos²¹⁸⁷.

Por lo que respecta a la reducción progresiva del umbral mínimo de participación previsto en el artículo 7.2 de la Directiva 2009/133/CE como referencia para que los Estados miembros puedan establecer excepciones a la regla prevista en el

la absorción de dicha filial a través de una operación cubierta por la Directiva 2009/133/CE, no podría soportar gravamen alguno en relación con las plusvalías derivadas de la anulación de su participación en el capital de la filial.

²¹⁸⁵ Vid. artículo 4 de la Directiva 2011/96/UE.

²¹⁸⁶ En este sentido, *vid.* TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., *European Tax Law, op.cit.*, p.682; o ÁLVAREZ-BUYLLA ORTEGA, A., *op.cit.*, pp.11-12.

²¹⁸⁷ Así lo entiende, BOULOGNE, F., *Shortcomings in the..., op.cit.*, p.173.

artículo 7.1, ya hemos apuntado que su introducción por parte de la Directiva 2005/19/CE respondía a la reforma que en el mismo sentido había experimentado el artículo 3.1 de la Directiva Matriz-Filial a través de reforma operada por la Directiva 2003/123/CE, de 22 de diciembre de 2003²¹⁸⁸. Ciertamente, el límite del 25% previsto originariamente en la Directiva 90/435/CEE para la aplicación del régimen Matriz-Filial resultaba muy restrictivo en comparación con los establecidos por los Estados miembros tanto en sus CDIs como en sus respectivas legislaciones fiscales domésticas internas (p.ej., Francia fijaba en sus CDIs, con carácter general, un umbral de participación del 10%, que llegaba incluso al 5% a nivel interno²¹⁸⁹), lo que dificultaba la eliminación de los obstáculos fiscales existentes al reparto de dividendos en el seno de la UE y, por ende, a los procesos de cooperación empresarial de naturaleza transfronteriza²¹⁹⁰.

Sin embargo, cabría señalar que, a pesar de la necesaria coordinación que debe existir entre la Directiva Fiscal de Fusiones y la Directiva Matriz-Filial en este punto, lo cierto es que la Directiva 2011/96/UE contempla en su artículo 3.2 una serie de facultades para los Estados miembros que no resultan de aplicación en el ámbito del artículo 7 de la Directiva 2009/133/CE, a saber: 1) la posibilidad de que, mediante acuerdos bilaterales, los Estados miembros puedan sustituir el criterio de participación en el capital por el de posesión de derechos de voto²¹⁹¹; y 2) la posibilidad de no aplicar las disposiciones de la Directiva a aquellas sociedades “que no conserven, durante un período ininterrumpido de por lo menos dos años, una participación que dé derecho a la calidad de sociedad matriz, ni a las sociedades en las cuales una sociedad de otro Estado miembro no conserve, durante un período ininterrumpido de por lo menos dos años, una participación semejante”²¹⁹².

Ciertamente, y aun cuando la primera de las facultades podría trasladarse sin grandes dificultades al ámbito del artículo 7 de la Directiva 2009/133/CE (eso sí, con la consiguiente reducción de los niveles de seguridad jurídica derivada de la heterogeneidad existente entre las legislaciones fiscales de los Estados miembros), no podría realizarse la misma afirmación en relación con la segunda de las posibilidades apuntadas que, en todo caso, debería adaptarse al hecho de que la sociedad filial se extingue como resultado de su absorción por parte de la sociedad matriz, de forma tal que el Estado miembro de la sociedad matriz/beneficiaria podría no aplicar la regla prevista en el artículo 7.1 de la Directiva en aquellos supuestos en los que su participación en el capital de la sociedad filial/beneficiaria no hubiese sido igual o superior al 10% en los dos años previos a la realización de la operación. Ciertamente, en nuestra opinión, esta cláusula de escape de naturaleza anti-abuso propia de la Directiva 2011/96/UE no sólo resultaría innecesaria a la luz de lo establecido en el artículo 15 de

²¹⁸⁸ DOUE nº L 7, de 13 de enero de 2004, p.42.

²¹⁸⁹ En este sentido, *vid.* GIBERT, B., *op.cit.*, p.312.

²¹⁹⁰ *Vid.* COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee. Towards and Internal Market without tax obstacles. A strategy for providing companies with a consolidated corporate tax base for their EU-wide activities*, COM (2001) 582 final, Brussels, 23 October 2001, p.37.

²¹⁹¹ *Vid.* artículo 3.2, apartado a) de la Directiva 2011/96/UE.

²¹⁹² *Vid.* artículo 3.2, apartado b) de la Directiva 2011/96/UE.

la Directiva 2009/133/CE, sino que presentaría problemas de compatibilidad con la interpretación que de este precepto ha realizado el TJUE, la cual pivota sobre un análisis de todas las circunstancias que concurren en el caso concreto para determinar si una operación transfronteriza de reorganización empresarial tiene como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal, excluyendo el establecimiento de requisitos o condiciones de carácter general que determinen la no aplicación del régimen de neutralidad fiscal²¹⁹³.

Por último, cabría apuntar que la Directiva 2009/133/CE no realiza mención alguna a la posibilidad de que, en el marco de una operación transfronteriza de reorganización empresarial cubierta por su ámbito de aplicación, la anulación de las participaciones que ostenta la sociedad beneficiaria en el capital de la sociedad transmitente dé lugar a una minusvalía, lo cual sucederá cuando el valor de mercado neto de los elementos patrimoniales recibidos sea inferior al valor en libros de dicha participación. A este respecto, podría pensarse *a priori* que la propia finalidad de la Directiva no parece requerir una mención expresa a este supuesto, por cuanto la ausencia de plusvalías a integrar en la base imponible de la sociedad beneficiaria determinaría la inexistencia de gravamen y, por ende, la no generación de un coste fiscal que dificultase la realización de estas operaciones. Sin embargo, en nuestra opinión, la presencia en el texto de la Directiva de medidas como la prevista en su artículo 6 pone de manifiesto que la omisión a la que hemos hecho referencia no puede justificarse simplemente sobre la base de la ausencia de un coste fiscal “directo” en este tipo de supuestos (gravamen de posibles plusvalías), más aún si tenemos en cuenta la amplitud de uno de los principales objetivos perseguidos por la norma comunitaria, a saber, la eliminación de las restricciones, desventajas o distorsiones derivadas de las disposiciones fiscales de los Estados miembros que obstaculizan a las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial²¹⁹⁴.

Asimismo, no podemos perder de vista que la Propuesta de Directiva de 1969 sí que hacía referencia explícita a esta cuestión, estableciendo que la minusvalía derivada de la anulación de la participación que la sociedad beneficiaria ostentaba en la sociedad transmitente (o del intercambio de títulos de la misma por acciones propias) debería “ser deducible del beneficio imponible de dicha sociedad a condición de que la misma fuese calculada por referencia al valor real de los bienes recibidos”²¹⁹⁵.

A nuestro juicio, y aun reconociendo lo ambicioso de la medida contemplada en la Propuesta de Directiva de 1969, parece que imponer al Estado miembro de residencia

²¹⁹³ No obstante, desde la óptica interna, y con el fin de evitar comportamiento abusivos, algún autor se había mostrado partidario en su momento de complementar la exigencia de un determinado umbral de participación para no gravar en sede de la sociedad beneficiaria las posibles rentas derivadas de la anulación de la participación en el capital de la sociedad transmitente (en el caso de España, del 5%) como resultado de la absorción de esta última, con la introducción de un periodo mínimo de tenencia de los títulos representativos del capital de la sociedad transmitente por parte de la sociedad beneficiaria (en este sentido, *vid.* DOMÍNGUEZ PÉREZ, J.L., *op.cit.*, p.165).

²¹⁹⁴ *Vid.* Considerando nº 2 de la Directiva 2009/133/CE.

²¹⁹⁵ *Vid.* artículo 8.2 de la Propuesta de Directiva de Fusiones de 1969.

de la sociedad beneficiaria/matriz la obligación de abstenerse de gravar las posibles rentas positivas derivadas de la anulación de la participación de dicha sociedad en la sociedad transmitente residente en otro Estado miembro, a la vez que se le obliga a admitir la reducción de la base imponible de la sociedad beneficiaria residente en su territorio por el importe de las posibles minusvalías puestas de manifiesto con motivo de la anulación de su participación el capital de la sociedad transmitente no resultaría coherente con una aplicación simétrica del régimen de neutralidad fiscal que en este ámbito pivota sobre una auténtica exención impositiva y no sobre un mero diferimiento de la tributación. A este respecto, también se ha apuntado que la admisión de esta posibilidad por parte de la Directiva 2009/133/CE podría plantear problemas de encaje con la Directiva Matriz-Filial al no haber adoptado ésta el sistema de “beneficio consolidado” contemplado en el artículo 7 de la Propuesta de 1969, y que abría la puerta a que la sociedad matriz pudiese tener en cuenta a la hora de calcular sus beneficios las pérdidas procedentes de sus filiales (participadas en más de un 50%) localizadas en otros Estados miembros²¹⁹⁶.

En cualquier caso, no puede perderse vista que la declaración nº 6 de las Actas del Consejo, relativa al artículo 7 de la Directiva, establece explícitamente que “el Consejo y la Comisión declaran que los Estados miembros podrán decidir que las pérdidas incurridas por la sociedad beneficiaria de la aportación en el momento de la cancelación de su participación en el capital de la sociedad transmitente no sean tenidas en cuenta con fines fiscales”. De este modo, nos encontramos ante una cuestión que la norma comunitaria deja en manos de los propios Estados miembros, pudiendo encontrarse países como España que optan por excluir, en el marco de la aplicación del régimen de neutralidad fiscal, la integración en la base imponible de la sociedad beneficiaria de las posibles rentas negativas derivadas de la anulación de su participación en el capital de la sociedad transmitente²¹⁹⁷, u otros como Francia, que se muestran favorables a la deducibilidad del denominado “*vrai mali de fusion*” con arreglo al cumplimiento de una serie de requisitos y condiciones que varían en función de si la antigüedad de los títulos de la sociedad transmitente en el patrimonio de la sociedad beneficiaria es inferior o superior a dos años, y pudiendo las autoridades fiscales francesas denegar la deducibilidad de aquella parte del “*vrai mali de fusion*” que provenga de un acto anormal de gestión llevado a cabo por la sociedad beneficiaria consistente en adquirir los títulos de la sociedad transmitente por un precio notablemente superior a su valor intrínseco²¹⁹⁸.

Ahora bien, en aquellos Estados miembros cuyas legislaciones fiscales domésticas hayan optado por admitir esta posibilidad, podría plantearse su extensión al ámbito de las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial a través de la

²¹⁹⁶ En este sentido, *vid.* VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.250.

²¹⁹⁷ *Vid.* artículo 82.1 de la LIS.

²¹⁹⁸ *Vid.* artículos 39, 210 A.1, párrafo cuarto y DIRECTION GÉNÉRALE DES FINANCES PUBLIQUES (DGFIP), *IS - Fusions et opérations assimilées - Règles fiscales du boni et du mali de fusion*, 12.09.2012. Sobre esta cuestión, y la diferencia existente en la legislación doméstica francesa entre el “*vrai mail de fusion*” y el “*faux mali de fusion*” *vid.* OUDENOT, P, *op.cit.*, pp.367-372.

invocación de las Libertades Fundamentales previstas en el TFUE, en particular, la libertad de establecimiento o, en su caso, la libre circulación de capitales, puestas en conexión con el principio de no discriminación.

1.5.2. Participación de la sociedad transmitente en el capital social de la sociedad beneficiaria

El artículo 7 de la Directiva 2009/133/CE tampoco contiene una regla específica relativa al tratamiento fiscal de las posibles plusvalías puestas de manifiesto en sede de la sociedad beneficiaria en aquellos supuestos en los que es la propia sociedad transmitente la que dispone de una participación en el capital de dicha sociedad (p.ej. las denominadas fusiones inversas o *down-stream mergers*). Este tipo de operaciones de reorganización empresarial presentan la particularidad de que la sociedad beneficiaria recibe, dentro del conjunto de elementos patrimoniales transferidos por la sociedad transmitente y como un activo más que deberá ser tenido en cuenta para calcular el valor de la contraprestación que deberá ser entregada a los socios de la sociedad transmitente, los títulos que ésta ostentaba en su capital social.

De este modo, la sociedad beneficiaria en el marco de una operación de fusión o escisión podrá utilizar dichos títulos para entregárselos en contrapartida a los socios de la sociedad transmitente y, de no resultar suficientes, ampliar capital por la diferencia; o bien llevar a cabo una ampliación de capital sin tener en cuenta los títulos propios que va a recibir de la sociedad transmitente para, posteriormente, amortizarlos a través de la correspondiente reducción de capital²¹⁹⁹ o incluso mantenerlos en autocartera, siempre que la legislación societaria doméstica del Estado miembro en cuestión así lo permita. A nuestro juicio, no existe inconveniente alguno en la aplicación del régimen de neutralidad fiscal previsto en la Directiva 2009/133/CE a este tipo de operaciones, en la medida en que su artículo 2 no se refiere al cuál debe ser el origen de los títulos que la sociedad beneficiaria debe entregar en contrapartida de los activos y pasivos recibidos.

Ciertamente, y como cualquier otro elemento patrimonial presente en el balance de la sociedad transmitente, la transmisión de los títulos representativos del capital de la sociedad beneficiaria en el marco de una operación transfronteriza de reorganización empresarial puede dar lugar a la puesta de manifiesto de las plusvalías latentes existentes en relación con los mismos, cuyo gravamen *a priori* debería ser diferido por el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente en aplicación de lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Directiva hasta que la sociedad beneficiaria proceda a su transmisión a un tercero. Sin embargo, el hecho de que dichos títulos no puedan quedar efectivamente vinculados al establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria en el Estado miembro de la sociedad transmitente determinará el

²¹⁹⁹ En este sentido, *vid.* GÓMEZ JIMÉNEZ, I., *op.cit.*, p.177.

incumplimiento del requisito previsto en el artículo 4.2, apartado b) de la Directiva lo que se traducirá en la imposibilidad de aplicar la regla de diferimiento.

Sin embargo, la Directiva 2009/133/CE guarda silencio acerca del tratamiento fiscal de la plusvalía que podría surgir en sede de la sociedad beneficiaria en aquellos supuestos en los que, debido a la existencia de una prohibición relativa a la tenencia de autocartera en la legislación societaria del Estado miembro en cuestión, ésta tuviera que proceder a la amortización de los títulos propios recibidos. En este sentido, se observa una diferencia con la Propuesta de Directiva de 1969, cuyo artículo 8.1, apartado a), establecía de forma expresa la no integración en la base imponible de la sociedad beneficiaria de las posibles plusvalías puestas de manifiesto como resultado de la anulación de los títulos propios que integraban el patrimonio de la sociedad transmitente y que le eran transmitidos en el marco de la operación de reorganización empresarial en cuestión, a la vez que también parecía excluir de forma implícita la deducibilidad de posibles minusvalías²²⁰⁰. No obstante, y ante las objeciones planteadas por Alemania, cuya legislación fiscal doméstica no contemplaba la exención de las plusvalías puestas de manifiesto en sede de la sociedad beneficiaria en el marco de operaciones de fusión inversa (*downstream mergers*), en 1977 se procedió a modificar el artículo 8 de la Propuesta de Directiva de 1969 para excluir de su ámbito de aplicación a las fusiones inversas²²⁰¹.

Por tanto, nos encontramos ante una cuestión que queda en manos de los Estados miembros, de forma tal que si éstos optan por incorporar en sus respectivas legislaciones domésticas una disposición similar a la prevista originariamente en la Propuesta de Directiva de 1969, tal y como sucede, por ejemplo, en Francia²²⁰², se produciría una exención definitiva (y no un mero diferimiento) en sede de la sociedad beneficiaria del gravamen de las plusvalías latentes vinculadas a los títulos propios de la sociedad beneficiaria recibidos de la sociedad transmitente en el marco de una fusión o escisión cubierta por el régimen de neutralidad fiscal. Por el contrario, otros Estados miembros como España, dejan la puerta abierta al gravamen de las posibles plusvalías puestas de manifiesto en sede de la sociedad beneficiaria como resultado de la amortización de los títulos propios recibidos en el marco de una operación de reorganización empresarial, al limitarse a establecer la no integración en la base imponible de la sociedad transmitente de las rentas positivas o negativas puestas de manifiesto con ocasión de la transmisión de la participación que la sociedad

²²⁰⁰ Cfr. artículo 8.2 de la Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones de 1969.

²²⁰¹ Vid. Documento del Consejo nº 463/77, de 8 de junio de 1977, p.8. Sobre esta cuestión, vid. VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, op.cit., pp.347-248.

²²⁰² Vid. artículo 210 A, apartado 1, párrafo segundo del CGI. A este respecto, nótese como la legislación societaria francesa no permite que una sociedad tenga en su balance títulos propios por encima del 10% de su capital social. De este modo, si una filial absorbe a su sociedad matriz (recibiendo títulos propios en la operación) deberá transmitir o amortizar los títulos representativos de su propio capital social en la medida en que se supere dicho límite a través de la correspondiente reducción de capital y reservas. Sobre esta cuestión, vid. OUDENOT, P, op.cit., pp.372-374.

transmitente ostenta en el capital de la sociedad beneficiaria cuando ésta sea representante, al menos, un 5 por ciento de su capital o de sus fondos propios²²⁰³.

En nuestra opinión, el hecho de que el artículo 7 de la Directiva 2009/133/CE no se pronuncie acerca del tratamiento fiscal que los Estados miembros deberán otorgar a las posibles plusvalías surgidas en sede de la sociedad beneficiaria con motivo de la amortización de los títulos propios recibidos de la sociedad transmitente, no sólo impacta negativamente sobre el principio de seguridad jurídica, sino que se traduce en el surgimiento de un obstáculo fiscal a la realización de fusiones y escisiones transfronterizas en las que la sociedad transmitente ostente una participación en el capital de la sociedad beneficiaria que no existe cuando es la sociedad beneficiaria la que participa en el capital de la sociedad transmitente. Todo ello, sin perjuicio, claro está, de que el tratamiento fiscal otorgado por los Estados miembros a las posibles plusvalías puestas de manifiesto en sede de la sociedad beneficiaria con motivo de la amortización de los títulos propios recibidos de la sociedad transmitente en el marco de la operación de reorganización empresarial en cuestión deba ser respetuoso con los límites derivados de la doctrina del TJUE en el ámbito de la libre circulación de capitales o, tratándose de “participaciones sustanciales”, en materia de libertad de establecimiento²²⁰⁴.

2. Tratamiento fiscal de la renta de los socios de la sociedad transmitente o dominada en las operaciones de fusión, escisión, escisión parcial y canje de valores

2.1. El diferimiento del gravamen de las plusvalías latentes puestas de manifiesto como resultado de la operación

Con anterioridad a la aprobación de la Directiva 90/434/CEE, las reorganizaciones empresariales de naturaleza transfronteriza daban lugar, con carácter general, no sólo al surgimiento de un importante coste fiscal en sede de la sociedad transmitente (en caso de fusión o escisión) o dominada (tratándose de un canje de valores), sino también en sede de sus socios (salvo que éstos pudieran beneficiarse de un régimen de *participation exemption*)²²⁰⁵, introduciendo un obstáculo adicional a la realización de estas operaciones en la medida en que, aun cuando éstas resultasen viables (y deseables) desde una perspectiva económica, comercial y financiera, el gravamen inmediato de las plusvalías puestas de manifiesto como resultado del

²²⁰³ Vid. artículo 82.1, segundo inciso, de la LIS.

²²⁰⁴ En esta misma línea, vid. VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, op.cit., pp. 252 y 401.

²²⁰⁵ En este sentido, vid. AURELIO, M., op.cit., p.336. Ahora bien, el hecho de que este tipo de regímenes suela exigir unos porcentajes mínimos de participación, entre otros requisitos, para eximir de gravamen las plusvalías derivadas de la transmisión de los títulos, no viene sino a limitar su efectividad (vid. IBFD, *Survey of the implementation of the EC Corporate Tax Directives*, IBFD, Amsterdam, 1995, p.70).

intercambio de los títulos representativos del capital de la sociedad transmitente/dominada por títulos representativos del capital de la sociedad beneficiaria/dominante²²⁰⁶ podía desincentivar la adopción de los acuerdos sociales necesarios para llevarlas a cabo.

A este respecto, no conviene perder de vista que uno de los caracteres definidores de las operaciones de reorganización empresarial que aparece recogido en las legislaciones fiscales domésticas de la mayoría de Estados miembros pivota sobre el carácter esencialmente no monetario de la contraprestación percibida por los socios de la sociedad transmitente o dominada (más allá de una posible compensación adicional en efectivo destinada a evitar la existencia de fracciones de acciones), de forma tal que éstos podrían no disponer de la liquidez necesaria para hacer frente al pago del impuesto correspondiente²²⁰⁷.

Por ello, una de las principales medidas introducidas por la Directiva 2009/133/CE reside precisamente en el diferimiento (sujeto a determinados requisitos) del gravamen de las posibles rentas, beneficios o plusvalías de los socios de la sociedad transmitente o dominada derivadas de la atribución a los mismos de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria o dominante a cambio de los títulos que éstos poseían en la primera sociedad con motivo de la realización de una operación de fusión, escisión (total o parcial), o canje de valores de naturaleza transfronteriza, hasta el momento en que se produzca la ulterior transmisión a un tercero de los títulos de la sociedad beneficiaria o dominante recibidos en contrapartida²²⁰⁸.

Al igual que sucedía en relación con el ámbito de la aplicación de la regla prevista en el artículo 4.1 de la Directiva 2009/133/CE, la mera observancia del tenor literal de los apartados 1 a 3 del artículo 8 de dicha norma comunitaria no permite extraer de una forma clara cuál es el Estado miembro destinatario de la obligación de conceder un diferimiento del gravamen de las plusvalías latentes vinculadas a los títulos de la sociedad transmitente o dominada que resultan intercambiados por títulos de la sociedad beneficiaria o dominante en el marco de una operación de fusión, escisión o canje de valores. Sin embargo, la formulación amplia y genérica del citado precepto unida a la propia finalidad de la Directiva, nos llevaría a concluir que la obligación

²²⁰⁶ Nótese como estas posibles plusvalías vendrían determinadas por la diferencia positiva entre el valor real de los títulos representativos del capital de la sociedad beneficiaria o dominante recibidos por los socios de la sociedad transmitente o dominada y el valor fiscal de los títulos que éstos mantenían en el capital social de ésta última.

²²⁰⁷ Vid. SAUNDERS, R., *op.cit.*, p.12.

²²⁰⁸ Vid. artículo 8, apartados 1, 2 y 6 de la Directiva 2009/133/CE. A este respecto, VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.256, entiende que el citado precepto impediría al Estado miembro de la sociedad transmitente exigir, con motivo de la realización de la operación de reorganización empresarial en cuestión, una hipotética retención en origen sobre los beneficios no distribuidos de dicha sociedad por cuanto esta práctica quedaría incluida en la prohibición relativa a la “aplicación de impuesto alguno sobre las rentas, los beneficios o las plusvalías de dicho socio”. En contra, *vid.* BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, p.183, cuya opinión compartimos, y quien afirma que el artículo 8.1 de la Directiva no protege a los socios frente a la exigencia por parte de los Estados miembros de posibles retenciones a cuenta incluso cuando éstas se configuren como un “adelanto” de su impuesto sobre la renta.

impuesta por el artículo 8 resulta de aplicación en todos los Estados miembros involucrados en la operación de reorganización empresarial en cuestión que ostenten facultades impositivas sobre los socios de la sociedad transmitente o dominada (ya sea como residentes o como no residentes), pues lo contrario supondría introducir una restricción en el ámbito de aplicación del citado precepto no contemplada en su tenor literal.

Ciertamente, parece lógico que la Directiva 2009/133/CE no especifique el Estado miembro al que se dirige la obligación contenida en su artículo 8, apartados 1 a 3, en la medida en que habrá que estar a lo establecido en los CDIs suscritos entre los Estados miembros involucrados en la operación de reorganización empresarial en cuestión (Estado miembro de residencia de los socios de la sociedad transmitente o dominada y Estado miembro de residencia de dicha sociedad) para determinar sus competencias por lo que respecta al gravamen de las posibles plusvalías latentes vinculadas a los títulos de la sociedad transmitente o dominada y, por ende, su obligación de diferir el gravamen de las mismas siempre que se cumplan los requisitos previstos por la propia norma comunitaria.

Así, por ejemplo, en un hipotético canje de valores en virtud del cual la sociedad A, residente a efectos fiscales en el Estado miembro X, adquiere una participación mayoritaria en el capital de la sociedad B, residente a efectos fiscales en el Estado miembro Y, desde un punto de vista teórico, la obligación de diferir el gravamen de las plusvalías latentes vinculadas a los títulos de la sociedad B podría recaer tanto en el Estado miembro Y, como en el Estado miembro de residencia de los socios de dicha sociedad. Asimismo, si los títulos representativos del capital de la sociedad B fuesen poseídos a través de un establecimiento permanente de una sociedad no residente localizado en el Estado miembro Y, dicho Estado miembro podría quedar obligado a aplicar la regla del diferimiento con respecto al citado establecimiento permanente. Del mismo modo, incluso si los títulos de la sociedad B fuesen poseídos a través de un establecimiento permanente de una sociedad no residente localizado en el territorio de un Estado miembro Z, dicho Estado también quedaría obligado, en su caso, a aplicar la regla de diferimiento del gravamen de las plusvalías prevista en el artículo 8 de la Directiva²²⁰⁹.

En cualquier caso, cabría señalar que nos encontramos ante una medida que se dirige específicamente a los socios de la sociedad transmitente o dominada pues las operaciones de reorganización empresarial cubiertas por la Directiva no suponen con carácter general la puesta de manifiesto de una renta gravable en sede de los socios de la sociedad beneficiaria o dominante, sin perjuicio de los posibles efectos negativos tanto

²²⁰⁹ Ahora bien, en estos dos últimos supuestos, parece que la citada obligación quedaría condicionada a que los títulos representativos del capital de la sociedad beneficiaria o dominante recibidos en contrapartida quedasen afectos a los establecimientos permanentes a través de los cuales los socios poseían su participación en la sociedad transmitente o dominada (y se atribuyan a la *head office*), garantizando de este modo los derechos de gravamen de los Estados miembros donde se encontraban localizados (sobre esta cuestión, *vid.* IBFD, *Survey of the implementation of the EC Corporate Tax Directives*, IBFD, Amsterdam, 1995, pp.71-73).

en el plano del Derecho societario como en el ámbito del Derecho fiscal (p.ej. pérdida de la posibilidad de acceder a un régimen de *participation exemption*) asociados a una dilución de su participación en el capital social de esta última como resultado de la emisión de nuevos títulos para entregar en contrapartida a los socios de la sociedad transmitente o dominada (fusiones, escisiones, o canjes de valores), o bien a la propia sociedad transmitente (aportaciones de activos).

Ahora bien, en relación con esta cuestión es importante tener presente que, sobre la base del reconocimiento a los Estados miembros de un cierto margen de manobra por lo que respecta a la transposición del artículo 8 de la Directiva 2009/133/CE, el TJUE ya ha tenido ocasión de declarar que el citado precepto no se opone a la normativa de un Estado miembro en virtud de la cual la plusvalía resultante de un canje de valores cubierto por su ámbito de aplicación debe declararse con motivo de la realización de la operación, si bien su tributación se difiere hasta el momento de la ulterior cesión de los títulos de la sociedad dominante recibidos en canje por parte de los socios de la sociedad dominada, al tratarse de una medida que no desvirtúa el principio de neutralidad fiscal contemplado en el artículo 8.1 de la Directiva sino que simplemente se orienta a permitir que el Estado miembro que dispone de competencia fiscal sobre los títulos existentes antes de la operación de canje pueda conservar dicha competencia y ejercerla posteriormente²²¹⁰.

Por otra parte, cabría apuntar como algún autor se ha mostrado partidario de extender el ámbito de aplicación del artículo 8 de la Directiva a los socios de la sociedad beneficiaria o dominante con el fin de que éstos no puedan ser gravados con motivo de la realización de la operación de reorganización empresarial en cuestión en el hipotético caso de que la mencionada dilución de su participación en el capital de dicha sociedad diese como resultado un cambio en el régimen fiscal aplicable a los mismos que se tradujese en el gravamen de beneficios, rentas o plusvalías. De este modo, el citado gravamen debería ser diferido hasta el momento en que los socios de la sociedad beneficiaria o dominante transmitiesen sus títulos a un tercero²²¹¹.

Asimismo, y en la medida en que la redacción de los apartados 1 y 2 del artículo 8 resulta “exhaustiva e incondicional”, podría afirmarse que la obligación para los Estados miembros de aplicar la regla de diferimiento en sede de los socios de la sociedad transmitente o dominada no queda sometida a las particularidades del régimen fiscal del Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria o dominante ni a posibles acuerdos entre las partes participantes en la operación, por cuanto esto supondría no sólo una clara contradicción con el tenor literal de los citados preceptos (al

²²¹⁰ En este sentido, *vid.* SSTJUE de 18 de septiembre de 2019, asuntos acumulados C-662/18 (*AQ v. Ministre de l'Action et des Comptes publics*) y C-672/18 (*DN v. Ministre de l'Action et des Comptes publics*), aps.41-42; y de 22 de marzo de 2018, asuntos acumulados C-327/16 (*Marc Jacob v. Ministre des Finances et des Comptes publics*) y C-421/16 (*Marc Lassus v. Ministre des Finances et des Comptes publics*), aps.51-56.

²²¹¹ En este sentido, *vid.* BOULOGNE, F., *Shortcomings in the..., op.cit.*, pp.182-183 y 341.

introducir un requisito no contemplado en los mismos) y con la propia finalidad de la Directiva, sino también una quiebra del principio de seguridad jurídica²²¹².

Sin embargo, no conviene perder de vista que la declaración nº 7 contenida en las Actas del Consejo y relativa al artículo 9 de la Propuesta de Directiva de 1969 (predecesor del actual artículo 8) establece que “*the Council and the Commission agree that the provisions of this Directive shall not prevent the application of national laws the purpose of which is to recover reductions of profits made in previous years*”²²¹³. De este modo, y sobre la base de esta declaración, se estaría abriendo la puerta, por ejemplo, a la reintegración en la base imponible de los socios de la sociedad transmitente de las pérdidas por deterioro de valor de la participación en el capital de dicha sociedad que con carácter previo a la operación hubiesen sido consideradas como fiscalmente deducibles lo cual, a nuestro juicio, resulta difícilmente compatible con la finalidad e incluso con el tenor literal del propio artículo 8, apartados 1 y 2, de la Directiva 2009/133/CE²²¹⁴, especialmente en aquellos supuestos en los que el Estado miembro que, con carácter previo a la operación de reorganización empresarial en cuestión, vio reducida la base imponible de los socios susceptible de gravamen en su territorio como consecuencia de la deducibilidad de las pérdidas por deterioro de valor de las participaciones en el capital de la sociedad transmitente conserva íntegramente sus facultades impositivas sobre las posibles plusvalías puestas de manifiesto en sede de los socios de la sociedad transmitente con motivo de la ulterior transmisión de los títulos de la sociedad beneficiaria recibidos en contrapartida²²¹⁵.

En cualquier caso, lo cierto es que la compensación en efectivo que los socios de la sociedad transmitente o dominada pudieran percibir en el marco de estas operaciones (limitada, en todo caso, por la regla del 10% a la que ya nos hemos referido) quedará al margen de la aplicación de esta medida y, por ende, los Estados miembros podrán proceder a su integración en la base imponible de dichos socios²²¹⁶. Esta medida resulta coherente con el hecho de que en estos casos se produce una suerte de realización parcial de las plusvalías latentes asociadas a los títulos mantenidos en el capital de la sociedad transmitente o dominada, registrándose una entrada de efectivo en sede de sus socios que les permite hacer frente al pago de impuesto correspondiente.

A este respecto, conviene tener presente que la Directiva no realiza precisión alguna acerca de cómo deberán tener en cuenta los Estados miembros las cantidades en efectivo percibidas por los socios de la sociedad transmitente o dominada, pudiendo *a*

²²¹² Vid. Conclusiones de la Abogado General Sharpston, presentadas el 6 de noviembre de 2008, en el asunto C-285/07, *A.T. v. Finanzamt Stuttgart-Körperschaften*, ap.34.

²²¹³ Documento del Consejo nº 4218/89, de 18 enero de 1989, p.9.

²²¹⁴ A este respecto, nótese como en los citados apartados del artículo 8 de la Directiva 2009/133/CE se establece de forma clara que el intercambio de títulos que se produce en manos de los socios de la sociedad transmitente o dominada con motivo de la realización de una operación de fusión, escisión (total o parcial), o canje de valores cubiertas bajo el ámbito de aplicación de la Directiva “no dará lugar, por sí misma, a la aplicación de impuesto alguno sobre las rentas, los beneficios o las plusvalías de dicho socio” (el subrayado es nuestro).

²²¹⁵ En este sentido, vid. VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, op.cit., p.256.

²²¹⁶ Vid. artículo 8.9 de la Directiva 2009/133/CE.

priori distribuirse la ganancia patrimonial latente vinculada a los títulos poseídos en el capital de la sociedad transmitente o dominada entre el pago en metálico y los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria o dominante²²¹⁷. En nuestra opinión, si tenemos en cuenta el amplio margen de maniobra que el tenor literal del artículo 8.9 de la Directiva otorga a los Estados miembros junto con las consideraciones ya efectuadas anteriormente acerca de la “realización” de las plusvalías latentes que supone la percepción de una compensación adicional en efectivo por parte de los socios de la sociedad transmitente o dominada, podría afirmarse que no existe inconveniente alguno en que las legislaciones fiscales domésticas de los Estados miembros contemplen la integración en su base imponible del importe total de la compensación en efectivo percibida²²¹⁸.

Por otra parte, cabría señalar que nos encontramos ante una medida que no resulta de aplicación ni a las aportaciones de activos previstas en el artículo 2, apartado d) de la Directiva, ni a las fusiones impropias recogidas en su artículo 2, apartado a), subapartado iii), habida cuenta de que en el marco de estas operaciones no se produce una atribución de títulos representativos del capital de la sociedad beneficiaria a los socios de la sociedad transmitente, bien porque dichos títulos son entregados directamente a la propia sociedad transmitente (aportación de activos) o bien porque es la propia sociedad beneficiaria la que posee todos los títulos de la sociedad transmitente (fusión impropia).

No obstante, lo cierto es que algunos Estados miembros como Francia han abierto la puerta a la extensión de esta regla, sujeta a una serie de requisitos, a aquellos supuestos en los que la sociedad transmitente lleva a cabo una operación de aportación de rama de actividad y posteriormente distribuye entre sus socios los títulos de la sociedad beneficiaria recibidos en contrapartida, siempre que: i) la operación de aportación de activos se encuentre acogida al régimen de neutralidad fiscal; ii) la sociedad transmitente mantenga al menos otra rama de actividad bajo su titularidad tras la realización de la operación en cuestión; y iii) la atribución de los títulos de la sociedad beneficiaria sea proporcional a los derechos de los socios en el capital de la sociedad transmitente y se lleve a cabo, como mínimo, un año después de la realización de la operación de aportación de rama de actividad²²¹⁹.

Asimismo, y por lo que respecta a las operaciones de escisión parcial, no puede perderse de vista que, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de las fusiones y de las escisiones totales, los socios de la sociedad transmitente no intercambian los títulos poseídos en el capital de dicha sociedad por títulos representativos del capital de la sociedad beneficiaria, sino que se limitan a recibir los títulos de esta última como

²²¹⁷ En esta misma línea, *vid.* CALDERÓN CARRERO, J.M., MARTÍN JIMÉNEZ, A., *Derecho Tributario de...*, *op.cit.*, p.321.

²²¹⁸ Así lo entiende también, VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.259.

²²¹⁹ *Vid.* artículo 115.2 del CGI. Nótese, sin embargo, que esta regla no resultará de aplicación en relación con aquellas operaciones de aportación de activos en las que una sociedad sujeta al Impuesto sobre Sociedades aporte la totalidad o una parte de sus bienes (rama de actividad) a una sociedad de inversión en capital variable (*vid.* artículo 115.3 del CGI).

contrapartida de los elementos patrimoniales que integraban la rama o ramas de actividad transmitidas, manteniendo, por tanto, su condición de socios de la sociedad transmitente. Desde el punto de vista de la tributación de los socios, esta diferencia, derivada de la no disolución de la sociedad transmitente como resultado de la operación de escisión parcial va a determinar *a priori*, por una parte, la obtención de un incremento patrimonial vinculado a los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria y, por otra parte, una disminución del valor de los títulos que ya poseían en la sociedad transmitente derivada de la reducción patrimonial que se produce en dicha sociedad a raíz de la transmisión de una o varias de sus ramas de actividad. Por tanto, podría decirse que la regla prevista en el artículo 8 de la Directiva se centra principalmente en atajar las consecuencias negativas que podrían derivarse del gravamen de las rentas, beneficios o plusvalías obtenidas por los socios de la sociedad transmitente como resultado de la incorporación a su patrimonio de los títulos de la sociedad beneficiaria, mientras que las implicaciones fiscales que podrían derivarse de la disminución del valor de su participación en la sociedad transmitente quedarán en manos de las legislaciones nacionales de los diferentes Estados miembros.

Por último, y en relación con la aplicación de esta regla, es importante recordar que la condición de socio vendrá determinada por la legislación societaria doméstica de los diferentes Estados miembros, no estableciendo la Directiva 2009/133/CE ninguna condición acerca de su naturaleza, sujeción a una determinada figura impositiva, residencia fiscal, o participación mínima en el capital social de la sociedad transmitente o dominada. De este modo, el régimen de neutralidad fiscal podrá extenderse a socios personas físicas, sociedades, asociaciones o incluso entidades jurídicas no sujetas a imposición (pues, a efectos de aplicación de la Directiva, nada se opone a que los socios estén exentos del impuesto correspondiente en su Estado de residencia fiscal o puedan disfrutar del derecho de opción), con independencia de que su residencia a efectos fiscales se localice en un Estado miembro o fuera del territorio de la Unión Europea. Sin embargo, y en la medida en que la eficacia de una norma de Derecho de la UE no puede proyectarse más allá de las fronteras del territorio comunitario, tratándose de socios residentes en un Estado no miembro, el efecto de las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE quedará limitado al Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente o dominada²²²⁰.

2.2. El principio de conservación del valor fiscal como *conditio sine qua non* para la aplicación de la regla de diferimiento

²²²⁰ En este sentido, *vid.* CALDERÓN CARRERO, J.M., MARTÍN JIMÉNEZ, A., *Derecho Tributario de...*, *op.cit.*, p.320; LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *op.cit.*, p.87; MAISTO, G., “Shaping EU Company...”, *op.cit.*, p.299; o IBFD, *Survey of the implementation of the EC Corporate Tax Directives*, IBFD, Amsterdam, 1995, p.26.

De un modo similar a lo que sucedía en el ámbito de aplicación de la regla prevista en el artículo 4.1 de la Directiva 2009/133/CE, el diferimiento del gravamen de las plusvalías latentes puestas de manifiesto en sede de los socios de la sociedad transmitente o dominada con motivo de la atribución de títulos representativos del capital de la sociedad beneficiaria en el marco de una operación de fusión, escisión (total o parcial) o canje de valores, se somete a la verificación del principio de mantenimiento del valor fiscal.

Así, la aplicación de la regla prevista en el artículo 8, apartados 1 y 2 de la Directiva quedará condicionada a que los socios de la sociedad transmitente o dominada no atribuyan a los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria o, tratándose de una escisión parcial, al total agregado de los títulos recibidos y los que todavía posean en el capital social de la sociedad transmitente, un valor fiscal más elevado que el que tuviesen los títulos canjeados (fusión, escisión total y canje de valores) o mantenidos (escisión parcial) en la sociedad transmitente inmediatamente antes de la realización de la operación de reorganización empresarial en cuestión²²²¹. En este sentido, es importante tener presente que la propia norma comunitaria define este valor fiscal como “el valor que se utilizaría como base para calcular los posibles beneficios o pérdidas que se integrarían en la base imponible del impuesto sobre la renta, los beneficios o las plusvalías del socio de la sociedad”²²²², lo que, nuevamente e igual que sucedía con la definición de “valor fiscal” prevista en el artículo 4.2, apartado a) de la Directiva, nos remite a las reglas de valoración contenidas en las legislaciones fiscales domésticas de los diferentes Estado miembros.

A este respecto, cabría resaltar como, en el ámbito de las escisiones parciales, la Directiva no establece cuál deberá ser el valor otorgado a los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria en sede de los socios de la sociedad transmitente ni cómo debe “distribuirse” el valor que a efectos fiscales tenía la participación mantenida en el capital de la sociedad transmitente entre los títulos que sus socios siguen manteniendo el capital social de la misma con posterioridad a la operación y aquéllos recibidos en contrapartida de la sociedad o sociedades beneficiarias. De este modo, lo cierto es que, aun cuando esta distribución del valor fiscal debiera venir dada por la proporción existente entre ambos tipos de títulos, nos encontramos ante una cuestión que queda en manos de las legislaciones domésticas de los Estados miembros y que resultará relevante a la hora de determinar las posibles plusvalías derivadas de la transmisión de

²²²¹ Vid. artículo 8, apartados 4 y 5 de la Directiva 2009/133/CE.

²²²² Vid. artículo 8.7 de la Directiva 2009/133/CE. Nótese como, a efectos de una mayor claridad, la definición de “valor fiscal” contemplada en este precepto debería añadir un inciso final similar al contemplado en el artículo 4.2, apartado a) de la Directiva de forma tal que el tenor literal del artículo 8.7 quedaría configurado del siguiente modo: “a efectos del presente artículo, se entiende por «valor fiscal» el valor que se utilizaría como base para calcular los posibles beneficios o pérdidas que se integrarían en la base imponible del impuesto sobre la renta, los beneficios o las plusvalías del socio de la sociedad, *si éste hubiese vendido sus títulos representativos del capital social de la misma en el momento de la fusión, de la escisión, de la escisión parcial, o del canje de valores pero al margen de dicha operación*” (la cursiva es nuestra).

dichos títulos a un tercero por parte de los socios de la sociedad escindida²²²³. Asimismo, también se ha apuntado como la norma comunitaria tampoco aclara en qué Estado miembro debe verificarse el cumplimiento del requisito previsto en su artículo 8.5 cuando las competencias de gravamen sobre las plusvalías derivadas de la transmisión de los títulos representativos del capital social de la sociedad transmitente y de la sociedad beneficiaria recaigan en Estados miembros diferentes²²²⁴.

Por otra parte, cabría señalar como la propia Directiva establece que si la legislación doméstica del Estado miembro de residencia de los socios de la sociedad transmitente o dominada contempla la posibilidad de que éstos puedan otorgar a los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria (fusión, escisión total o canje de valores) o, en su caso, al total agregado de los títulos recibidos y los que todavía posean en el capital social de la sociedad transmitente (escisión parcial), un valor fiscal superior al que tuviesen sus títulos canjeados o mantenidos en el capital de la sociedad transmitente o dominada con carácter previo a la operación²²²⁵, la regla de diferimiento de las plusvalías latentes no se aplicará en relación con los títulos respecto de los cuales los socios hubiesen ejercido esta suerte de “derecho de opción”²²²⁶, de forma tal que el Estado miembro en cuestión podrá proceder al gravamen de dichas plusvalías.

Por último, conviene señalar como la compensación adicional en efectivo que pudieran percibir los socios de la sociedad transmitente o dominada (la cual podría ser gravada en su totalidad en virtud de lo establecido en el artículo 8.9 de la Directiva), no debería tener impacto alguno sobre el valor fiscal que los socios de la sociedad transmitente o dominada deberán atribuir a los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria o dominante en virtud de lo establecido en los apartados 4 y 5 del artículo 8 de la Directiva²²²⁷. No obstante, algunos autores han apuntado que, si bien una reducción en el valor de adquisición a efectos fiscales de los títulos recibidos por parte

²²²³ En este sentido, *vid.* LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *op.cit.*, p.101.

²²²⁴ *Vid.* VANDE VELDE, I., *op.cit.*, p.105.

²²²⁵ A este respecto, cabría destacar que las legislaciones fiscales de algunos Estados miembros como, por ejemplo, España no reconocen a los contribuyentes sujetos a imposición en su territorio este derecho de opción al establecer la obligatoriedad de que los títulos de la sociedad beneficiaria o dominante recibidos en contrapartida por los socios de la sociedad transmitente o dominada deban valorarse a efectos fiscales “por el valor fiscal de los entregados, determinado de acuerdo con las normas de este Impuesto, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, según proceda. Esta valoración se aumentará o disminuirá en el importe de la compensación complementaria en dinero entregada o recibida (...)” (*vid.* artículo 80.3 y 81.2 de la LIS).

²²²⁶ *Vid.* artículo 8.8 de la Directiva 2009/133/CE. En este sentido, cabría apuntar que, evidentemente y en línea con la no exigencia por parte de la Directiva de condición alguna por lo que respecta a los socios de las sociedades participantes en las operaciones de reorganización empresarial cubiertas por su ámbito de aplicación, la regla prevista en este precepto resulta de aplicación a los socios de la sociedad transmitente o dominada con independencia de su condición de persona física o jurídica. Este matiz no es baladí, si tenemos en cuenta que la Propuesta de Directiva de 1969 parecía limitar su aplicación al ámbito de las personas jurídicas al disponer su artículo 9, párrafo segundo que “cuando los títulos representativos del capital social de la sociedad transmitente formen parte del activo de una sociedad, los Estados miembros podrían no aplicar esta regla si dicha sociedad no incorpora en su balance fiscal los títulos representativos del capital sociedad de la sociedad beneficiaria, por el mismo valor por el que figuraban los títulos de la sociedad transmitente”.

²²²⁷ Así lo entiende, VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, pp.261-262.

de los socios de la sociedad transmitente o dominada podría producir el diferimiento total de la ganancia hasta el momento de la enajenación posterior de los títulos nuevos (tal y como sucedería en el caso español²²²⁸), esta posibilidad resultaría perfectamente admisible²²²⁹.

En definitiva, podría decirse que la introducción del requisito contemplado en los apartados 4 y 5 del artículo 8 de la Directiva 2009/133/CE y relativo al mantenimiento del valor fiscal se encuentra íntimamente relacionado con el ya mencionado principio de continuidad sobre el que se asienta el régimen del diferimiento (no exención) de las plusvalías latentes configurado por dicha norma comunitaria, el cual, en todo caso, debe resultar compatible con la salvaguarda de los derechos impositivos de los Estados miembros. En este sentido, no conviene perder de vista como el TJUE ya tuvo ocasión de afirmar que la disposición contenida en el artículo 8.1 de la Directiva 2009/133/CE se orienta a evitar que las operaciones de fusión, escisión y canje de valores puedan ser consideradas como hecho imponible del impuesto (garantizando de este modo su neutralidad fiscal en sede de los socios de la sociedad beneficiaria o dominante), pero sin que esto suponga “sustraer” la plusvalía puesta de manifiesto en la operación en cuestión del gravamen de los Estados miembros que dispongan de competencia fiscal sobre la misma²²³⁰.

2.3. La facultad de los Estados miembros para gravar el beneficio derivado de la transmisión de los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria o dominante

El principio del mantenimiento del valor fiscal, la salvaguarda de los derechos impositivos de los Estados miembros y, en definitiva, el propio funcionamiento del sistema de diferimiento previsto en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 8 de la Directiva 2009/133/CE conecta directamente con la facultad prevista en el apartado 6 del citado precepto y en virtud de la cual los Estados miembros, en el momento en el que los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria o dominante abandonen la esfera jurídica de los socios de la sociedad transmitente o dominada con motivo de su transmisión a un

²²²⁸ Nótese como el artículo 81.2 de la LIS establece que “los valores recibidos en virtud de las operaciones de fusión y escisión, se valoran, a efectos fiscales, por el valor fiscal de los entregados, determinado de acuerdo con las normas de este Impuesto, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, según proceda. Esta valoración se aumentará o disminuirá en el importe de la compensación complementaria en dinero entregada o recibida. Los valores recibidos conservarán la fecha de adquisición de los entregados” (el subrayado es nuestro). En la misma línea, y por lo que respecta a la operación de canje de valores, *vid.* artículo 80.3 de la LIS.

²²²⁹ En este sentido, CALDERÓN CARRERO, J.M., MARTÍN JIMÉNEZ, A., *Derecho Tributario de...*, *op.cit.*, p.321.

²²³⁰ En este sentido, *vid.* SSTJUE de 18 de septiembre de 2019, asuntos acumulados C-662/18 (*AQ v. Ministre de l'Action et des Comptes publics*) y C-672/18 (*DN v. Ministre de l'Action et des Comptes publics*), ap.40; y de 22 de marzo de 2018, asuntos acumulados C-327/16 (*Marc Jacob v. Ministre des Finances et des Comptes publics*) y C-421/16 (*Marc Lassus v. Ministre des Finances et des Comptes publics*), ap.50.

tercero no participante en la operación, podrán proceder al gravamen de las posibles plusvalías del mismo modo que hubiesen gravado el beneficio resultante de una hipotética transmisión de los títulos de la sociedad transmitente o dominada por parte de sus socios con carácter previo a la realización de la operación de reorganización empresarial en cuestión²²³¹. Todo ello, sin perjuicio de que si dicha transmisión ulterior a un tercero de los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria o dominante se produce en el marco de otra operación cubierta por la Directiva 2009/133/CE los socios de la sociedad transmitente o dominada puedan beneficiarse nuevamente de sus disposiciones en materia de diferimiento de gravamen.

En relación con esta cuestión, se ha apuntado que, por lo que respecta al gravamen del beneficio resultante de la ulterior transmisión a un tercero de los títulos de la sociedad beneficiaria o dominante, el hecho de que el tenor literal del la redacción del artículo 8.6 de la Directiva disponga que “la aplicación de los apartados 1, 2 y 3 no impedirá a los Estados miembros (...)” (el subrayado es nuestro), abriría la puerta a que, en aquellos supuestos en los que como resultado de la operación de reorganización empresarial en cuestión se produjese un cambio del régimen fiscal aplicable al gravamen de las plusvalías derivadas de la transmisión de los títulos de la sociedad beneficiaria/dominante frente al que hubiese resultado de aplicación antes de la operación a la transmisión de los títulos de la sociedad transmitente/adquirida (p.ej. si con carácter previo a la operación los socios mantenían un porcentaje de participación en el capital social de la sociedad transmitente o dominada suficiente para la aplicación de un régimen doméstico de *participation exemption*, mientras que con posterioridad a la misma el porcentaje de participación en el capital de la sociedad beneficiaria o dominante no permitía alcanzar el umbral requerido para que procediese su aplicación), estos pudiesen aplicar el nuevo régimen cuando éste fuera más favorable para sus intereses (o el régimen previo en caso contrario)²²³². Sin embargo, y aun cuando este planteamiento podría sostenerse desde un enfoque muy apegado al tenor literal del artículo 8.6 de la Directiva, a nuestro juicio presenta problemas de encaje con el conjunto de disposiciones que integran el artículo 8 de la citada norma y lo configuran como un mero sistema de diferimiento del gravamen de las posibles plusvalías puestas de manifiesto en sede de los socios de la sociedad transmitente o dominada como resultado de la realización de una de las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial cubiertas por su ámbito de aplicación.

A este respecto, podría traerse a colación la sentencia del TJUE en los asuntos acumulados *AQ* (C-662/18)²²³³ y *DN* (C-672/18)²²³⁴ donde el Tribunal ya tuvo ocasión

²²³¹ Vid. artículo 8.6 de la Directiva 2009/133/CE.

²²³² En este sentido, vid. BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, p.188.

²²³³ El citado asunto, tiene su origen en una operación de canje de valores llevada a cabo entre dos sociedades francesas el 14 de diciembre de 2012. Con motivo de la realización de dicha operación, se declaró y fue objeto de diferimiento una plusvalía correspondiente a la diferencia entre el valor real de los títulos aportados en el capital de la sociedad dominada y su precio de adquisición. Posteriormente, en el ejercicio 2015, y como consecuencia de la transmisión de los títulos de la sociedad dominante recibidos en contrapartida, las autoridades tributarias francesas procedieron al gravamen de la plusvalía diferida así como de la plusvalía resultante de la transmisión de los títulos de la sociedad dominante. De este modo, y

de precisar que una interpretación conjunta de los apartados 1 y 6 del artículo 8 de la Directiva 2009/133/CE exige que se aplique a la plusvalía puesta de manifiesto en sede de los socios de la sociedad transmitente o dominada con motivo de la realización de una operación de reorganización empresarial y que fue objeto de diferimiento, así como a la plusvalía resultante de la ulterior transmisión a un tercero de los títulos de la sociedad beneficiaria o dominante recibidos en contrapartida, el mismo tratamiento fiscal en cuanto al tipo impositivo y a la aplicación de una reducción fiscal para tener en cuenta la duración de la titularidad de los títulos que el que se hubiese aplicado a la plusvalía realizada con motivo de la transmisión de los títulos de la sociedad transmitente o dominada por parte de sus socios si la operación en cuestión no hubiese tenido lugar²²³⁵.

De este modo, y por lo que respecta a la plusvalía correspondiente a los títulos mantenidos en el capital de la sociedad transmitente o dominada (que, en el caso concreto, era objeto de mera declaración en el momento de realización de la operación), el TJUE señaló que el diferimiento de su hecho imponible en aplicación de lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Directiva determinaba necesariamente que la tributación de dicha plusvalía se realizase de acuerdo con las normas fiscales y el tipo impositivo vigentes en la fecha de la ulterior transmisión a un tercero de los títulos de la sociedad beneficiaria o

de acuerdo con lo establecido en el apartado 130 de los comentarios administrativos publicados en el *Bulletin officiel des finances publiques* de 24 de julio de 2017 (BOI-RPPM-PVBMI-20-20-10), la plusvalía sujeta a tributación diferida fue gravada, en un primer momento, al tipo impositivo aplicable en el año de la transmisión de los títulos de la sociedad dominante (2015), pero sin que se le aplicase una reducción vinculada a la duración de la titularidad de las acciones contemplada por la normativa doméstica francesa para las plusvalías realizadas a partir del 1 de enero de 2013. Sin embargo, más adelante, y en virtud de una decisión del Consejo Constitucional, la plusvalía sujeta a tributación diferida fue gravada al tipo impositivo vigente en el momento de la aportación de los títulos de la sociedad dominada (2012). Por su parte, y en relación con el gravamen de la plusvalía derivada de la transmisión de los títulos de la sociedad dominante, la reducción vinculada a la duración de la titularidad de los títulos fue calculada atendiendo a la fecha en la que se había llevado a cabo la operación en lugar a la fecha en la que se había adquirido los títulos canjeados de la sociedad dominada (*vid. STJUE de 18 de septiembre de 2019, asuntos acumulados C-662/18 (AQ v. Ministre de l'Action et des Comptes publics)* y C-672/18 (*DN v. Ministre de l'Action et des Comptes publics*), aps.18-19).

²²³⁴ El citado asunto tiene su origen en una operación de fusión entre dos sociedades francesas llevada a cabo en 1998. Con motivo de la realización de dicha operación, se declaró y fue objeto de diferimiento una plusvalía correspondiente a la diferencia entre el valor real de los títulos mantenidos en el capital de la sociedad transmitente y su valor fiscal. En 2016, y como resultado de la transmisión de los títulos de la sociedad beneficiaria recibidos en contrapartida, las autoridades tributarias francesas procedieron al gravamen de la plusvalía diferida así como de la plusvalía resultante de la transmisión de los títulos de la sociedad beneficiaria. De este modo, y de acuerdo con lo establecido en el apartado 130 de los comentarios administrativos antes señalados, la plusvalía sujeta a tributación diferida fue gravada al tipo impositivo aplicable en el año de la transmisión de los títulos de la sociedad beneficiaria (2016), pero sin que se le aplicase una reducción vinculada a la duración de la titularidad de las acciones contemplada por la normativa doméstica francesa para las plusvalías realizadas a partir del 1 de enero de 2013. Por su parte, y en relación con el gravamen de la plusvalía derivada de la transmisión de los títulos de la sociedad beneficiaria, la reducción vinculada a la duración de la titularidad de los títulos fue calculada atendiendo a la fecha en la que se había llevado a cabo la operación en lugar a la fecha en la que se había adquirido los títulos canjeados de la sociedad transmitente (*vid. STJUE de 18 de septiembre de 2019, asuntos acumulados C-662/18 (AQ v. Ministre de l'Action et des Comptes publics)* y C-672/18 (*DN v. Ministre de l'Action et des Comptes publics*), aps.20-21).

²²³⁵ *Vid. STJUE de 18 de septiembre de 2019, asuntos acumulados C-662/18 (AQ v. Ministre de l'Action et des Comptes publics)* y C-672/18 (*DN v. Ministre de l'Action et des Comptes publics*), ap.47.

dominante recibidos en contrapartida por ser el momento en el que efectivamente se producía el hecho imponible. Por tanto, si en tal fecha, la normativa fiscal doméstica del Estado miembro en cuestión contemplase un régimen de reducción de la tributación vinculado a la duración de la titularidad de los títulos objeto de transmisión, la plusvalía que en su momento fue declarada y sujeta a tributación diferida deberá poder beneficiarse de dicho régimen en las mismas condiciones que las que se aplicarían a la plusvalía que se habría realizado con ocasión de una hipotética transmisión de los títulos de la sociedad transmitente o dominada si la operación no se hubiese llevado a cabo²²³⁶.

Asimismo, y por lo que respecta a la plusvalía correspondiente a los títulos de la sociedad beneficiaria o dominante recibidos en contrapartida, el TJUE hizo hincapié en que estos títulos simplemente venían a sustituir a los títulos de la sociedad transmitente o dominada que poseían los socios antes de la operación (lo que conecta directamente con el principio del mantenimiento del valor fiscal), de forma tal que no cabía aplicar a dicha plusvalía un tratamiento fiscal distinto de aquel aplicable a la plusvalía que había sido objeto de diferimiento (vinculada a los títulos de la sociedad transmitente o dominada pero cuyo hecho imponible se realiza precisamente en el momento de la transmisión a un tercero de los títulos de la sociedad beneficiaria o dominante). En este sentido, el Tribunal recordó que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 8.6 de la Directiva, los intereses financieros de los Estados miembros “se limitan a la recaudación de un impuesto equivalente al que habrían tenido derecho de no haber tenido lugar la operación de canje de títulos”²²³⁷.

En cualquier caso, debe tenerse presente que la sentencia del TJUE en los asuntos acumulados *AQ* (C-662/18) y *DN* (C-672/18) tiene su origen en dos supuestos de naturaleza estrictamente doméstica en los que el Estado miembro (Francia) que otorgó el diferimiento del gravamen de la plusvalía puesta de manifiesto en manos de los socios de la sociedad transmitente o dominada con motivo de la realización de la operación de canje de valores (*AQ*) o de fusión (*DN*), también resultaba competente para gravar la ulterior transmisión por parte de dichos socios de los títulos recibidos en contrapartida de la sociedad beneficiaria o dominante. Tal circunstancia también podría concurrir en el marco de operaciones de reorganización empresarial llevadas a cabo en el ámbito transfronterizo (y cubiertas por la Directiva 2009/133/CE) en las que el CDI suscrito entre el Estado de residencia de los socios, por una parte, con el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente o dominada y, por otra parte, con el Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria o dominante, siga el criterio establecido en el artículo 13.5 del MCOCDE. Sin embargo, en aquellos supuestos en los que el Estado miembro que otorgó en su momento el diferimiento del gravamen de la plusvalía vinculada a los títulos de la sociedad transmitente o dominada (siendo ésta objeto de declaración en el territorio de dicho Estado), no resultase competente para

²²³⁶ Vid. STJUE de 18 de septiembre de 2019, asuntos acumulados C-662/18 (*AQ* v. *Ministre de l'Action et des Comptes publics*) y C-672/18 (*DN* v. *Ministre de l'Action et des Comptes publics*), aps.43-44.

²²³⁷ Vid. STJUE de 18 de septiembre de 2019, asuntos acumulados C-662/18 (*AQ* v. *Ministre de l'Action et des Comptes publics*) y C-672/18 (*DN* v. *Ministre de l'Action et des Comptes publics*), aps.45-46.

gravar la plusvalía derivada de la transmisión de los títulos de la sociedad beneficiaria o dominante, las conclusiones de la citada sentencia tan sólo podrían trasladarse, en su caso, al ámbito de la plusvalía declarada y diferida con motivo de la realización de la operación de reorganización empresarial en cuestión, sobre la cual el Estado que concedió tal diferimiento podrá ejercitar su competencia fiscal en el momento en que se produzca la transmisión de los títulos de la sociedad beneficiaria o dominante²²³⁸.

Por otra parte, aunque en relación con esta cuestión, cabría señalar como a la luz del tenor literal de los apartados 4, 5 y 6 del artículo 8 de la Directiva parece que las reglas previstas en los mismos tan sólo podrían de utilidad en relación con la garantía de los derechos impositivos del Estado miembro de residencia de los socios de la sociedad transmitente o dominada al ostentar, con carácter general y en virtud de lo establecido en el artículo 13.5 del MCOCDE, la competencia para gravar las plusvalías latentes puestas de manifiesto como resultado de la transmisión de los títulos representativos del capital de dicha sociedad en el marco de la operación de reorganización empresarial en cuestión, así como de la ulterior transmisión por parte de los citados socios de los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria o dominante²²³⁹.

De este modo, en aquellos supuestos en los que el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente o dominada ostenta facultades de gravamen sobre las plusvalías puestas de manifiesto en sede de sus socios con motivo de la realización de una de las operaciones de reorganización empresarial cubiertas por el ámbito de aplicación de la Directiva (p.ej. si el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente/dominada y el Estado de residencia de sus socios no han suscrito un CDI) y, por ende, debe diferir el gravamen de las mismas, podría terminar perdiendo definitivamente sus derechos impositivos con posterioridad a la operación en cuestión con independencia de la aplicación de las reglas “de salvaguarda” previstas en los preceptos de la Directiva anteriormente señalados (p.ej. si el CDI suscrito entre el Estado de residencia de los socios y el Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria o dominante sigue el criterio establecido en el artículo 13.5 del MCOCDE)²²⁴⁰. De hecho, en determinados supuestos, la aplicación de las disposiciones contenidas en el correspondiente CDI, podría incluso traducirse en la pérdida o limitación de las facultades impositivas del Estado miembro de residencia de los socios de la sociedad transmitente como resultado de la realización de la operación transfronteriza de reorganización empresarial en cuestión (p.ej. si con posterioridad a una fusión por absorción el valor de los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria deriva en más de un 50% de bienes inmuebles)²²⁴¹. A una situación similar podría

²²³⁸ Vid. STJUE de 22 de marzo de 2018, asuntos acumulados C-327/16 (*Marc Jacob v. Ministre des Finances et des Comptes publics*) y C-421/16 (*Marc Lassus v. Ministre des Finances et des Comptes publics*), ap.66.

²²³⁹ Vid. AURELIO, M., *op.cit.*, p.336.

²²⁴⁰ Sobre esta cuestión, *vid.* VANDE VELDE, I., *op.cit.*, p.104.

²²⁴¹ Pensemos, por ejemplo, en una sociedad A, residente fiscal en el Estado miembro X, y cuyas participaciones están en manos de un socio a', también residente fiscal en el Estado miembro X, que es absorbida por una sociedad B, residente fiscal en el Estado miembro Y y cuyo activo está fundamentalmente integrado por bienes inmuebles. Con carácter previo a la operación, el Estado miembro

llegarse incluso aunque los socios de la sociedad dominada residieran inicialmente en su mismo Estado miembro si con posterioridad a la realización de la operación decidiesen trasladar su residencia fiscal a otro Estado.

A este respecto, conviene recordar que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13.5 del MCOCDE, las plusvalías derivadas de la transmisión de títulos representativos del capital de una sociedad sólo podrán ser gravadas en el Estado miembro de residencia del titular de las mismas²²⁴² salvo que dicha transmisión se encuentre vinculada a una reducción de capital o a la liquidación de la propia sociedad (supuesto en el que se conceden competencias impositivas al Estado de residencia de la sociedad en cuestión²²⁴³), o que más del 50% del valor de los títulos se derive de forma directa o indirecta de bienes inmuebles situados en otro Estado Contratante (supuesto en el que el artículo 13.4 del MCOCDE otorga facultades de gravamen sobre dichas plusvalías al Estado donde localizan los bienes inmuebles²²⁴⁴). A título de ejemplo, cabría señalar como España se ha reservado su derecho a gravar las plusvalías derivadas de la venta de acciones, participaciones u otros derechos cuando la propiedad de los mismos otorgue, de forma directa o indirecta, el derecho al uso y disfrute de bienes inmuebles situados en España. En una línea similar, Finlandia también se ha reservado el derecho de gravar las plusvalías derivadas de la venta de acciones u otros derechos corporativos en sociedades finlandesas, cuando la titularidad de los mismos otorgue el derecho al uso y disfrute de bienes inmuebles situados en Finlandia²²⁴⁵. Por su parte,

X ostenta la competencia para gravar las posibles plusvalías derivadas de una eventual transmisión de los títulos de la sociedad A. Sin embargo, si con posterioridad a la operación de fusión el valor de los títulos de la sociedad B deriva directa o indirectamente en más de un 50% de bienes inmuebles y el CDI suscrito entre los Estados miembros X e Y contiene una disposición similar a la establecida en el artículo 13.4 del MCOCDE, el Estado miembro X podría perder sus facultades impositivas en favor del Estado miembro Y por lo que respecta al gravamen de las posibles plusvalías puestas de manifiesto con motivo de la ulterior transmisión de los títulos de la sociedad B por parte del socio a' (*vid.* VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.263).

²²⁴² *Vid.* párrafo 30 de los Comentarios al artículo 13 del MCOCDE.

²²⁴³ *Vid.* párrafo 31 de los Comentarios al artículo 13 del MCOCDE.

²²⁴⁴ De este modo, se vendría a evitar el potencial uso de sociedades *holding* inmobiliarias (*real estate holding companies*) para eludir los derechos impositivos del Estado en el que se encuentran los bienes inmuebles sobre las plusvalías asociadas a los mismos y que éste podría ejercer si dichos activos se vendiesen de forma directa y no a través de la transmisión de los títulos de la sociedad *holding*. En este sentido, y a título de ejemplo, cabría señalar como Alemania ha incorporado en sus CDIs suscritos con Luxemburgo, Países Bajos, España y Reino Unido una disposición especial relativa a las plusvalías derivadas de la venta de acciones en sociedades cuyos activos sean esencialmente bienes inmuebles (*real state companies*) que resulta idéntica a la contenida en el artículo 13.4 del MCOCDE y que también se aplicará en los futuros CDIs negociados por Alemania (sobre esta cuestión, *vid.* BAHNS, J., "German Tax Treatment of the Sale of Real Estate Company Shares", *Tax Notes International*, vol.74, nº5, 2014, pp.457-462, y BREGENHORN-KUHS, A., LIEBER, B., PROCHOTTA, M., "Germany: New treaty with Netherlands revises tax treatment of gains on real estate company shares", *World Tax Advisor*, Deloitte, 22 January 2016). En una línea similar, podría traerse a colación el artículo 13.1, apartado b), del CDI suscrito entre España y Francia donde se establece que "las ganancias derivadas de la enajenación de acciones, participaciones u otros derechos en una sociedad o entidad jurídica cuyo activo esté principalmente constituido, directamente o por interposición de una o varias sociedades o entidades jurídicas, por bienes inmuebles situados en un Estado contratante o derechos que recaigan sobre tales bienes, pueden someterse a imposición en ese Estado".

²²⁴⁵ Sobre el caso finlandés, *vid.* PENTTILÄ, S., "Finland", *Tax Notes International*, 17 June 2013, p.1164.

Francia se ha reservado la posibilidad de aplicar su normativa interna en relación con el gravamen de las plusvalías derivadas de la venta de acciones o participaciones que integren una “participación sustancial” en el capital de una sociedad residente en Francia²²⁴⁶.

Sobre la base de estas consideraciones, algún autor ya apuntó en su momento que el artículo 8.6 de la Directiva vendría a configurarse como una suerte de *treaty override* que facultaría a los Estados miembros para adoptar a nivel doméstico medidas tendentes a garantizar que, con independencia de lo dispuesto en el CDI en cuestión, las posibles plusvalías puestas de manifiesto en la ulterior transmisión de los títulos representativos del capital de la sociedad beneficiaria o dominante por parte de los socios de la sociedad transmitente o dominada sean gravadas del mismo modo que lo hubiesen sido las plusvalías obtenidas por dichos socios con motivo de la transmisión de los títulos que poseían en el capital social de la sociedad transmitente o dominada con carácter previo a la operación²²⁴⁷. Ciertamente, la adopción de este enfoque del *treaty override* (seguido por algunos Estados miembros como Alemania) podría abrir la puerta al fenómeno de la doble imposición²²⁴⁸. Todo ello, sin perjuicio, claro está, de que los Estados miembros también podrían optar por la solución de introducir en sus CDIs disposiciones tendentes a garantizar sus facultades impositivas en este tipo de supuestos.

Por su parte, y con el fin de evitar que la aplicación del régimen de neutralidad fiscal pudiese traducirse en una pérdida definitiva de los derechos de gravamen de los Estados miembros sobre las plusvalías diferidas (especialmente en las operaciones de canjes de valores²²⁴⁹) o dar como resultado un “trasvase” de recursos fiscales entre Estados miembros, otros autores han señalado que, por una parte, la aplicación de la regla prevista en su artículo 8 debería poder quedar condicionada a que los socios que se benefician de la misma permanezcan dentro de la esfera en la que el Estado miembro obligado a su aplicación pueda ejercitar sus derechos de gravamen con posterioridad a la realización de la operación (p.ej. exigiendo que los socios de la sociedad transmitente o dominada sean residentes en dicho Estado o que, en caso de no serlo, posean sus

²²⁴⁶ Vid. párrafos 33, 35, y 36 de los Comentarios al artículo 13 del MCOCDE.

²²⁴⁷ Así lo entiende, RUHLMANN, M., *op.cit.*, p.569. En este sentido, es importante tener presente que las Directivas europeas prevalecerán sobre el Derecho convencional en la medida en que un CDI suscrito entre Estados miembros se oponga a alguna de sus disposiciones, si bien en todo caso debe tenerse en cuenta el margen de discrecionalidad que en relación con la implementación de algunas Directivas se otorga a los Estados miembros (*vid.* SCHMIDT, M., *op.cit.*, p.503; o KUILE, B.H. *ter, op.cit.*, p.403).

²²⁴⁸ Sobre esta cuestión, *vid.* VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, pp.518-519 y 629-632.

²²⁴⁹ En este sentido, conviene tener presente que, si bien en las operaciones de fusión y escisión, las plusvalías latentes se “transmiten” con los activos transferidos en el marco de dichas operaciones, de forma tal que aunque las mismas se generan en la sociedad transmitente podrán resultar ulteriormente gravadas en sede de la sociedad beneficiaria (o, mejor dicho, en sede de su establecimiento permanente localizado en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente), en las operaciones de canje de valores las plusvalías latentes “permanecen” dentro de la esfera jurídica de los socios de la sociedad dominada trasladándose, eso sí, desde sus participaciones en el capital de dicha sociedad hacia las participaciones recibidas en contrapartida en el capital social de la sociedad dominante (*vid.* TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., *European Tax Law, op.cit.*, p.669).

títulos en dicha sociedad a través de un establecimiento permanente localizado en el territorio del Estado en el que ésta es residente a efectos fiscales y al que deberán quedar vinculados los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria o dominante²²⁵⁰); y, por otra parte, no existiría inconveniente alguno en que el Estado miembro que otorgó el diferimiento proceda al gravamen de dichas plusvalías en aquellos supuestos en los que el socio de la sociedad transmitente o dominada que se benefició de la regla prevista en el artículo 8 de la Directiva pierda su condición de residente a efectos fiscales, siempre, claro está, que el pago del impuesto correspondiente se realice conforme a las reglas previstas en el artículo 5 de la Directiva 2016/1164/UE y, en su caso, dentro de los límites de la jurisprudencia del TJUE en materia de impuestos de salida (p.ej. tratándose de socios personas físicas)²²⁵¹. De hecho, esta es la posición que han adoptado algunos Estados miembros como España²²⁵².

Ahora bien, en relación con esta cuestión, conviene traer a colación la doctrina del TJUE en los asuntos acumulados *Marc Jacob* (C-327/16) y *Marc Lassus* (C-421/16), por cuanto el Tribunal, una vez reconocida la compatibilidad con el artículo 8 de la Directiva de la normativa francesa que obligaba a los socios de la sociedad dominada a declarar la plusvalía resultante de un canje de valores con motivo de la realización de la operación difiriéndose su tributación hasta el momento de la cesión a un tercero por parte de dichos socios de los títulos de la sociedad dominante recibidos en contrapartida, afirmó que desde la óptica del citado precepto (interpretado a la luz del principio de territorialidad fiscal asociado a un componente temporal) no existiría inconveniente en que el Estado miembro que concedió el diferimiento de la plusvalía (en este caso Francia) proceda a su gravamen en el momento de la ulterior transmisión a un tercero de los títulos recibidos en el capital de la sociedad dominante aun cuando dicha transmisión ya no se encuentre comprendida dentro de sus competencias fiscales (p.ej. en aplicación de lo dispuesto en un CDI)²²⁵³.

A este respecto, el TJUE comenzó señalando que el artículo 8.6 de la Directiva 2009/133/CE reconoce el derecho de los Estados miembros que ostentan la competencia fiscal para gravar las posibles plusvalías puestas de manifiesto con motivo de la

²²⁵⁰ A este respecto, cabría señalar como la exigencia de requisitos adicionales en relación con la residencia de los socios de la sociedad transmitente o dominada, más allá de no estar contemplada en la Directiva 2009/133/CE, parece incompatible con la doctrina del TJUE en su sentencia de 22 de marzo de 2018, asuntos acumulados C-327/16 (*Marc Jacob v. Ministre des Finances et des Comptes publics*) y C-421/16 (*Marc Lassus v. Ministre des Finances et des Comptes publics*), aps.38-41, donde se afirma que el hecho de que los socios de la sociedad dominada residan a efectos fiscales en un Estado miembro distinto de aquel donde reside la sociedad dominada o la sociedad dominante no excluye del ámbito de aplicación de la Directiva a una operación de canje de valores definida de acuerdo con lo establecido en su artículo 2, apartado e) y realizada entre sociedades de dos o más Estados miembros que cumplan los requisitos previstos en su artículo 3, habida cuenta de que la norma comunitaria no establece ninguna limitación de su ámbito de aplicación de esta naturaleza.

²²⁵¹ Sobre esta cuestión, *vid.* WHEELER, J.C., *op.cit.*, pp.145-146; o LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J.A., *op.cit.*, p.64.

²²⁵² *Vid.* artículos 80.4 y 81.3 de la LIS.

²²⁵³ *Vid.* STJUE de 22 de marzo de 2018, asuntos acumulados C-327/16 (*Marc Jacob v. Ministre des Finances et des Comptes publics*) y C-421/16 (*Marc Lassus v. Ministre des Finances et des Comptes publics*), ap.66.

realización de una operación de canje de valores pero que no pudieron ejercerla en su momento por aplicación de la regla prevista en el artículo 8.1 de la Directiva, a ejercer dicha competencia cuando se produzca la transmisión a un tercero por parte de los socios de la sociedad dominada de los títulos recibidos en contrapartida de la sociedad dominante. Sin embargo, en el estado actual del Derecho de la UE, los Estados miembros siguen siendo competentes para fijar (mediante convenio o de forma unilateral) los criterios de reparto de su competencia fiscal. Por tanto, la Directiva Fiscal de Fusiones no puede impedir que el Estado miembro que en su momento, y de acuerdo con lo establecido en su Derecho nacional y en CDI aplicable al caso, ostentaba la competencia para gravar las plusvalías puestas de manifiesto en la operación de canje, ejercite dicha competencia con motivo de la cesión a un tercero de los títulos de la sociedad dominante recibidos en contrapartida (aun cuando la potestad tributaria para el gravamen de esta cesión ulterior de los títulos de la sociedad dominante recaiga en otro Estado miembro). A juicio del Tribunal, esta idea resultaría coherente con el principio de territorialidad fiscal (asociado a un componente temporal) desarrollado en su jurisprudencia y en virtud del cual los Estados miembros tienen derecho a gravar las plusvalías generadas en el marco de su competencia fiscal lo que, a su vez, contribuye al mantenimiento del reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros²²⁵⁴.

Todo ello, sin perjuicio de los límites derivados de la libertad de establecimiento prevista en el artículo 49 del TFUE. Así, en la citada sentencia, el TJUE ya tuvo ocasión de declarar que si la transmisión a un tercero de los títulos representativos del capital social de la sociedad dominante diese lugar a una minusvalía y el Estado miembro que en su momento concedió el diferimiento no permitiese su imputación a la plusvalía fiscalmente diferida (que es objeto de gravamen efectivo en el momento de la citada transmisión a pesar de que dicho Estado ya no es competente para gravar las posibles plusvalías puestas de manifiesto como resultado de la misma) por el mero hecho de que el socio en cuestión no fuese residente en su territorio (a diferencia de lo que hubiera sucedido si dicho socio ostentase la condición de residente), nos encontraríamos ante una restricción de la libertad de establecimiento que no encontraría justificación en la necesidad de mantener el reparto equilibrado entre las potestades tributarias de los Estados miembros (ni en otra razón imperiosa de interés general) y, por ende, resultaría incompatible con el Tratado²²⁵⁵. No obstante, debe tenerse presente que, en este tipo de

²²⁵⁴ Vid. STJUE de 22 de marzo de 2018, asuntos acumulados C-327/16 (*Marc Jacob v. Ministre des Finances et des Comptes publics*) y C-421/16 (*Marc Lassus v. Ministre des Finances et des Comptes publics*), aps.59-65.

²²⁵⁵ Vid. STJUE de 22 de marzo de 2018, asuntos acumulados C-327/16 (*Marc Jacob v. Ministre des Finances et des Comptes publics*) y C-421/16 (*Marc Lassus v. Ministre des Finances et des Comptes publics*), aps.81-84. En este sentido, conviene resaltar la distinción que, a estos efectos, realizó el TJUE entre el supuesto de hecho que dio lugar a su jurisprudencia en el asunto *National Grid Indus* y el analizado en el asunto *Marc Lassus*. Así, mientras que el primero pivotaba sobre el aplazamiento del cobro de un impuesto de salida que se había liquidado definitivamente por parte del Estado miembro de origen con motivo del traslado de la residencia fiscal del contribuyente, el segundo trataba del mero diferimiento del gravamen de la plusvalía puesta de manifiesto (y declarada) en el marco de una operación de canje de valores hasta el momento de la ulterior cesión a un tercero de los títulos recibidos en

supuestos, los criterios relativos a la imputación y a la determinación del importe de la minusvalía en cuestión quedarán en manos de los Estados miembros sin perjuicio de su obligación general de respetar el Derecho de la UE²²⁵⁶.

A nuestro juicio, la extensión con carácter general del enfoque sostenido por el TJUE en los asuntos acumulados *Marc Jacob* (C-327/16) y *Marc Lassus* (C-421/16), y relativo a la posibilidad de que el Estado miembro que aplicó la regla de diferimiento con motivo de la operación de reorganización empresarial en cuestión pueda proceder al gravamen de la plusvalía diferida en el momento en que los títulos de la sociedad dominante sean transmitidos a un tercero aun cuando dicha transmisión ya no se encuentre comprendida dentro de sus competencias fiscales, podría dar lugar a problemas de doble imposición si se combina con el principio de mantenimiento del valor fiscal contemplado en los apartados 4 y 5 del artículo 8 de la Directiva 2009/133/CE.

Por ello, y aun cuando este tipo de problemas encontrarían su cauce de resolución natural en los CDIs suscritos entre los Estados miembros, quizás no estaría de más plantearse la posibilidad de acometer una reforma del artículo 8 de la Directiva 2009/133/CE que limitase la aplicación de la regla prevista en su apartado 1 a aquellos supuestos en los que el Estado miembro que otorga el diferimiento mantiene su competencia fiscal sobre las plusvalías puestas de manifiesto con motivo de la ulterior transmisión de los títulos de la sociedad beneficiaria o dominante. De este modo, si tal circunstancia no se cumpliera, el Estado miembro en cuestión podría proceder a liquidar definitivamente la deuda tributaria correspondiente en el momento de realización de la operación de reorganización empresarial en cuestión, sin perjuicio de que su pago pudiera ser aplazado de un modo similar al previsto en el artículo 5 de la Directiva 2016/1164/UE (con independencia de que los socios en cuestión fuesen personas físicas o jurídicas) o incluso hasta el momento de realización “efectiva” de dicha plusvalía (p.ej. con motivo de la transmisión a un tercero de los títulos representativos del capital de la sociedad beneficiaria o dominante). Asimismo, y con el fin de evitar supuestos de doble imposición, los títulos de la sociedad beneficiaria o dominante recibidos en contrapartida deberían ser incorporados en la patrimonio de los socios por el valor de mercado que tenían los títulos mantenidos en el capital de la

contrapartida de la sociedad dominante. Por ello, si bien en el asunto *National Grid Indus* el TJUE afirmó que el hecho de que el Estado miembro de destino no tuviese en consideración las posibles minusvalías generadas desde que la sociedad era residente en su territorio y puestas de manifiesto con motivo de la realización de sus activos no determinaba que el Estado miembro de origen tuviese que volver a liquidar una deuda tributaria que ya se había liquidado de forma definitiva en el momento en el que la sociedad dejó de estar sujeta al impuesto en el Estado miembro de origen debido al traslado de su residencia fiscal, en el asunto *Marc Lassus* el Tribunal concluyó que, en la medida en que el ejercicio efectivo de la competencia fiscal sobre la plusvalía diferida por parte del Estado miembro que aplicó la regla de diferimiento se produce precisamente en el momento en el que se realiza la minusvalía controvertida, tal minusvalía deberá ser tenida en cuenta por parte del Estado miembro que pretende ejercer su competencia fiscal sobre la plusvalía diferida.

²²⁵⁶ Vid. STJUE de 22 de marzo de 2018, asuntos acumulados C-327/16 (*Marc Jacob v. Ministre des Finances et des Comptes publics*) y C-421/16 (*Marc Lassus v. Ministre des Finances et des Comptes publics*), ap.85.

sociedad transmitente o dominada en el momento de realización de la operación (y que se usó como referencia para determinar el importe de la plusvalía diferida). De este modo, los derechos de gravamen de cada uno de los Estados miembros involucrados en la operación se proyectarían únicamente sobre las plusvalías (o minusvalías) generadas en el ámbito de su competencia fiscal²²⁵⁷.

Ciertamente, nos encontramos ante un planteamiento que supondría transformar de algún modo la regla de diferimiento del gravamen actualmente contemplada en el artículo 8 de la Directiva en una regla de mero diferimiento del pago del impuesto devengado con motivo de la realización de una operación transfronteriza de reorganización empresarial. Sin embargo, debe tenerse presente que, por una parte, su aplicación presentaría una naturaleza excepcional, y por otra parte, contribuiría no sólo a garantizar los derechos de gravamen de los Estados miembros en aquellos supuestos en los que la aplicación de los apartados 4, 5 y 6 del artículo 8 de la Directiva se muestra insuficiente, sino también a eliminar posibles supuestos de doble imposición, así como problemas de interacción entre la regla prevista en el artículo 8.6 de la Directiva y lo establecido en los CDIs suscritos entre los Estados miembros involucrados en la operación.

3. El traslado transfronterizo de la sede social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea

3.1. La aplicación de los requisitos contemplados en el artículo 3 de la Directiva a las formas societarias europeas

La Directiva 2009/133/CE aborda de forma específica en su Capítulo V el tratamiento de determinadas cuestiones fiscales vinculadas al traslado entre Estados miembros de la sede social (*registered office, siège statutaire, sede sociale*) de la SE o SCE, lo que no viene sino a poner de manifiesto la singularidad de estas operaciones, tanto por lo que a su propia naturaleza se refiere como por el carácter limitado de las formas societarias que podían llevarla a cabo (al menos hasta la aprobación de la Directiva 2019/2121/UE en el plano del Derecho societario europeo). De hecho, el artículo 1 de la citada norma comunitaria al proceder a la definición de su ámbito de aplicación objetivo hace referencia en apartados diferenciados, por una parte, a las operaciones de fusión, escisión, escisión parcial, aportación de activos y canje de valores en las que intervengan sociedades de dos o más Estados miembros²²⁵⁸, y, por otra parte, a la operación de traslado de domicilio social de un Estado miembro a otro por parte de una SE o SCE²²⁵⁹.

²²⁵⁷ En una línea similar, *vid.* BOULOGNE, F., *Shortcomings in the..., op.cit.*, pp.192-193.

²²⁵⁸ *Vid.* artículo 1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE.

²²⁵⁹ *Vid.* artículo 1, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE.

Precisamente sobre la base de esta diferenciación podría llegar a plantearse si los requisitos establecidos en el artículo 3 de la Directiva resultan de aplicación a estas formas societarias europeas. Ciertamente, el tenor literal de dicho precepto parece vincular los requisitos contenidos en el mismo al término “sociedad de un Estado miembro”, de forma tal que el incumplimiento de alguno de ellos determinaría la exclusión de la operación de reorganización empresarial en cuestión del régimen de neutralidad fiscal. Ahora bien, por otra parte también debe reconocerse que el artículo 3 se encuentra recogido en el Capítulo I de la Directiva bajo el epígrafe “Disposiciones generales” y que las disposiciones contempladas en la norma comunitaria en relación con el traslado de la sede social de la SE y SCE persiguen el mismo objetivo que las previstas en el ámbito de las operaciones de fusión, escisión (total o parcial), aportación de activos, y canje de valores, esto es, garantizar la neutralidad fiscal de estas operaciones tanto a nivel de las sociedades participantes en las mismas como en sede de sus socios. Por ello, entendemos que los requisitos contemplados en el artículo 3 de la Directiva resultan también de aplicación a las SE y SCE cualquiera que sea la operación de reorganización empresarial cubierta por la norma comunitaria en la que participen.

En este sentido, y por lo que respecta al cumplimiento del primero de los requisitos contemplados en el artículo 3 de la Directiva y relativo a la forma que deberán adoptar las entidades participantes en estas operaciones para que resulte de aplicación el régimen de neutralidad fiscal, lo cierto es que casi no requiere mención alguna, por cuanto es obvio que resulta satisfecho al figurar la SE y la SCE en la lista contenida en la parte A del anexo I de la Directiva. De hecho, conviene recordar que uno de los objetivos perseguidos por la Directiva 2005/19/CE consistía precisamente en extender el régimen de neutralidad fiscal a las operaciones de reorganización empresarial en las que participasen estas formas societarias de naturaleza europea, incorporando, asimismo, al ámbito de aplicación objetivo de la Directiva la operación de traslado transfronterizo de la sede social de la SE y la SCE.

Por lo que respecta al segundo de los requisitos previstos por el artículo 3 de la Directiva y relativo a la necesidad de que la sociedad en cuestión tenga su residencia fiscal en un Estado miembro, tampoco parecen existir mayores dificultades para su cumplimiento si partimos de la base de que las normas comunitarias que establecen el régimen jurídico de la SE y la SCE contemplan la obligación de que su domicilio social (*registered office*) y su administración central (*head office*) se encuentren situados dentro del territorio de la Unión Europea y, más concretamente, dentro del mismo Estado miembro²²⁶⁰. En este sentido, no puede perderse de vista que la gran mayoría de las legislaciones fiscales domésticas de los Estados miembros contemplan estos elementos, junto con el ordenamiento según el cual la sociedad fue constituida, como criterios de conexión a la hora de determinar su residencia a efectos fiscales²²⁶¹.

²²⁶⁰ Vid. artículo 7 del Reglamento (CE) n° 2157/2001, y artículo 6 del Reglamento (CE) n° 1435/2003.

²²⁶¹ Vid., a título de ejemplo, el artículo 8.1 de la LIS donde se establece que, con carácter general, se considerarán residentes en territorio español a efectos de sujeción al Impuesto sobre Sociedades las entidades en las que concurra alguno de los siguientes requisitos: a) que se hubieran constituido conforme

De este modo, lo más habitual será que las SE y SCE sean consideradas como residentes fiscales del Estado miembro en el que se encuentre localizado su domicilio social y su sede de administración central lo que, en la práctica, vendría a limitar (que no eliminar) los posibles problemas de doble residencia fiscal. No obstante, a nivel de las legislaciones domésticas de los Estados miembros podría no existir una identidad perfecta entre el concepto fiscal de “sede de dirección efectiva” (*place of effective management*) y el concepto mercantil de “administración central” (*head office*) que emplean los Reglamentos (CE) nº 2157/2001 y nº 1435/2003. De hecho, el propio MCOCDE hace referencia al término “*place of effective management*” en su artículo 4 relativo a la residencia fiscal, mientras que el término “*head office*” se emplea en el marco de los Comentarios a otros preceptos (fundamentalmente en contraposición con el concepto de “*permanent establishment*”) para referirse a la parte de la empresa situada en un Estado de la que depende un establecimiento permanente situado en otro Estado²²⁶².

Esta circunstancia podría determinar (al menos desde un punto de vista teórico) que un Estado miembro distinto de aquél donde se encontrase situado el domicilio social y la sede de administración central de la SE/SCE, o incluso un tercer Estado, considerase a estas formas societarias como residentes a efectos fiscales invocando como criterio de conexión la localización de su sede de dirección efectiva dentro de su territorio, supuesto en el que habría que acudir a la solución prevista en el CDI vigente entre los Estados implicados en la operación para resolver los casos de doble residencia fiscal²²⁶³. Por tanto, en el hipotético (y poco probable²²⁶⁴) caso de que se produjese un conflicto de doble residencia fiscal entre un Estado miembro y un Estado no miembro de la UE, desde la óptica del cumplimiento del requisito previsto en el artículo 3, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE lo verdaderamente relevante será que el CDI en cuestión no sitúe la residencia fiscal de la SE o SCE fuera del territorio de la UE.

Por lo que respecta al tercero de los requisitos previstos en el artículo 3 de la Directiva y relativo a necesidad de que las sociedades participantes en la operación de reorganización empresarial en cuestión se encuentren sujetas, sin posibilidad de opción y sin estar exentas, a uno de los impuestos contemplados en la Parte B del anexo I de la Directiva, o a cualquier otro impuesto que lo sustituyera, no parece que exista dificultad alguna a la hora de verificar su cumplimiento en el caso de la SE habida cuenta de que se trata de una forma societaria de naturaleza análoga a las sociedades anónimas nacionales y, por ende, quedará sujeta (sin posibilidad de opción y sin estar exenta) al

a las leyes españolas; b) que tengan su domicilio social en territorio español; c) que tengan su sede de dirección efectiva en territorio español, es decir, cuando en dicho territorio radique la dirección y control del conjunto de sus actividades.

²²⁶² Vid., a título de ejemplo, los párrafos 28 de los Comentarios al artículo 7 del MCOCDE; el párrafo 27 al de los Comentarios al artículo 11 del MCOCDE; o los párrafos 10, 17 y 25 de los Comentarios al artículo 13 del MCOCDE.

²²⁶³ Sobre esta cuestión, vid. SOLER ROCH, M.T., *op.cit.*, pp.5-6.

²²⁶⁴ De hecho, algunos autores como RUSSO, R., OFFERMANN, R., *op.cit.*, p.253 se inclinan por identificar el término “*head office*” empleado por el artículo 7 del Reglamento SE con el de “*place of effective management*” contenido en el Modelo de Convenio OCDE.

Impuesto sobre Sociedades del Estado miembro en cuestión. En relación con la SCE, el cumplimiento de este requisito no debería plantear problemas en aquellos Estados miembros cuya legislación doméstica considere a las sociedades cooperativas como entidades “opacas” a efectos fiscales y las someta a tributación (sin posibilidad de opción y sin estar exentas) por el Impuesto sobre Sociedades, con independencia de que, dada su finalidad y naturaleza puedan beneficiarse de un régimen fiscal más favorable, tal y como sucede en algunos Estado miembros como España o Bélgica.

3.2. La extensión del régimen de neutralidad fiscal a estas operaciones

Tal y como ya hemos tenido ocasión de señalar en anteriores epígrafes de este trabajo, el traslado de la sede social no puede ser calificado *stricto sensu* como una operación de reorganización empresarial en la medida en que no supone un cambio en la estructura patrimonial y/o accionarial de la sociedad que lo lleva a cabo. Ahora bien, si tenemos en cuenta que estas operaciones constituyen una modalidad de ejercicio de la libertad de establecimiento (al igual que otras operaciones de reorganización empresarial propiamente dichas como fusiones, escisiones, etc.), y que en el ámbito de la SE y SCE disponen de un régimen jurídico-procedimental propio de naturaleza europea que garantiza el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad en cuestión, así como la protección de los derechos de los colectivos afectados por la misma (configurándose en su momento como uno de los principales “atractivos” que presentaban estas formas societarias europeas frente a las sociedades nacionales), lo cierto es que dejar esta operación al margen de los beneficios de la Directiva 2009/133/CE hubiera supuesto *de facto* un importante obstáculo para la correcta implementación del Reglamento (CE) nº 2157/2001 y del Reglamento (CE) nº 1435/2003.

Por ello, y ante la posibilidad de que el traslado de la sede social de la SE y de la SCE de un Estado miembro a otro pudiera dar lugar a alguna forma de imposición en el Estado miembro de origen sobre la propia sociedad o incluso en sede de sus socios, el legislador europeo determinó con acierto la necesidad de extender a estas operaciones el régimen de neutralidad fiscal configurado originariamente por Directiva 90/434/CEE a través de la adaptación de las principales medidas contenidas en su articulado en relación con las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos y canje de valores, y con independencia de que en el marco del traslado de domicilio social se produjera o no un cambio en la residencia fiscal de la sociedad en cuestión.

A este respecto, no conviene perder de vista que, si bien el hecho de que la sede social y la administración central de la SE y de la SCE deban estar situados en el mismo Estado miembro se traducirá en la práctica totalidad de los casos en que el traslado de su domicilio social llevará aparejado un cambio en la residencia fiscal de dichas formas

societarias²²⁶⁵, lo cierto es que una imperfecta interacción a nivel doméstico entre los conceptos de “administración central” y “sede de dirección efectiva” podría dar lugar a excepciones a regla general anteriormente descrita²²⁶⁶. A nuestro juicio, la redacción actual del artículo 4.3 del MCOCDE y sus Comentarios contribuye a eliminar las consecuencias prácticas derivadas de este tipo de excepciones cuando el CDI suscrito entre el Estado miembro de origen y de destino sigue el MCOCDE en la medida en que los supuestos de doble residencia ya no se resolverán automáticamente en favor del Estado donde la sociedad tiene localizada su sede de dirección efectiva sino que serán las autoridades tributarias de los Estados implicados las que deberán adoptar un acuerdo amistoso acerca de esta cuestión teniendo en cuenta, no sólo la localización de la sede de dirección efectiva de la sociedad, sino también su lugar de constitución, así como cualquier otro factor pertinente a estos efectos (p.ej. el lugar de realización de las reuniones del Consejo de administración). De este modo, tratándose de una SE o SCE, lo más probable será que dichos acuerdos consideren residentes fiscales a estas formas societarias en el Estado donde se localiza su domicilio social y su administración central.

En cualquier caso, lo cierto es que, a diferencia de la Propuesta de Directiva de 2003²²⁶⁷, la versión final de la Directiva 2005/19/CE optó por contemplar una dualidad de supuestos (recogida actualmente en los artículos 12 y 13 de la Directiva 2009/133/CE) a la hora de referirse a las medidas aplicables a estas operaciones en el marco del régimen de neutralidad fiscal, a saber: cuando “*a) una SE o una SCE traslade su domicilio social de un Estado miembro a otro, o b) en relación con el traslado de su domicilio social de un Estado miembro a otro, una SE o una SCE que sea residente en el primer Estado miembro deje de ser residente en dicho Estado miembro y pase a serlo en otro Estado miembro*”. Esta redacción permitió a la norma comunitaria dar cobertura a ambos supuestos (evitando posibles interpretaciones heterogéneas al respecto), y especialmente al señalado en la letra b) antes citada²²⁶⁸.

²²⁶⁵ No obstante, algunos autores como TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., *European Tax Law, op.cit.*, p.661, han llegado a afirmar que “el traslado del domicilio social necesariamente implica el traslado de la residencia fiscal de la SE o SCE al otro Estado miembro, convirtiéndose en un contribuyente no residente o inlucyo en una persona no sujeta a imposición en el Estado de origen” (el subrayado es nuestro).

²²⁶⁶ De hecho, el Considerando nº 6 de la Directiva 2005/19/CE establece que “el traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro no siempre dará lugar a que la SE o la SCE dejen de tener su residencia en el primer Estado miembro. La residencia fiscal de la SE o la SCE seguirá siendo la que determinen la legislación nacional y los tratados sobre fiscalidad”, mientras que el Considerando nº 7 de la citada Directiva dispone que “el traslado del domicilio social de una sociedad que dé lugar a que cambie la residencia fiscal o los hechos relacionados con ese traslado pueden dar pie a alguna forma de imposición en el Estado miembro a partir del cual se traslade el domicilio. La imposición puede tener lugar incluso en casos en los que el traslado del domicilio social o los hechos relacionados con dicho traslado no den pie a que cambie la residencia fiscal” (los subrayados son nuestros).

²²⁶⁷ *Vid.* artículo 1, apartado 9 de la Propuesta de Directiva de 2003.

²²⁶⁸ En relación con este supuesto, nótese como la norma comunitaria no sólo exige que la SE o SCE deje de ser residente fiscal en el Estado miembro de origen sino que, con motivo de la operación de traslado de su sede social, adquiera la residencia fiscal “en otro Estado miembro”, expresión que debe identificarse con el Estado miembro de destino (*vid.* LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *op.cit.*, pp.110-111).

Partiendo de esta base, y en línea con lo establecido en su artículo 4, la principal medida contemplada por la Directiva 2009/133/CE en relación con el traslado intra-europeo de la sede social de la SE y de la SCE (dé lugar o no a un cambio en su residencia fiscal) pivota sobre el establecimiento de una prohibición dirigida al Estado miembro de origen que le impide aplicar impuesto alguno sobre las plusvalías latentes asociadas a los elementos de activo y de pasivo de la SE o SCE que, con posterioridad a la operación, queden efectivamente vinculados a un establecimiento permanente de la SE o la SCE situado en el Estado miembro de origen y contribuyan a la generación de bases imponibles en su territorio²²⁶⁹. A este respecto, cabría señalar que, si bien en el ámbito de estas operaciones no se produce una transmisión de elementos de activo y pasivo entre sociedades pertenecientes a distintos Estados miembros, la imposición del mismo requisito previsto el artículo 4.2, apartado b) de la Directiva para las demás operaciones de reorganización empresarial responde a la necesidad de salvaguardar los intereses financieros del Estado miembro de origen ante la pérdida de sus facultades de gravamen basadas en residencia fiscal de la SE o SCE en su territorio que se producirá como resultado de la operación²²⁷⁰.

Ahora bien, en relación con esta cuestión, debe tenerse presente que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5.1, apartado c) de la Directiva 2016/1164/UE, en aquellos supuestos en los que el traslado del domicilio social de una SE o SCE (sujeta al Impuesto sobre Sociedades en un Estado miembro) lleve aparejado el traslado de su residencia fiscal a otro Estado miembro de la UE, el Estado miembro de origen no podrá gravar las posibles plusvalías asociadas a aquellos activos que sigan vinculados de forma efectiva a un establecimiento permanente localizado en su territorio²²⁷¹. De este modo, nos encontramos ante una regla que no sólo se solapa con lo dispuesto en el artículo 12 de la Directiva 2009/133/CE²²⁷², sino que resulta de aplicación en el marco de operaciones de traslado de la sede social entre Estados miembros llevadas a cabo por sociedades nacionales y que determinen un traslado de su residencia fiscal, las cuales no se encuentran cubiertas actualmente por el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE a pesar de que su realización puede articularse a través del marco jurídico-procedimental armonizado previsto para las transformaciones transfronterizas en la Directiva 2017/1132/UE tras la reforma operada por la Directiva 2019/2121/UE²²⁷³.

²²⁶⁹ Vid. artículo 12.1 de la Directiva 2009/133/CE.

²²⁷⁰ En este sentido, vid. PALAO TABOADA, C., “La modificación de la Directiva de Fusiones”, *Revista de contabilidad y tributación*, nº 268, 2005, p.25.

²²⁷¹ Vid. artículo 5.1, apartado c) de la Directiva 2016/1164/UE.

²²⁷² A este respecto, y como bien apuntan CALDERÓN CARRERO, J.M., MARTÍN JIMÉNEZ, A., *Derecho Tributario de...*, *op.cit.*, p.301, tal solapamiento o superposición normativa en el ámbito de las operaciones de traslado transfronterizo del domicilio social de la SE o la SCE debe resolverse en favor de la Directiva 2009/133/CE, de forma tal que sus disposiciones resultarán de aplicación específica y prevalente frente a las contenidas en la Directiva 2016/1164/UE.

²²⁷³ De hecho, incluso con anterioridad a la aprobación de la Directiva 2016/1164/UE, una buena parte de la doctrina ya apuntaba que la exigencia por parte de la Directiva 2009/133/CE del requisito relativo al establecimiento permanente se había visto superada por la evolución de la jurisprudencia del TJUE en materia de impuestos de salida, permitiendo que las operaciones de traslado transfronterizo de la sede con cambio de residencia fiscal realizadas por formas societarias nacionales pudiesen llevarse a cabo en

Por otra parte, no puede perderse de vista como el hecho de que los Reglamentos (CE) nº 2157/2001 y nº 1435/2003 establezcan la obligación de que el traslado de la sede social de la SE y de la SCE deba venir acompañado necesariamente del traslado de su administración central, determinará que los elementos patrimoniales que integran dicha administración central no puedan quedar efectivamente vinculados a un establecimiento permanente localizado en el Estado miembro de origen y, por ende, abrirá la puerta al gravamen de las posibles plusvalías latentes asociadas a dichos elementos patrimoniales de acuerdo con la legislación fiscal doméstica del Estado miembro en cuestión²²⁷⁴. No obstante, si asumimos que la operación de traslado de la sede social (y de la administración central) lleva aparejado un cambio de la residencia fiscal de la SE o de la SCE, la exigencia de impuestos de salida por parte del Estado miembro de origen deberá realizarse de conformidad con lo establecido en el artículo 5 de la Directiva 2016/1164/UE lo que implica, entre otras cuestiones, la necesidad de otorgar a la SE o SCE el derecho a aplazar y fraccionar en cinco años el pago del impuesto de salida exigido en relación con los activos trasladados²²⁷⁵.

Más allá del requisito relativo a la vinculación de los activos y pasivos de la SE o SCE a un establecimiento permanente localizado en el Estado miembro de origen, el artículo 12 de la Directiva 2009/133/CE supedita la aplicación de la regla de diferimiento a la verificación del denominado “principio de continuidad” o “principio del mantenimiento del valor fiscal” (al que ya nos hemos referido a la hora de analizar lo dispuesto en los apartados 4 y 5 del artículo 4 de la Directiva), el cual se traduce en que la SE o la SCE deberá calcular las nuevas amortizaciones y las posibles plusvalías/ minusvalías correspondientes a los elementos de activo y de pasivo que permanezcan vinculados efectivamente al establecimiento permanente localizado en el Estado miembro de origen, como si el traslado del domicilio social no hubiera tenido lugar o la SE o la SCE no hubiera dejado de ser residente fiscal en su territorio. De este modo, si la legislación fiscal doméstica del Estado miembro de origen autoriza a la SE o a la SCE a calcular dichas amortizaciones o plusvalías/minusvalías de una forma diferente o sobre la base de un valor distinto al valor fiscal que ostentaban los elementos patrimoniales antes de la realización de la operación de traslado, el diferimiento del gravamen de las plusvalías latentes previsto en el artículo 12.1 de la Directiva no resultará de aplicación a los elementos de activo y de pasivo con respecto a los cuales la SE o la SCE haya hecho uso de dicha facultad²²⁷⁶.

En segundo lugar, la Directiva 2009/133/CE se ocupa de la cuestión relativa al tratamiento fiscal de las provisiones y reservas estableciendo, en línea con lo dispuesto en su artículo 5, que los Estados miembros deberán garantizar que todas las provisiones o reservas debidamente constituidas en sede de la SE o SCE antes del traslado de su

condiciones fiscales más ventajosas (*vid.*, entre otros, entre otros, TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., *European Tax Law*, *op.cit.*, p.670; CAPITTA, F., LETIZIA, G., *op.cit.*, p.282; o SIGURVALDADOTTIR, V., *op.cit.*, pp.554-555).

²²⁷⁴ Sobre esta cuestión, *vid.* RUSSO, R., OFFERMANN, R., *op.cit.*, p.253.

²²⁷⁵ *Vid.* artículo 5.2, apartado c) de la Directiva 2016/1164/UE.

²²⁷⁶ *Vid.* artículo 12.2 y 12.3 de la Directiva 2009/133/CE.

sede social y con exención total o parcial del impuesto puedan ser asumidas con la misma exención fiscal por parte de un establecimiento permanente de la SE o la SCE localizado en el Estado miembro de origen con posterioridad a la operación, salvo aquéllas que procedan de un establecimiento permanente de la sociedad localizado en el extranjero²²⁷⁷.

En tercer lugar, y por lo que respecta al tratamiento fiscal de las pérdidas existentes en sede la SE o SCE que traslada su sede social, la Directiva 2009/133/CE contiene un regla de no discriminación similar a la contenida en su artículo 6 donde se establece que si la legislación fiscal doméstica del Estado miembro de origen contempla la posibilidad de que una sociedad que traslada su sede social en el interior de su territorio y/o mantiene su residencia fiscal dentro del mismo pueda imputar en ejercicios anteriores (*carry back*) o posteriores (*carry forward*) las pérdidas no compensadas a efectos fiscales, deberá hacer lo propio en relación con la asunción de las pérdidas no compensadas a efectos fiscales de la SE o SCE que lleve a cabo el traslado transfronterizo de su sede social por parte del establecimiento permanente que dicha sociedad tendrá localizado en su territorio²²⁷⁸. A este respecto, la referencia explícita por parte del artículo 13.2 de la Directiva a la posibilidad de que las pérdidas no compensadas a efectos fiscales puedan ser imputadas por parte de la SE o SCE en ejercicios anteriores o posteriores (y que no figuraba en la Propuesta de Directiva de 2003) debe ser saludada en la medida en que viene a clarificar una cuestión sobre la que el tenor literal del artículo 6 de la Directiva no se pronunciaba, abriendo la puerta a posibles interpretaciones divergentes por parte de los Estados miembros.

De este modo, y en la medida en que, con carácter general, a nivel de las legislaciones de los Estados miembros el traslado interno de la sede social de la sociedad no se configura como una operación que afecte a la posibilidad de compensar las BINs existentes (lo cual resulta coherente con el hecho de que en este tipo de operaciones sólo participa una única sociedad que no desaparece como resultado de la misma ni deja de ser residente a efectos fiscales en su territorio), podría afirmarse que, en el marco de las operaciones de traslado transfronterizo de la sede social de la SE o de la SCE, la posibilidad de que el establecimiento permanente localizado en el Estado miembro de origen asuma las pérdidas existentes en sede de la SE o SCE y no compensadas a efectos fiscales se configura como un práctica generalizada, sin

²²⁷⁷ Vid. artículo 13.1 de la Directiva 2009/133/CE. Ciertamente, la mera observancia del tenor literal del citado precepto pone de manifiesto como la versión en lengua española presenta serios problemas de redacción que, ya sea por la omisión de palabras, signos ortográficos o por una pobre sintaxis, vienen a dificultar la comprensión del mismo. Por ello, y en línea con las versiones en lengua inglesa, francesa, italiana o portuguesa de este artículo, entendemos que el tercer párrafo del artículo 13.1 de la Directiva debería estar redactado del siguiente modo: “*los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, cuando las provisiones o reservas debidamente constituidas por la SE o la SCE antes del traslado del domicilio social estén parcial o totalmente exentas de imposición y no provengan de establecimientos permanentes en el extranjero, dichas provisiones o reservas puedan ser asumidas, en las mismas condiciones de exención del impuesto, por parte de un establecimiento permanente de la SE o la SCE situado en el territorio del Estado miembro de donde fue trasladado el domicilio social*” (la cursiva es nuestra).

²²⁷⁸ Vid. artículo 13.2 de la Directiva 2009/133/CE.

perjuicio, claro está, de los límites que a nivel doméstico pueda imponer la legislación del Estado miembro de origen en relación con el importe de las pérdidas que pueden ser objeto de compensación o con el plazo máximo en el que éstas pueden utilizarse para minorar las bases imponibles de la sociedad. De hecho, pueden encontrarse voces entre la doctrina que, partiendo de esta base, entienden que el artículo 13.2 de la Directiva 2009/133/CE debería imponer a los Estados miembros la obligación de garantizar que las pérdidas existentes en sede la SE o SCE antes de la operación de traslado y no compensadas a efectos fiscales pudiesen ser asumidas en todo caso por el establecimiento permanente de la SE o de la SCE localizado en el Estado miembro de origen²²⁷⁹.

En cuarto lugar, la Directiva 2009/133/CE hace referencia al ámbito de la imposición de los socios de la SE o de la SCE que traslada su sede social a otro Estado miembro a pesar de que en el marco de dicha operación no se produce la atribución a dichos socios de títulos representativos del capital social de otra sociedad, tal y como sucede en las operaciones de fusión, escisión (total o parcial) o canje de valores. No cambia pues ni el control sobre los títulos de la SE o SCE ni el valor por el que figuran en su balance. En cualquier caso, y con el fin de garantizar la neutralidad fiscal de estas operaciones (evitando que algún Estado miembro pueda considerarlas como un evento gravable en sede de sus socios²²⁸⁰), la Directiva establece que el traslado de la sede social de la SE o SCE entre Estados miembros no podrá dar lugar a la exigencia de impuesto alguno sobre las rentas, beneficios o plusvalías de los socios²²⁸¹, sin perjuicio de que las plusvalías derivadas de la ulterior transmisión de los títulos representativos del capital social de la SE o la SCE puedan ser gravadas por parte de los Estados miembros en el momento en que se produzca dicha transmisión²²⁸². Nos encontramos pues ante una medida dirigida tanto al Estado miembro de origen como al Estado miembro de residencia de los socios que, con carácter general y a la luz de lo establecido en el artículo 13.5 del MCOCDE, será el competente para gravar las plusvalías asociadas a la transmisión de títulos representativos del capital social de una sociedad.

A este respecto, cabría señalar como la interacción entre la regla contenida en el artículo 14.1 de la Directiva y lo establecido en los CDIs suscritos entre los Estados miembros en relación con la competencia de gravamen sobre las plusvalías puestas de manifiesto como resultado de la transmisión de acciones en el capital de una sociedad podría dar lugar a supuestos en los que el traslado del domicilio social de la SE o de la SCE se traducirá en una pérdida o limitación de las facultades impositivas sobre las plusvalías derivadas de la transmisión de los títulos representativos de su capital social por parte del Estado miembro de residencia de sus socios o del Estado miembro de

²²⁷⁹ En este sentido *vid.* AURELIO, M., *op.cit.*, p.349.

²²⁸⁰ *Vid.* HOFSTÄTTER, M., HOHENWARTER-MAYR, D., *op.cit.*, p.175.

²²⁸¹ *Vid.* artículo 14.1 de la Directiva 2009/133/CE.

²²⁸² *Vid.* artículo 14.2 de la Directiva 2009/133/CE.

origen donde la SE o SCE tenía localizada su residencia fiscal con carácter previo a la operación.

Pensemos, por ejemplo, en una SE o SCE residente a efectos fiscales en el Estado miembro A que traslada su sede social al Estado miembro B, siendo sus socios residentes en el Estado miembro C. De este modo, si el CDI suscrito entre los Estados miembros A y C sigue la regla prevista en el artículo 13.5 del MCOCDE, con carácter previo a la operación de traslado, será el Estado miembro C el que ostente la competencia exclusiva para gravar las posibles plusvalías puestas de manifiesto como resultado de la transmisión de los títulos representativos del capital social de la SE o SCE. No obstante, en la medida en que la operación de traslado de la sede social al Estado miembro B determine un cambio en la residencia fiscal de la SE o SCE, la competencia exclusiva de gravamen del Estado miembro C podría verse limitada si el CDI suscrito entre dicho Estado y el Estado miembro de destino (B) se aparta del MCOCDE y otorga facultades impositivas sobre dichas plusvalías al Estado miembro de residencia de la SE o SCE. Por el contrario, si el CDI suscrito entre los Estados miembros A y C otorgaba competencias de gravamen al Estado miembro de origen (A) en el que se localizaba la residencia fiscal de la SE o SCE antes de la operación sobre las posibles plusvalías puestas de manifiesto en sede de sus socios con motivo de la transmisión de los títulos representativos de su capital social, la operación de traslado de la sede social de la SE o SCE (y su consiguiente cambio de residencia fiscal en favor del Estado miembro B) determinará la pérdida de las facultades impositivas del Estado miembro de origen (A) sobre dichas plusvalías al tratarse de la transmisión de acciones en el capital de una sociedad no residente en manos de socios no residentes²²⁸³.

Ciertamente, en este tipo de supuestos, nos encontraríamos ante una problemática de naturaleza similar (aunque con matices derivados de la ausencia de un intercambio de títulos en sede de los socios de la SE o SCE) a la ya analizada en relación con la interacción entre la reglas previstas en los apartados 1 y 6 del artículo 8 de la Directiva en aquellos casos en los que el Estado miembro que otorgó el diferimiento del gravamen de las plusvalías puestas de manifiesto en sede de los socios de la sociedad transmitente o dominada no ostentaba competencias de gravamen sobre la ulterior transmisión de los títulos recibidos en contrapartida de la sociedad beneficiaria o dominante. Por ello, nos remitimos a las consideraciones efectuadas en su momento acerca de lo dispuesto en los citados apartados del artículo 8, así como en relación a los problemas de doble imposición derivados de la aplicación del enfoque sostenido por el TJUE en los asuntos acumulados *Marc Jacob* (C-327/16) y *Marc Lassus* (C-421/16), habida cuenta de que, en lo esencial, podrían resultar de aplicación en el contexto de la regla prevista en el artículo 14 de la Directiva 2009/133/CE²²⁸⁴.

²²⁸³ Sobre esta cuestión, *vid.* AURELIO, M., *op.cit.*, p.350.

²²⁸⁴ Sobre los problemas de doble imposición que pueden plantearse en el marco de operaciones de traslado transfronterizo de la SE o de la SCE como resultado de la interacción entre la regla prevista en el artículo 14.2 de la Directiva 2009/133/CE y lo dispuesto en los CDIs de los Estados miembros

Por último, y en relación con las disposiciones previstas en el artículo 10 de la Directiva 2009/133/CE, cabría señalar como, si bien la Propuesta de Directiva de 2003 planteaba su extensión a aquellos supuestos en los que la SE o SCE que trasladaba su sede social a otro Estado miembro disponía de un establecimiento permanente en el extranjero²²⁸⁵, finalmente la Directiva 2005/19/CE optó por no incorporar disposición alguna al respecto²²⁸⁶. De este modo, y por lo que respecta al Estado miembro en el que encuentre localizado el establecimiento permanente de la SE o SCE, cabría señalar que, si bien el hecho de que no se produzca una transmisión de los elementos patrimoniales afectos al citado establecimiento permanente a otra sociedad determinará que, en la práctica, la operación en cuestión no dé lugar a gravamen alguno en dicho Estado miembro, lo cierto es que la norma comunitaria no le obliga a diferir la tributación de posibles plusvalías ya que la regla prevista en el artículo 12 de la Directiva se dirige exclusivamente al Estado miembro de origen.

Asimismo, y en la medida en que los elementos patrimoniales afectos al establecimiento permanente de la SE o SCE localizado en el extranjero no quedarán afectos a un establecimiento permanente de dicha sociedad localizado en el Estado miembro de origen, éste podrá proceder, en su caso, a gravar las posibles beneficios o plusvalías vinculadas al establecimiento permanente situado en el extranjero sin que la Directiva 2009/133/CE le imponga la obligación de conceder un crédito fiscal por el impuesto que se hubiese satisfecho en Estado miembro en el que se localiza dicho establecimiento permanente de no ser por la aplicación de las disposiciones de la Directiva lo que, en definitiva, podría traducirse en un obstáculo fiscal a la realización de estas operaciones, así como una restricción a la libertad de establecimiento de dichas formas societarias europeas²²⁸⁷.

Por otra parte, y por lo que respecta a las pérdidas de los establecimientos permanentes situados en otro Estado miembro que se hubiesen deducido del beneficio de la SE o de la SCE en su Estado miembro de residencia, cabría señalar que el propio Considerando nº 8 de la Directiva 2005/19/CE reconoce la facultad de dicho Estado miembro para reintegrar dichas pérdidas en los beneficios imposables de la SE o SCE con motivo de la realización de la operación de traslado de su sede social (y residencia fiscal) a otro Estado miembro²²⁸⁸. No obstante, en todo caso, el ejercicio de esta

involucrados en la operación, *vid.* CALDERÓN CARRERO, J.M., MARTÍN JIMÉNEZ, A., *Derecho Tributario de...*, *op.cit.*, pp.332-333.

²²⁸⁵ En este sentido, el artículo 1, apartado 9 de la Propuesta de Directiva de 2003 contemplaba la incorporación de dos apartados al que sería el artículo 10 *ter* de la Directiva Fiscal de Fusiones donde se establecía, por una parte, que “lo dispuesto en el artículo 10 será de aplicación en caso de traslado del domicilio social de una SE o una SCE, si ésta posee un establecimiento permanente en otro Estado miembro, pese a no registrarse transmisión alguna de elementos de activo y de pasivo entre sociedades” y, por otra parte, que “a efectos de lo dispuesto en el presente artículo, se considerará que la SE o la SCE que traslada su domicilio social es, a un tiempo, la sociedad transmitente y la sociedad beneficiaria”.

²²⁸⁶ Sobre esta cuestión, *vid.* AURELIO, M., *op.cit.*, p.350.

²²⁸⁷ Sobre esta cuestión, *vid.* VANDE VELDE, I., *op.cit.*, p.111; o VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, pp.268 y 394.

²²⁸⁸ En este sentido, *vid.* RUSSO, R., OFFERMANN, R., *op.cit.*, p.252.

potestad vendrá limitado por el derecho de establecimiento previsto en el artículo 49 del TFUE y, muy particularmente, por la jurisprudencia del TJUE en esta materia.

En definitiva, y a modo de síntesis, podría afirmarse que, un en contexto de falta de armonización del régimen fiscal aplicable a las SE y SCE, los artículos 12, 13 y 14 de la Directiva 2009/133/CE se limitan a adaptar y extender, en la medida de lo posible, las medidas contempladas en los artículos 4, 5, 6 y 8 de la norma comunitaria, en un intento de eliminar los obstáculos de naturaleza fiscal que, con anterioridad a la reforma operada por la Directiva 2005/19/CE, dificultaban estas operaciones y limitaban la implementación efectiva de los Reglamentos (CE) n° 2157/2001 y n° 1435/2003²²⁸⁹. Esta idea queda reflejada en las legislaciones domésticas de algunos Estados miembros como España que han optado por no reproducir todas las disposiciones contenidas en el Capítulo V de la Directiva 2009/133/CE, empleando una suerte de fórmula genérica en virtud de la cual se establece la extensión del régimen de neutralidad fiscal aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores a las operaciones de traslado intra-EU de la sede social de la SE y de la SCE²²⁹⁰. Por tanto, y con carácter general, también resultarán de aplicación en el ámbito del traslado transfronterizo de la sede social de la SE y SCE los comentarios realizados en este trabajo acerca de los límites y aspectos problemáticos que plantean las medidas contenidas en los citados preceptos y a los que ahora nos remitimos con el fin de evitar reiteraciones innecesarias.

4. La transparencia fiscal en el ámbito de la Directiva 2009/133/CE

4.1. Consideraciones generales

Tal y como hemos tenido ocasión de apuntar en anteriores epígrafes de este trabajo, el hecho de que a través de la Directiva 2005/19/CE se incorporasen entidades de naturaleza híbrida (entendidas como aquéllas que, si bien en su Estado miembro de residencia eran consideradas como sujetos pasivos del Impuesto sobre sociedades, podían ser calificadas por parte de otros Estados miembros como transparentes a efectos fiscales²²⁹¹) a la lista contenida en el anexo de la Directiva 90/434/CEE, determinó la necesidad de introducir disposiciones específicamente destinadas a extender y a adaptar las medidas contempladas en sus artículos 4 y 8 a aquellas operaciones transfronterizas de reorganización empresarial en las que participaban este tipo de entidades, bien a

²²⁸⁹ A juicio de algunos autores como SOLER ROCH, M.T., *op.cit.*, p.7, el régimen contenido en el Capítulo V de la Directiva 2009/133/CE representa una mera “solución de compromiso; es decir, equidistante entre el gravamen de las plusvalías latentes en cualquier caso y la ausencia de gravamen (...)”.

²²⁹⁰ *Vid.* artículo 76.7 de la LIS.

²²⁹¹ A título de ejemplo, podrían traerse a colación las “*sociétés civiles*”, sujetas al Impuesto sobre Sociedades en Francia, o las “*société en nom collectif*”, sujetas al Impuesto sobre Sociedades en Bélgica, pero que, sin embargo, eran consideradas transparentes a efectos fiscales en algunos Estados miembros como Alemania (sobre esta cuestión. *vid.* BENECKE, A., SCHNITGER, A., *op.cit.*, p.174).

nivel de la propia sociedad transmitente/dominada o beneficiaria/dominante, o bien a nivel de los socios (personas jurídicas) de la primera²²⁹².

A este respecto, no puede perderse de vista como, en ausencia de estas disposiciones, el recurso al Derecho primario de la UE no se configuraría como un mecanismo adecuado y suficiente para garantizar una aplicación satisfactoria del régimen de neutralidad fiscal a las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial en las que participen entidades de naturaleza “híbrida”, habida cuenta de que, de acuerdo con la doctrina del TJUE en el asunto *Columbus Container Services BVBA & Co*²²⁹³, el respeto al principio de no discriminación, sólo exigiría que los Estados miembros otorgasen a las sociedades no residentes consideradas como transparentes a efectos fiscales el mismo trato fiscal que a las sociedades de su misma naturaleza residentes en su territorio²²⁹⁴.

Ciertamente, nos encontramos ante disposiciones complejas de difícil interpretación²²⁹⁵ que pretenden guardar un delicado equilibrio entre la conveniencia de extender el régimen de neutralidad fiscal a las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial en las que participen entidades híbridas y la necesidad de evitar que esto pueda afectar al reparto equilibrado entre las potestades impositivas de los Estados miembros o crear oportunidades de fraude o evasión fiscal²²⁹⁶.

No obstante, y como tendremos ocasión de analizar más adelante, el hecho de que la propia Directiva contemple en su artículo 11 la posibilidad de que los Estados

²²⁹² A este respecto, cabría señalar como en el ámbito de la Directiva Matriz-Filial también se planteó esta necesidad, introduciéndose a través de la Directiva 2003/123/CE una disposición específica de aplicación a aquellos supuestos de reparto transfronterizo de dividendos en los que el Estado miembro de la sociedad matriz otorga a una filial de ésta localizada en otro Estado miembro la consideración de transparente a efectos fiscales (*vid.* artículo 4.2 de la Directiva 2011/96/UE). Por el contrario, en el contexto de la Directiva 2003/49/CE se echan en falta disposiciones de esta naturaleza aun cuando, si bien su ámbito de aplicación subjetivo se circunscribe a formas societarias que tradicionalmente son calificadas como opacas por la mayoría de Estados miembros, podría darse el caso de que alguna de las entidades contenidas en su anexo pudiese ser calificada como transparente a efectos fiscales por un Estado miembro distinto al del lugar de su constitución o registro (sobre esta cuestión, *vid.* COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Report from the Commission to the Council in accordance with Article 8 of Council Directive 2003/49/EC on a common system of taxation applicable to interest and royalty payments made between associated companies of different Member States*, COM (2009) 179 final, 17.04.2009, ap.3.3.5.2). De hecho, en la Propuesta de Directiva de 11 de noviembre de 2011 relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros, COM(2011) 714 final, tampoco se contempla la introducción de ninguna disposición de este tipo a pesar de la ampliación de la lista de entidades cubiertas por su ámbito de aplicación.

²²⁹³ *Vid.* STJUE de 6 de diciembre de 2007, asunto C-298/05, *Columbus Container Services BVBA v. Finanzamt Bielefeld-Innenstadt*, aps.39-41.

²²⁹⁴ *Vid.* BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, p.244.

²²⁹⁵ En este sentido, *vid.* RUSSO, R., OFFERMANN, R., *op.cit.*, p.256.

²²⁹⁶ En este sentido, no puede perderse de vista como la Acción 2 del proyecto BEPS, aborda entre otras cuestiones los problemas de doble no-imposición vinculados a la utilización en entidades híbridas (*vid.* OECD, *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2: Inclusive Framework on BEPS*, OECD publishing, Paris, 2017). Un estudio en profundidad sobre esta cuestión, puede encontrarse en PARADA, L., *Double Non-taxation and the Use of Hybrid Entities: An Alternative Approach in the New Era of BEPS*, Kluwer Law International, Alphen aad den Rijn, 2018.

miembros puedan no aplicar las reglas introducidas específicamente en la norma comunitaria para garantizar la extensión del sistema de diferimiento del gravamen de las plusvalías a aquellos supuestos en los que la sociedad transmitente o la sociedad beneficiaria sean consideradas como transparentes a efectos fiscales por un Estado miembro distinto de aquél en el que tenían localizada su residencia fiscal, se configura como un elemento que irremediablemente sitúa a las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial en las que participen entidades de naturaleza híbrida en una situación de desventaja competitiva frente a aquéllas en las que participen sociedades consideradas como opacas a efectos fiscales por todos los Estados miembros involucrados en la operación.

A este respecto, y con carácter previo, cabría señalar como, desde la óptica de la Directiva 2009/133/CE, la consideración de transparente a efectos fiscales pivota sobre la evaluación por parte de un determinado Estado miembro de las características jurídicas de la sociedad o del socio en cuestión con arreglo al Derecho nacional conforme al cual fueron constituidos²²⁹⁷, sin perjuicio de que posteriormente dicho Estado compare los elementos definidores de la entidad o socio no residente con aquéllos propios de las entidades propias de su Derecho interno con el fin de concluir si la entidad no residente debe ser considerada como transparente a efectos fiscales (con independencia, por tanto, de si el Estado miembro donde dicha entidad tiene su residencia le otorga esta misma calificación). Ciertamente, a través de esta fórmula se estarían excluyendo aquellos supuestos de transparencia fiscal por razón del régimen tributario que les es aplicable en su Estado de residencia²²⁹⁸ o derivados de la aplicación de normas CFC²²⁹⁹, sin perjuicio, claro está de que los Estados miembros puedan extender de forma unilateral la aplicación de las disposiciones específicas para entidades transparentes contenidas en la Directiva 2009/133/CE a este tipo de supuestos (p.ej. cuando la sociedad transmitente no residente en cuestión se encuentra sometida en su Estado miembro de residencia a un régimen de transparencia fiscal sobre la base de consideraciones distintas a su forma social)²³⁰⁰.

Por tanto, podría afirmarse que, en un contexto de falta de armonización plena en el ámbito del Derecho societario por lo que respecta a los caracteres definidores de

²²⁹⁷ Vid. artículos 4.3, 8.3, y 11, apartados 1, 3 y 4 de la Directiva 2009/133/CE. En este sentido, se observa una diferencia con la Propuesta de Directiva de 2003 donde se establecía que los Estados miembros debían partir de “sus disposiciones de Derecho civil aplicables a la organización de las sociedades mercantiles” para determinar si las sociedades o socios participantes en la operación tenían la consideración de transparentes a efectos fiscales.

²²⁹⁸ Vid. LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *op.cit.*, p.105.

²²⁹⁹ Vid. AURELIO, M., *op.cit.*, p.339. A este respecto, nótese que la aplicación de normas CFC podría determinar, por ejemplo, que los beneficios de una filial extranjera fuesen gravados en sede de su sociedad matriz por considerar el Estado miembro de residencia de ésta última que dicha filial tenía la consideración de transparente a efectos fiscales debido a la falta de sustancia de las actividades realizadas o por beneficiarse en su Estado miembro de residencia de un régimen de baja tributación (*vid.* TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., *European Tax Law, op.cit.*, p.681).

²³⁰⁰ En este sentido, *vid.* PALAO TABOADA, C., “La modificación de la Directiva de Fusiones”, en ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., GONZÁLEZ GARCÍA, E., RAMALLO MASSANET, J., LEJEUNE VALCÁRCEL, E., YÁBAR STERLING, A. (coords.), *Estudios en homenaje al profesor Pérez de Ayala*, Dykinson, Madrid, 2007, p.846-847.

las diferentes formas societarias, a la hora de determinar si una sociedad/socio (persona jurídica) ostenta la consideración de transparente a efectos fiscales, los Estados miembros deberán llevar a cabo el siguiente proceso: 1) en primer lugar, deberán analizarse los elementos definidores de la entidad jurídica en cuestión de acuerdo con lo establecido en la legislación societaria doméstica (y, en su caso, civil) conforme al cual fueron constituidos (p.ej. en relación con aspectos tales como la gestión y representación de la entidad, la transmisión de participaciones, o el alcance de la responsabilidad de los socios por las deudas sociales)²³⁰¹; y 2) en segundo lugar, y a la vista de dichos elementos, se efectuará una comparación con las figuras societarias propias del Estado miembro que realiza la calificación con el fin de determinar a cuál de ellas podría resultar equiparable o esencialmente similar la entidad extranjera analizada.

De este modo, si la forma societaria “equivalente” en Derecho nacional es considerada transparente a efectos fiscales, entonces la entidad jurídica extranjera que ha sido evaluada también lo será, y el Estado miembro de cuestión deberá aplicar las disposiciones específicas contenidas para este tipo de supuestos en la Directiva 2009/133/CE. En este sentido, no conviene perder de vista que la relevancia de estas disposiciones será tanto mayor cuanto mayor sea el número de entidades jurídicas nacionales a las que el Estado miembro que realiza la calificación aplique un régimen de transparencia fiscal²³⁰².

4.2. Implicaciones derivadas de la consideración de la sociedad transmitente o dominada como transparente a efectos fiscales

4.2.1. La aplicación de la regla de diferimiento en sede de los socios de la sociedad transmitente o dominada no residente de naturaleza híbrida

En aquellos supuestos en los que la sociedad transmitente en el marco de una operación transfronteriza de fusión, escisión (total o parcial), o aportación de activos presentaba una naturaleza híbrida, de forma tal que, por una parte, se encontraba sujeta

²³⁰¹ No obstante, en algunos Estados miembros como Luxemburgo no sólo se analizan las características estrictamente legales de la entidad extranjera en cuestión, sino también las particularidades introducidas por sus estatutos o *individuell-konkrete Betrachtung*, así como sus características económicas. Sobre esta cuestión *vid.* HOOR, O., “Classification of Foreign Entities for Luxembourg Tax Purposes: Methodology and Tax Consequences”, *European Taxation*, vol.52, nº4, 2012, pp.135-148.

²³⁰² Así, por ejemplo, en España la impacto de estas disposiciones presenta un impacto limitado en la medida en que una interpretación conjunta de los artículos 6 y 7.1, apartado a) de la LIS determina que sólo tributarán en régimen de atribución de rentas por razón de su naturaleza las sociedades civiles que no tengan objeto mercantil, las herencias yacentes, las comunidades de bienes y las demás entidades carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición. De este modo, la gran mayoría de entidades nacionales de los diferentes Estados miembros serán consideradas por España como “opacas” a efectos fiscales. Sobre esta cuestión, y desde la óptica de España, *vid.* PALAO TABOADA, C., “La modificación de la Directiva de Fusiones”, *Revista de contabilidad y tributación*, nº 268, 2005, pp.19 y 20.

al Impuesto sobre Sociedades en el Estado miembro de su residencia (sin posibilidad de opción y sin estar exenta) y, por otra parte, era considerada como transparente a efectos fiscales en el Estado miembro de residencia de sus socios, la aplicación de la regla prevista en el artículo 4.1 de la Directiva 2009/133/CE no resultaba efectiva para los fines para los que había sido diseñada en la medida en que una parte de las rentas/plusvalías generadas por la sociedad transmitente (cuyo gravamen debía ser diferido por parte de su Estado miembro de residencia) podía ser gravada vía imputación de rentas en sede de los socios cuyos Estados miembros de residencia la consideraban como transparente a efectos fiscales²³⁰³.

No obstante, lo cierto es que, desde la perspectiva del Estado miembro de residencia del socio que considera a la sociedad transmitente no residente como transparente a efectos fiscales, la operación de fusión o escisión en cuestión puede ser contemplada como la mera transmisión de una rama de actividad o establecimiento permanente por parte de dicho socio a una sociedad residente en otro Estado miembro, supuesto en el que el Estado miembro de residencia del socio debería abstenerse de gravar las rentas o plusvalías vinculadas a los elementos patrimoniales transmitidos en aplicación de lo establecido en el artículo 10.1 de la Directiva 2009/133/CE o incluso de acuerdo con lo establecido en el propio CDI suscrito con el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente si éste sigue lo dispuesto en los artículos 7.1 y 13.2 del MCOCDE. Ahora bien, en todo caso debe tenerse presente que los citados preceptos no resultarían de aplicación en el caso de que los elementos de activo y pasivo que integran el patrimonio de la sociedad no residente considerada transparente a efectos fiscales no constituyan una rama de actividad o establecimiento permanente, abriendo la puerta al gravamen de las plusvalías puestas de manifiesto como resultado de su transmisión en el marco de una operación transfronteriza de reorganización empresarial por parte del Estado miembro de residencia de sus socios²³⁰⁴.

Por ello, y con el fin de garantizar el correcto funcionamiento del régimen de neutralidad fiscal, haciendo extensivas las ventajas de la Directiva a este tipo de operaciones en las que participan entidades híbridas²³⁰⁵, el legislador europeo introdujo, a través de la Directiva 2005/19/CE, un nuevo apartado en el artículo 4 de la Directiva 90/434/CE en virtud del cual se impone al Estado miembro de residencia de los socios de la sociedad transmitente no residente que es considerada como transparente a efectos fiscales la obligación de diferir en sede de dichos socios el gravamen de las rentas, beneficios o plusvalías determinadas por la diferencia positiva entre el valor real y el valor fiscal de los elementos patrimoniales transferidos que pudieran ponerse de

²³⁰³ Un ejemplo ilustrativo puede encontrarse en VAN DEN BRANDE, E., *op.cit.*, p.121. En este sentido, nótese que si todos los Estados miembros de residencia de los socios de la sociedad transmitente no residente la considerasen como “opaca” a efectos fiscales, el conjunto de rentas y plusvalías generadas en sede de la misma tan sólo resultarían gravables *a priori* por parte de su Estado miembro de residencia, el cual debería aplicar la regla prevista en el artículo 4.1 de la Directiva, siempre que se verificase el cumplimiento de los requisitos previstos a tal efecto y no resultase de aplicación la cláusula anti-abuso prevista en su artículo 15.

²³⁰⁴ En este sentido, *vid.* BOULOGNE, F., *Shortcomings in the..., op.cit.*, pp.228-229.

²³⁰⁵ *Vid.* Considerando nº 12 de la Directiva 2005/19/CE.

manifiesto con motivo de la realización de una operación de fusión, escisión (total o parcial) o aportación de activos²³⁰⁶, siempre, claro está, que se verifique el cumplimiento de los requisitos previstos por la norma comunitaria a los que ya nos hemos referido.

A este respecto, cabría señalar que, mientras el cumplimiento del requisito relativo al denominado “principio del mantenimiento del valor fiscal” se exige de forma explícita en el artículo 4.4 de la Directiva, el requisito relativo a la necesidad de que el conjunto patrimonial transmitido quede vinculado a un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria localizado en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente parece exigirse de forma implícita al referirse el artículo 4.3 de la Directiva a los “elementos de activo y pasivo transferidos”, expresión que aparece definida precisamente en el artículo 4.2, apartado b) de dicha norma comunitaria. No obstante, algún autor ha llamado la atención acerca de que, desde la óptica del Estado miembro de residencia de los socios que considera a la sociedad transmitente no residente como transparente a efectos fiscales, la exigencia del requisito contemplado en este último precepto resulta “ilógica” en la medida en que no vendría a cumplir la finalidad para la que fue concebido, esto es, garantizar los derechos impositivos de los Estados miembros²³⁰⁷.

Ciertamente, podría decirse que la obligación de diferimiento prevista en el artículo 4.3 de la Directiva 2009/133/CE se proyecta sobre el Estado miembro de residencia de los socios de la sociedad “híbrida”, al igual que la obligación contemplada en el artículo 4.1 de la citada norma lo hace, con carácter general, sobre el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente²³⁰⁸. De este modo, los sujetos beneficiados de la regla prevista en el artículo 4.3 de la Directiva serán los socios de la entidad no residente considerada como transparente a efectos fiscales, por cuanto no verán gravadas vía imputación de rentas las posibles plusvalías que pudieran ponerse de manifiesto en el momento de llevarse a cabo la operación de reorganización empresarial en cuestión. Se pretende así eliminar el posible obstáculo que podría surgir derivado de la oposición de dichos socios a la realización de la operación por motivos fiscales.

Asimismo, la introducción de esta medida resulta plenamente coherente con lo establecido en el artículo 4.1 de la Directiva, ya que si en el Estado miembro de residencia fiscal de la sociedad transmitente (donde ésta no es considerada como transparente fiscal) se produce el diferimiento del gravamen de las plusvalías latentes vinculadas a los elementos patrimoniales transferidos, no tendría sentido que dichas plusvalías fuesen gravadas en manos de los socios residentes en otro Estado miembro que considerase a dicha sociedad como transparente a efectos fiscales.

En relación con esta cuestión, es importante tener presente que la regla prevista en el artículo 4.3 de la Directiva no resulta de aplicación en aquellos casos en los que la

²³⁰⁶ Vid. artículo 4.3 de la Directiva 2009/133/CE.

²³⁰⁷ Así lo entiende, BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, p.229.

²³⁰⁸ En este sentido, *vid.* AURELIO, M., *op.cit.*, p.339.

entidad transmitente no residente es considerada como opaca a efectos fiscales en el Estado miembro de residencia de sus socios a pesar de ser considerada como transparente a efectos fiscales en su propio Estado miembro de residencia. Ciertamente, el hecho de que la sociedad transmitente no quede sujeta al Impuesto sobre Sociedades en su Estado miembro de residencia determinaría el incumplimiento del requisito previsto en el artículo 3, apartado c) de la Directiva y, por ende, la exclusión de la operación de reorganización empresarial en cuestión del régimen de neutralidad fiscal. Por tanto, desde la óptica de la Directiva 2009/133/CE, podría afirmarse que *a priori* no existirían impedimentos para que, por una parte, el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente pueda gravar las rentas puestas de manifiesto como resultado de la operación en sede de sus socios ya fueran éstos residentes o no residentes (siempre, claro está, que tratándose de socios no residentes en su territorio disponga de competencias de gravamen en virtud de lo establecido en el CDI suscrito con el Estado donde residan dichos socios) al no resultar de aplicación la regla prevista en el artículo 4.1 de la Directiva y, por otra parte, el Estado miembro de residencia de los socios de la sociedad transmitente pueda gravar las plusvalías puestas de manifiesto como resultado de la atribución de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria (tratándose de una operación de fusión o escisión) al no resultar de aplicación lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Directiva.

Sin embargo, a este respecto se ha apuntado que, siendo los socios de la sociedad transmitente considerada transparente a efectos fiscales en su Estado miembro de residencia personas jurídicas que satisfagan los requisitos del artículo 3 de la Directiva, y configurándose los elementos de activo y pasivo que integran el patrimonio de la sociedad transmitente como una rama de actividad o establecimiento permanente, la operación también podría ser contemplada por parte del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente como una suerte de aportación de rama de actividad o establecimiento permanente por parte de una sociedad residente o no residente, lo que le obligaría a aplicar la regla de diferimiento, bien en aplicación de lo establecido en el artículo 4 de la Directiva o bien en aplicación de lo establecido en el párrafo tercero del artículo 10.1 de la citada norma comunitaria²³⁰⁹.

Por otra parte, se ha apuntado que la regla prevista en el artículo 4.3 de la Directiva no resulta de aplicación a aquellos supuestos en los que un Estado miembro otorga a la sociedad dominada no residente la condición de transparente a efectos fiscales. Ciertamente, desde la perspectiva del Estado miembro de residencia de los socios de la sociedad considerada transparente, la operación de canje de valores podría ser vista como una aportación de rama de actividad/establecimiento permanente localizada en otro Estado miembro, lo que determinaría la necesidad de renunciar a sus derechos de gravamen sobre las posibles plusvalías puestas de manifiesto como resultado de la operación en virtud de lo establecido en el artículo 10.1 de la Directiva. Por su parte, y desde la óptica del Estado miembro de residencia de la sociedad dominada, la operación se califica efectivamente como un canje de valores habida

²³⁰⁹ En este sentido, *vid.* BOULOGNE, F., *Shortcomings in the..., op.cit.*, pp.230-231.

cuenta de que dicha sociedad es considerada como “opaca” a efectos fiscales en el Estado miembro en el que tiene localizada su residencia. Por ello, en caso de que éste dispusiese de facultades impositivas (en su condición de Estado de la fuente) sobre las plusvalías derivadas de la adquisición de los títulos de la sociedad dominada por parte de la sociedad dominante, estaría obligado aplicar la regla de diferimiento prevista en el artículo 8.1 de la Directiva²³¹⁰.

En definitiva, podría afirmarse que la introducción del apartado 3 en el artículo 4 de la Directiva 2009/133/CE está orientada a equiparar las consecuencias fiscales de las operaciones de fusión, escisión (total o parcial), y aportaciones de activos en las que la sociedad transmitente es considerada como sujeto del Impuesto sobre Sociedades tanto en su Estado miembro de residencia como en el Estado miembro de residencia de sus socios, y aquéllas en las que la sociedad transmitente es considerada como sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades en su Estado miembro de residencia pero transparente a efectos fiscales en el Estado miembro de residencia de sus socios.

4.2.2. La “cláusula de escape” prevista en el artículo 11.1 de la Directiva 2009/133/CE

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la propia Directiva 2009/133/CE contiene una suerte de “cláusula de escape” aplicable no sólo en el ámbito de las fusiones, escisiones (totales o parciales) y aportaciones de activos, sino también en el de los canjes de valores, que faculta al Estado miembro que otorgue a una sociedad transmitente o dominada no residente la consideración de transparente a efectos fiscales a no aplicar las disposiciones de la Directiva y gravar, en aplicación de su legislación doméstica, a las personas que posean una participación directa o indirecta en dicha sociedad con respecto a las rentas, los beneficios y las plusvalías procedentes de la misma²³¹¹. En este sentido, cabría señalar que la referencia a la participación “directa o indirecta” en la sociedad considerada transparente a efectos fiscales permitiría al Estado miembro en cuestión gravar a aquellas personas o entidades que ostentasen su participación en el capital de dicha sociedad híbrida a través de una entidad tipo *partnership*²³¹².

No obstante, tratándose de operaciones de fusión y escisión, la aplicación de esta regla no debería afectar a los títulos recibidos por los socios de la sociedad transmitente considerada transparente en el capital de la sociedad beneficiaria de forma tal que, verificándose el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 8 de la Directiva, el Estado miembro competente (con carácter general, aquel donde los socios residan a efectos fiscales) deberá diferir el gravamen de las posibles plusvalías puestas de

²³¹⁰ Sobre esta cuestión, *vid.* BOULOGNE, F., *Shortcomings in the..., op.cit.*, p.239.

²³¹¹ *Vid.* artículo 11.1 de la Directiva 2009/133/CE.

²³¹² En este sentido, *vid.* AURELIO, M., *op.cit.*, p.340.

manifiesto con motivo de la atribución a los mismos de títulos representativos del capital de la sociedad beneficiaria a cambio de los títulos que ostentaban en el capital de la sociedad transmitente²³¹³.

Ciertamente, nos encontramos ante una medida cuya finalidad parece responder al riesgo de que, en aquellos casos en los que el Estado miembro de residencia de los socios de la sociedad transmitente o dominada no residente considerada transparente a efectos fiscales emplea un sistema de imposición de beneficios globales, éste pueda perder sus facultades impositivas sobre las rentas de dicha sociedad imputadas a los socios residentes en su territorio en aquellos supuestos en los que la sociedad beneficiaria o dominante tenga la consideración de “opaca” a efectos fiscales. En este sentido, conviene señalar que, con posterioridad a la realización de la operación de reorganización empresarial en cuestión, el Estado miembro de residencia de los socios de la sociedad transmitente considerada transparente a efectos fiscales no dispondrá, con carácter general, de competencias de gravamen sobre las rentas puestas de manifiesto con motivo de una ulterior transmisión a una sociedad no participante en la operación de los activos y pasivos que integran el establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria localizado en el Estado miembro de la sociedad transmitente (ni tampoco sobre los beneficios generados por el mismo) o con motivo de la transmisión de los títulos de la sociedad dominada por parte de la sociedad dominante²³¹⁴; todo ello, sin perjuicio de que dicho Estado pudiera gravar las distribuciones de beneficios de la sociedad beneficiaria o dominante a los socios residentes en su territorio.

Ahora bien, en la medida en que el Estado miembro de residencia de los socios de la sociedad no residente considerada transparente a efectos fiscales disponga de competencias de gravamen sobre las posibles plusvalías derivadas de la transmisión de sus títulos en el capital social de la sociedad beneficiaria o dominante, sus derechos impositivos no se verían afectados como resultado de la operación de reorganización empresarial en cuestión²³¹⁵. De hecho, algunos autores se han mostrado críticos con la cláusula de escape prevista en el artículo 11.1 de la Directiva en la medida en que vendría a restar efectividad a la regla contemplada en el artículo 4.3²³¹⁶.

Por otra parte, cabría señalar como, una cuestión que la redacción del artículo 11.1 de la Directiva no aclara gira en torno a si el Estado miembro de residencia de las personas que posean una participación directa o indirecta en la sociedad transmitente o dominada no residente considerada como transparente a efectos fiscales podría gravar las pérdidas (*recapture of losses*) procedentes de la sociedad híbrida que en los ejercicios anteriores a la realización de la operación transfronteriza de reorganización empresarial en cuestión se hubiesen empleado para minorar el beneficio imponible de dichos socios o partícipes en su territorio. A nuestro juicio, la admisión de esta posibilidad no debería plantear problemas desde el punto de vista del régimen de

²³¹³ Así lo entiende, LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *op.cit.*, p.106.

²³¹⁴ *Vid.* VANDE VELDE, I., *op.cit.*, p.109.

²³¹⁵ En este sentido, *vid.* LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *op.cit.*, p.106.

²³¹⁶ En este sentido, *vid.* AURELIO, M., *op.cit.*, p.339.

neutralidad fiscal configurado por la Directiva 2009/133/CE²³¹⁷ ya que, de lo contrario, podría afectarse al reparto equilibrado de las potestades tributarias entre los Estados miembros, por ejemplo, en aquellos supuestos en los que un socio A, residente en el Estado miembro X, se ha estado deduciendo de su base imponible a lo largo de varios ejercicios las pérdidas procedentes de la sociedad B, residente en el Estado miembro Y, y considerada como transparente a efectos fiscales por el Estado miembro X, la cual, en el momento en que comienza obtener beneficios, es absorbida por parte de una sociedad C (también controlada por A), residente en el Estado miembro Z, y que es considerada como “opaca” a efectos fiscales por parte del Estado miembro X de forma tal que ya no podrá imputar sus rentas positivas a la sociedad A²³¹⁸.

De hecho, en los supuestos de aportación de un establecimiento permanente localizado en un Estado miembro distinto a aquel donde reside la sociedad transmitente la propia Directiva contempla de forma explícita la posibilidad de que el Estado miembro de la sociedad transmitente pueda reintegrar en los beneficios imponibles de dicha sociedad las pérdidas anteriores del establecimiento permanente extranjero que ésta hubiese utilizado para disminuir su beneficio imponible en el Estado miembro de su residencia²³¹⁹.

En cualquier caso, lo cierto es que la propia Directiva 2009/133/CE impone a aquellos Estados miembros que hagan uso de la facultad prevista en su artículo 11.1 la obligación de admitir la deducción del impuesto que, de no ser por las disposiciones de la Directiva, se hubiera aplicado a la sociedad considerada transparente a efectos fiscales, por sus rentas, beneficios o plusvalías realizadas, del mismo modo y por el mismo importe por el que dicho Estado miembro lo habría hecho si el impuesto hubiera sido aplicado y pagado en el Estado de residencia de la entidad híbrida²³²⁰. Ciertamente, el hecho de que la citada obligación dependa en última instancia de lo establecido en la legislación doméstica del Estado miembro de residencia de los socios de la sociedad considerada transparente a efectos fiscales o en el CDI suscrito con el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente o dominada podría dar lugar a problemas de doble imposición²³²¹. No obstante, y en la medida en que el surgimiento del citado fenómeno entraría en conflicto con la finalidad perseguida por el artículo 11.2 de la Directiva 2009/133/CE, se ha apuntado por parte de la doctrina que el Estado miembro de residencia de los socios de la sociedad considerada transparente a efectos fiscales estaría obligado a conceder el crédito fiscal antes mencionado con independencia de que, en ausencia de la aplicación de la Directiva, no estuviese obligado a hacerlo en

²³¹⁷ En este mismo sentido, *vid.* RUSSO, R., OFFERMANN, R., *op.cit.*, p.256; o AURELIO, M., *op.cit.*, p.340.

²³¹⁸ Sobre esta cuestión, *vid.* BENECKE, A., SCHNITGER, A., *op.cit.*, p.175.

²³¹⁹ *Vid.* artículo 10.1, párrafo segundo de la Directiva 2009/133/CE.

²³²⁰ *Vid.* artículo 11.2 de la Directiva 2009/133/CE.

²³²¹ *Vid.* RUSSO, R., “Partnerships and Other Hybrid Entities and the EC Corporate Direct Tax Directives”, *European Taxation*, vol.46, n°10, 2006, p.482.

virtud de lo establecido en su normativa fiscal doméstica o en el correspondiente CDI²³²².

Por último, cabría apuntar que nos encontramos ante una medida similar a la prevista en el artículo 10.2 de la Directiva (si bien no queda condicionada a que el Estado miembro de residencia de los partícipes en la entidad híbrida aplique un sistema de imposición de beneficios globales) y que, con el fin de evitar problemas de doble imposición²³²³, apuesta por el sistema de la imputación frente al de la exención²³²⁴. De este modo, podría decirse que los socios o partícipes de la sociedad transmitente no residente considerada como transparente a efectos fiscales finalmente sólo podrán ser gravados por el diferencial entre la tributación personal que les correspondería con motivo de la imputación de los beneficios, rentas, y plusvalías puestas de manifiesto con motivo de la realización de la operación de reorganización empresarial en cuestión y los impuestos que el Estado miembro de residencia de la entidad híbrida habría percibido sobre las citadas, rentas, beneficios, y plusvalías si las disposiciones de la Directiva no se lo hubiesen impedido²³²⁵.

4.3. La aplicación de la regla de diferimiento en sede de las personas que ostentan un interés en los socios de la sociedad transmitente o dominada considerados como transparentes a efectos fiscales

Un problema de similar naturaleza al apuntado en el epígrafe anterior se planteaba en aquellos casos en los que un Estado miembro consideraba como transparente a efectos fiscales a una sociedad no residente que, a su vez, ostentaba la condición de socio de una sociedad que participaba a título de transmitente (fusión o escisión) o dominada (canje de valores) en el marco de una operación transfronteriza de reorganización empresarial. Ciertamente, en este tipo de supuestos, nos encontraríamos con que, si bien el gravamen de las posibles rentas, beneficios o plusvalías derivadas de la atribución a la sociedad considerada como transparente a efectos fiscales de títulos representativos del capital de la sociedad beneficiaria o dominante a cambio de sus

²³²² Así lo entiende, BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, p.238.

²³²³ *Vid.* LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *op.cit.*, p.106. En contra, ÁLVAREZ-BUYLLA ORTEGA, A., *op.cit.*, p.9, entiende que la medida prevista en el artículo 11.2 de la Directiva 2009/133/CE no pretendería evitar un supuesto de doble imposición (ya que ésta no se produce), sino que más bien establecer un criterio de “equivalencia de tributación”.

²³²⁴ En este sentido, *vid.* PALAO TABOADA, C., “La modificación de la Directiva de Fusiones”, en ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., GONZÁLEZ GARCÍA, E., RAMALLO MASSANET, J., LEJEUNE VALCÁRCEL, E., YÁBAR STERLING, A. (coords.), *Estudios en homenaje al profesor Pérez de Ayala*, Dykinson, Madrid, 2007, p.848. No obstante, algún autor ha apuntado que el artículo 11 de la Directiva 2009/133/CE resulta más amplio que su artículo 10, por cuanto este último sólo resulta aplicable a los Estados miembros que emplean el sistema del crédito fiscal para evitar la doble imposición, mientras que el primero permite dar cobertura a situaciones en las que se aplique tanto el método de la exención como el método del crédito (*vid.* VAN DEN BRANDE, E., *op.cit.*, p.123).

²³²⁵ En este sentido, *vid.* TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., *European Tax Law*, *op.cit.*, p.680; y ÁLVAREZ-BUYLLA ORTEGA, A., *op.cit.*, p.9.

títulos en el capital de la sociedad transmitente o dominada debía ser diferido en aplicación de lo establecido en el artículo 8.1 de la Directiva por parte del Estado miembro competente (con carácter general, aquel donde la “sociedad-socio” tenía localizada su residencia fiscal y era considerada opaca a efectos fiscales), dichas rentas, beneficios o plusvalías podían ser gravadas vía imputación de rentas por parte del Estado miembro de residencia de las personas físicas o jurídicas que participasen en el capital de la sociedad híbrida²³²⁶, e incluso por parte del propio Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente o dominada.

Pensemos, por ejemplo, en una operación de fusión transfronteriza en virtud de la cual una sociedad A, residente en el Estado miembro X, absorbe a una sociedad B, residente en el Estado miembro Y, entregando en contrapartida a la sociedad C, residente en el Estado miembro Z y que ostenta en 100% de los títulos representativos del capital de la sociedad B, títulos representativos de su capital social. Si dicha operación quedase cubierta por el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE y la sociedad C no tuviese la condición de transparente a efectos fiscales en el Estado miembro de residencia de sus socios, los artículos 4.1 y 8.1 de la citada norma europea resultarían suficientes para garantizar la neutralidad fiscal de la operación en su conjunto, esto es, tanto en sede de la sociedad transmitente como en sede de sus socios. Ahora bien, si el Estado de residencia de los socios de la sociedad C considerase a dicha sociedad como transparente a efectos fiscales podría ver la operación como una suerte de cancelación de la participación que éstos tenían en la sociedad B a través de un establecimiento permanente localizado en el Estado miembro Z a cambio de títulos representativos del capital de la sociedad A y, por ende, imputarles las posibles rentas, beneficios o plusvalías derivadas de la atribución a la sociedad C de títulos representativos del capital de la A a cambio de sus títulos en el capital de la sociedad B²³²⁷.

De este modo, a imagen y semejanza de la extensión del régimen de neutralidad fiscal a los supuestos en los que la sociedad transmitente no residente era considerada como transparente a efectos fiscales en el Estado miembro de residencia de sus socios²³²⁸, la reforma operada por la Directiva 2005/19/CE introdujo una disposición específica en el artículo 8 de la Directiva Fiscal de Fusiones a través de la cual se impone al Estado miembro que otorgue a un socio de la sociedad transmitente o dominada no residente la consideración de transparente a efectos fiscales la obligación de no gravar a las personas que posean un interés en dicho socio por las rentas, beneficios o plusvalías que se deriven de la atribución al socio de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria o dominante con motivo de la realización

²³²⁶ A este respecto, y como bien apunta CALDERÓN CARRERO, J.M., “La regulación española...”, *op.cit.*, p.23, conviene tener presente que, con carácter general, el TJUE ya validó en su sentencia de 6 de diciembre de 2007, asunto C-298/05, *Columbus Container Services BVBA v. Finanzamt Bielefeld-Innenstadt* la compatibilidad con el Derecho de la UE de las cláusulas de naturaleza *look-through*, si bien su aplicación se encuentra limitada por el principio de no discriminación.

²³²⁷ *Vid.* VAN DEN BRANDE, E., *op.cit.*, pp.121-122.

²³²⁸ *Vid.* artículo 4.3 de la Directiva 2009/133/CE.

de una operación de reorganización empresarial cubierta por el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE²³²⁹. No obstante, a juicio de algunos autores, esta disposición contenida en el artículo 8.3 de la Directiva no vendría a constituir en sentido estricto una obligación *ex novo* para los Estados miembros, sino más bien una mera clarificación de la regla general prevista los artículos 8.1 y 8.2 que también alcanzaría al Estado miembro de residencia de las personas que poseen una participación en el capital de una sociedad considerada por dicho Estado como transparente a efectos fiscales y que, a su vez, ostenta la condición de socio de una sociedad transmitente o dominada²³³⁰.

A este respecto, conviene tener presente que, por una parte, la extensión del diferimiento del gravamen de las plusvalías en sede de las personas que poseen un interés en el socio de la sociedad transmitente o dominada considerado como transparente a efectos fiscales hasta el momento en que éste transmita a un tercero los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria o dominante recibidos en contrapartida²³³¹ quedará condicionado, en todo caso, al cumplimiento del requisito relativo al mantenimiento por parte del socio en cuestión del valor fiscal de los títulos de la sociedad beneficiaria o dominante recibidos en contrapartida²³³²; y, por otra parte, nada impedirá que los Estados miembros puedan gravar a dichas personas vía imputación de rentas en la parte relativa a la posible compensación adicional en efectivo que pudiera percibir el socio de la sociedad transmitente o dominada considerado como transparente a efectos fiscales²³³³.

En relación con el requisito previsto en los apartados 4 y 5 del artículo 8 de la Directiva 2009/133/CE, se ha apuntado que la referencia al término “socio” que figura en los mismos debería entenderse realizada a las personas que posean un interés en el mismo (los denominados “partícipes”) en la medida en que, en primer lugar, si el socio de la sociedad transmitente o dominada fuese considerado como transparente en su Estado miembro de residencia no debería atribuir ningún valor fiscal a los títulos recibidos en el capital social de la sociedad beneficiaria o dominante; en segundo lugar, ni el Estado miembro de residencia de los partícipes en el socio de la sociedad transmitente o dominada ni, en su caso, el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente o dominada gravarán a dicho socio por las posibles plusvalías derivadas de la atribución de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria (sino a los partícipes en el mismo) al considerarlo como transparente a efectos fiscales, con independencia de que en su Estado miembro de residencia el socio en cuestión pudiese ser considerado como opaco a efectos fiscales; y, en tercer lugar, el Estado miembro de residencia del partícipe en el socio considerado como transparente a efectos fiscales y, en su caso, el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente o dominada (obligados a aplicar la regla de diferimiento en virtud de lo establecido en el artículo 8.3 de la Directiva), sólo podrán conservar sus derechos de gravamen en la medida en que

²³²⁹ Vid. artículo 8.3 de la Directiva 2009/133/CE.

²³³⁰ Así lo entiende AURELIO, M., *op.cit.*, p.342.

²³³¹ Vid. artículo 8.6 de la Directiva 2009/133/CE.

²³³² Vid. artículo 8, apartados 4 y 5 de la Directiva 2009/133/CE.

²³³³ Vid. artículo 8.9 de la Directiva 2009/133/CE.

sea el partícipe en el socio de naturaleza híbrida (y no el propio socio) el que aplique el principio del mantenimiento del valor fiscal²³³⁴. Asimismo, y en consecuencia con lo anterior, también los apartados 8 y 9 del artículo 8 de la Directiva deberían incluir una referencia adicional a las personas que posean un interés en el socio considerado transparente a efectos fiscales²³³⁵.

De este modo, podría afirmarse que, con carácter general, y siempre que concurren determinados requisitos a los que ya nos hemos referido, los beneficios, rentas o plusvalías derivadas de la atribución de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria o dominante a los socios de la sociedad transmitente o dominada no serán objeto de gravamen en el momento de realización de la operación de reorganización empresarial en cuestión ni en sede de los propios socios, ni vía imputación de rentas en sede de las personas que tuvieran un interés en dichos socios cuando éstos tuviesen la condición de transparentes a efectos fiscales o presentasen una naturaleza híbrida²³³⁶.

En relación con esta cuestión, cabría apuntar que, a diferencia de lo que sucede con las sociedades participantes en las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial cubiertas por la Directiva 2009/133/CE, la norma comunitaria no establece ningún requisito en relación a sus socios o partícipes, de forma tal que, mientras la regla contemplada en el artículo 4.3 de la Directiva sólo resultará de aplicación cuando la entidad transmitente híbrida en cuestión se encuentre recogida en la lista contemplada en su anexo, la regla prevista en el artículo 8.3 de la Directiva entrará en juego *a priori* cualquiera que sea la forma jurídica, la residencia fiscal, o el impuesto al que se hallen sujetos los socios de la sociedad transmitente o dominada y sus partícipes, siempre, claro está, que la operación de base cumpla los requisitos de acceso al régimen de neutralidad fiscal. Sin embargo, en la medida en que las obligaciones impuestas por la Directiva no pueden extenderse a terceros Estados, lo cierto es que la aplicación de lo dispuesto en el artículo 8.3 de la norma comunitaria sólo podrá garantizarse cuando el Estado con competencias de gravamen sobre las personas que poseen un interés en la

²³³⁴ En este sentido, *vid.* BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, p.235. Sin embargo, nótese como, en aquellos supuestos en los que el obligado a aplicar la regla de diferimiento en virtud de lo establecido en el artículo 8.3 de la Directiva sea el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente o dominada, difícilmente podrá conservar sus derechos de gravamen con posterioridad a la operación ya que, aun cuando la regla prevista en el artículo 8.4 de la Directiva se entienda aplicable al partícipe en el socio considerado como transparente a efectos fiscales, difícilmente dispondrá de facultades impositivas sobre un partícipe no residente que transmite títulos de una sociedad también no residente. Un enfoque crítico con el contenido del artículo 8.3 de la Directiva también puede encontrarse en RUSSO, R., *op.cit.*, p.484, quien llega incluso a plantearse la necesidad del citado precepto apuntando que en aquellos supuestos en los que el Estado miembro de residencia de los “partícipes” considere al socio no residente de la sociedad transmitente o dominada en el que éstos poseen un interés como transparente a efectos fiscales, dicho Estado podría considerar a los “partícipes” como los socios de la sociedad transmitente o dominada (no residente) y, por ende, aplicar en consecuencia el resto de las disposiciones de la Directiva (p.ej. el artículo 8.1).

²³³⁵ Así lo entiende, VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, pp.266-267.

²³³⁶ Sobre esta cuestión, *vid.* VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, pp.265-266, quien apunta como la Directiva 2009/133/CE no aborda los problemas de doble imposición que pueden plantearse en el ámbito de las entidades híbridas.

“sociedad-socio” considerada transparente a efectos fiscales pertenezca a la Unión Europea.

4.4. Implicaciones derivadas de la consideración de la sociedad beneficiaria o dominante como transparente a efectos fiscales

A diferencia de lo que sucede en aquellos supuestos en los que un Estado miembro otorga a la sociedad transmitente no residente la consideración de transparente a efectos fiscales y, por tanto, somete a gravamen a sus socios por las rentas o plusvalías puestas de manifiesto como resultado de la operación de reorganización empresarial en cuestión, la Directiva 2009/133/CE no contiene una disposición específica aplicable a los supuestos en los que es la sociedad beneficiaria o dominante la que, aun siendo considerada como opaca a efectos fiscales en su Estado miembro de residencia, tiene la calificación de transparente a efectos fiscales en el resto de Estados miembros involucrados en la operación.

Ciertamente, en este tipo de supuestos, y por lo que respecta al Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente, resultarían de aplicación las reglas previstas en los artículos 4 y 8 de la Directiva de forma tal que éste tendría que diferir, por una parte, el gravamen de las plusvalías puestas de manifiesto en sede de la sociedad transmitente y, por otra parte, en caso de que dispusiese de facultades impositivas sobre los socios no residentes de la sociedad transmitente en virtud de lo establecido en el correspondiente CDI, el gravamen de las posibles plusvalías derivadas de la atribución de títulos de la sociedad beneficiaria a dichos socios (supuestos de fusión o escisión)²³³⁷.

Por su parte, y tratándose de operaciones de fusión o escisión, el Estado miembro de residencia de los socios de la sociedad transmitente (que, con carácter

²³³⁷ A este respecto, algún autor ha apuntado que, tratándose de operaciones de fusión (o escisión) en las que los socios de la sociedad transmitente residen en Estados miembros distintos a aquél donde tiene localizada su residencia fiscal la sociedad transmitente, el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente podría no aplicar la regla prevista en el artículo 4.1 de la Directiva al entender que no se da cumplimiento *stricto sensu* al requisito previsto en el artículo 4.2, apartado b) de dicha norma por cuanto los elementos patrimoniales transmitidos no quedarían vinculados a un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria localizado en su territorio (al ser ésta considerada como transparente a efectos fiscales), sino a un establecimiento permanente de los propios socios (persona jurídica) originarios no residentes de la sociedad transmitente y que, con posterioridad a la operación, se convierten en socios de la sociedad beneficiaria (*vid.* BOULOGNE, F., *Shortcomings in the..., op.cit.*, p.232). Ahora bien, a nuestro juicio, lo cierto es que, con carácter general y de acuerdo con las reglas previstas en el MCOCDE, si los activos y pasivos transferidos quedan vinculados a un establecimiento permanente localizado en el territorio del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente, éste conservará sus derechos impositivos sobre las plusvalías diferidas con independencia de quién dependa dicho establecimiento permanente y, por ende, se daría cumplimiento a la finalidad para la que fue concebido el requisito previsto en el artículo 4.2, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE. Asimismo, conviene señalar que la problemática apuntada ya no se plantearía en relación con aquellas fusiones o escisiones en las que los socios de la sociedad transmitente residiesen en su mismo Estado miembro, o si se tratase de operaciones de aportación de activos.

general, será el competente para gravar las plusvalías puestas de manifiesto como resultado de la transmisión de títulos) deberá diferir, en aplicación de lo establecido en el artículo 8 de la Directiva, el gravamen de las posibles plusvalías derivadas de la atribución a dichos socios de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria a cambio de los que poseían en el capital social de la sociedad transmitente con carácter previo a la operación.

Ahora bien, tal y como han apuntado algunos autores, el hecho de que el Estado miembro de residencia de los socios de la sociedad transmitente considere a la sociedad beneficiaria como transparente a efectos fiscales podría poner en tela de juicio el cumplimiento del requisito previsto en el artículo 8.4 de la Directiva en la medida en que pueda entenderse que los títulos mantenidos en el capital social de la sociedad transmitente no se “intercambian” estrictamente por títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria sino por los activos y pasivos que integran el establecimiento permanente de dicha sociedad localizado en el Estado miembro de la transmitente con posterioridad a la operación²³³⁸. De ahí, la necesidad de que en estos casos resulte necesario que el Estado miembro de residencia de la socios de la sociedad transmitente o dominada tenga la posibilidad de no diferir el gravamen de las rentas, beneficios o plusvalías puestas de manifiesto en sede de los socios de la sociedad transmitente o dominada con motivo de la atribución de títulos de la sociedad (híbrida) beneficiaria o dominante.

Asimismo, y de un modo similar a lo que sucedía en aquellos supuestos en los que la sociedad transmitente era considerada como transparente a efectos fiscales en su propio Estado miembro de residencia, el hecho de que sea el Estado miembro donde tiene localizada su residencia a efectos fiscales la sociedad beneficiaria o dominante el que la considere como transparente a efectos fiscales (a diferencia del resto de Estados miembros involucrados en la operación) determinaría el incumplimiento del requisito previsto en el artículo 3, apartado c) de la Directiva y, por ende, la exclusión de la operación de reorganización empresarial en cuestión del régimen de neutralidad fiscal.

No obstante lo anterior, es importante tener presente que en aquellos supuestos en los que un Estado miembro otorgue a una sociedad beneficiaria o dominante no residente la consideración de transparente a efectos fiscales, en virtud de una evaluación de las características jurídicas de dicha sociedad efectuada por dicho Estado miembro con arreglo a la ley conforme a la cual se haya constituido, la Directiva 2009/133/CE abre la puerta a la no aplicación por parte de dicho Estado de las disposiciones previstas en los apartados 1 a 3 de su artículo 8²³³⁹. De este modo, aquellos Estados miembros que hubiesen calificado a la sociedad beneficiaria o dominante no residente como

²³³⁸ En este sentido, *vid.* VAN DEN BRANDE, E., *op.cit.*, pp.123-124; o BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, p.232, quien, no obstante, se plantea la posibilidad de que dicho requisito pueda darse por cumplido si el valor fiscal otorgado al establecimiento permanente en cuestión por parte de los socios de la sociedad transmitente no resulta superior al que tuvieran los títulos poseídos en el capital social de la sociedad transmitente con carácter previo a la operación.

²³³⁹ *Vid.* artículo 11.3 de la Directiva 2009/133/CE.

transparente a efectos fiscales y que de acuerdo con lo establecido en el CDI correspondiente dispongan de potestades de gravamen sobre los socios de la sociedad transmitente o dominada o, en caso de ser éstos también considerados como transparentes a efectos fiscales, sobre las personas que posean un interés en los mismos, podrán proceder al gravamen de las posibles rentas, beneficios o plusvalías puestas de manifiesto como resultado de la operación de fusión, escisión (total o parcial), o canje de valores y derivadas de la atribución a dichos socios de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria o dominante.

La finalidad de esta “cláusula de escape” introducida por el legislador europeo en el articulado de la Directiva 2009/133/CE parece pivotar sobre la necesidad de evitar que el Estado miembro competente para gravar a los socios de la sociedad transmitente o dominada pudiese ver anuladas sus facultades impositivas debido a la naturaleza híbrida de la sociedad beneficiaria no residente²³⁴⁰. Pensemos, por ejemplo, en los socios residentes en el Estado miembro Z de una sociedad A, residente en el Estado miembro X y “opaca” a efectos fiscales en el Estado miembro Z, que transfieren sus acciones en el capital de dicha sociedad a la sociedad híbrida B, residente en el Estado miembro Y y considerada como transparente a efectos fiscales por el Estado miembro Z, a cambio de títulos representativos de su capital social. En este tipo de supuestos, algunos autores han apuntado que si el Estado miembro Z aplicase el método de la exención y considerase que los antiguos socios de la sociedad A disponen de un establecimiento permanente en el Estado miembro Y (que vendría a ser la sociedad híbrida B), de forma tal que la distribución de dividendos por parte de la sociedad A resultase atribuible a dicho establecimiento permanente, podría perder sus derechos de gravamen sobre los mismos si el CDI suscrito entre los Estados miembros Z e Y siguiese lo establecido en el artículo 7 del MCOUDE²³⁴¹.

En definitiva, podría decirse que la aplicación de la regla prevista en el artículo 11.3 de la Directiva 2009/133/CE determina una “anticipación” de la imposición de las plusvalías, rentas, o beneficios que normalmente se gravarían cuando fueran realizados efectivamente por parte de la sociedad beneficiaria lo que, si bien permite, con carácter general, al Estado miembro de residencia de los socios de la sociedad transmitente preservar sus derechos de gravamen en aquellos supuestos en los que la sociedad beneficiaria tiene la consideración de transparente a efectos fiscales, supone, en cierto modo, una quiebra del principio de neutralidad fiscal configurado por la propia norma europea²³⁴². Ahora bien, es importante tener presente que el uso por parte de los Estados

²³⁴⁰ En este sentido, *vid.* BENECKE, A., SCHNITGER, A., *op.cit.*, pp.170-177.

²³⁴¹ En este sentido, *vid.* AURELIO, M., *op.cit.*, p.341.

²³⁴² En este sentido, *vid.* PALAO TABOADA, C., “La modificación de la Directiva de Fusiones”, en ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., GONZÁLEZ GARCÍA, E., RAMALLO MASSANET, J., LEJEUNE VALCÁRCEL, E., YÁBAR STERLING, A. (coords.), *Estudios en homenaje al profesor Pérez de Ayala*, Dykinson, Madrid, 2007, p.850; o BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, p.242, quien apunta con acierto que el socio de la sociedad transmitente o dominada será gravado con motivo de realización de la operación sin haber recibido una entrada de efectivo que le permita hacer frente al pago del impuesto.

miembro de la facultad prevista en el artículo 11.3 de la Directiva quedará limitada por el respeto a las Libertades Fundamentales previstas en el TFUE.

Por otra parte, y al margen de la opción comentada anteriormente, conviene señalar que la Directiva 2009/133/CE también contempla la posibilidad de que el Estado miembro que otorgue a una sociedad beneficiaria no residente la consideración de transparente a efectos fiscales, en virtud de un análisis de sus características jurídicas de acuerdo con el Derecho nacional conforme al cual se hubiese constituido, pueda aplicar a las personas físicas o jurídicas (residentes en su territorio) que posean una participación directa o indirecta en dicha sociedad el mismo tratamiento fiscal que aplicaría si la sociedad beneficiaria en cuestión residiese en su territorio²³⁴³.

A este respecto, cabría señalar como, a juicio de algunos autores, nos encontramos ante una disposición de aplicación alternativa a la prevista en el artículo 11.3, de forma tal que el Estado miembro que otorga a la sociedad beneficiaria no residente en cuestión la consideración de transparente a efectos fiscales podrá optar por no diferir el gravamen de las rentas puestas de manifiesto en sede de los socios de la sociedad transmitente en el momento de llevarse a cabo de la operación de fusión o escisión (total o parcial) en cuestión, o bien esperar hasta que dichas rentas se realicen efectivamente por parte de la sociedad beneficiaria para proceder a su imputación a los socios de la sociedad transmitente con arreglo a lo establecido su normativa doméstica en materia de transparencia fiscal²³⁴⁴.

Ahora bien, en todo caso es importante tener presente que, por una parte, en la medida en que el tenor literal del artículo 11.4 de la Directiva tan sólo hace referencia al término “sociedad beneficiaria” (en lugar de “sociedad beneficiaria o dominante”), el ámbito de aplicación de esta disposición no se proyectará sobre las operaciones de canje de valores (a diferencia de lo que sucedía con el artículo 11.3) y, por otra parte, su aplicación no quedará supeditada a la concesión del crédito fiscal al que se refiere el artículo 11.2 de la Directiva. La exclusión de los canjes de valores del ámbito de aplicación de este precepto podría sustentarse sobre el hecho de que la sociedad dominada no desaparece con motivo de la realización de la operación en cuestión y, por ende, las distribuciones de beneficios llevadas a cabo por dicha sociedad en favor de la sociedad dominante podrían quedar sometidas a gravamen en el Estado miembro de residencia de sus socios donde esta última sociedad tiene la consideración de transparente a efectos fiscales. Sin embargo, se ha apuntado que, en la medida en que la sociedad dominante sea considerada por parte del Estado miembro de residencia de sus socios (para el que dicha sociedad resulta transparente a efectos fiscales) como un

²³⁴³ Vid. artículo 11.4 de la Directiva 2009/133/CE. Nótese como en la versión en español de la Directiva se ha omitido el término “no residente” en relación con la sociedad beneficiaria que recibe la calificación de transparente, quizás sobre la base de que esta condición pudiera de algún modo sobreentenderse teniendo en cuenta lo establecido en el último inciso del citado precepto, o simplemente por error, ya que esta precisión figura en otras versiones lingüísticas de la Directiva (p.ej. en las versiones en lengua inglesa, francesa, alemana, italiana, holandesa o portuguesa).

²³⁴⁴ En este sentido, vid. PALAO TABOADA, C., “La modificación de la Directiva de Fusiones”, *Revista de contabilidad y tributación*, nº 268, 2005, p.23.

establecimiento permanente de éstos en otro Estado miembro, los beneficios atribuibles al mismo podrían quedar exentos de tributación en el Estado miembro de residencia de los socios por aplicación de su normativa fiscal doméstica o del correspondiente CDI²³⁴⁵.

Para otros autores, la regla prevista en el artículo 11.4 de la Directiva 2009/133/CE debe ser vista como una restricción de la posibilidad contemplada en su artículo 11.3 ya que, si bien es cierto que la propia norma comunitaria no recoge de forma explícita una relación entre ambos preceptos, parece que aquellos Estados miembros que hagan uso de la facultad prevista en el artículo 11.3 no podrán otorgar un tratamiento fiscal discriminatorio a los socios de la sociedad transmitente²³⁴⁶. Sin embargo, y partiendo de esta interpretación, tampoco han faltado voces entre la doctrina que entienden que la regla prevista en el artículo 11.4 de la Directiva podría calificarse como “redundante” en la medida en que sus consecuencias podrían extraerse directamente de la aplicación del derecho de establecimiento y de la libre circulación de capitales contempladas en el TFUE, salvo que no se tratase de situaciones comparables o que existiesen razones imperiosas de interés general que pudiesen justificar un tratamiento diferenciado (y más oneroso) de las operaciones de fusión y escisión en las que participase una sociedad beneficiaria no residente considerada por parte del Estado miembro en cuestión como transparente a efectos fiscales²³⁴⁷.

Ciertamente, en aquellos supuestos en los que un Estado miembro acuda a la “cláusula de escape” prevista por el artículo 11.3 de la Directiva 2009/133/CE y, por ende, no aplique la regla de diferimiento prevista en los apartados 1 a 3 del artículo 8 de la citada norma, la cuestión relativa a la imposición de los socios de la sociedad transmitente se estaría trasladando desde el plano de la Directiva Fiscal de Fusiones hacia el ámbito de la normativa interna del Estado miembro en cuestión, la cual, en todo caso, debe resultar conforme con el conjunto del Derecho de la UE y, en particular, con las disposiciones del TFUE²³⁴⁸.

5. El caso particular de la transmisión de un establecimiento permanente localizado en otro Estado miembro

²³⁴⁵ Sobre esta cuestión, *vid.* RUSSO, R., *op.cit.*, p.485.

²³⁴⁶ *Vid.* BENECKE, A., SCHNITGER, A., *op.cit.*, p.178. En opinión de LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *op.cit.*, p.108, los efectos del artículo 11.4 de la Directiva pueden proyectarse sobre “las normas para calificar las rentas, determinar la base imponible, la aplicación de determinados incentivos fiscales o la determinación de métodos para eliminar la doble imposición”.

²³⁴⁷ Así lo entienden TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., *European Tax Law, op.cit.*, p.680.

²³⁴⁸ En esta misma línea, *vid.* BOULOGNE, F., *Shortcomings in the..., op.cit.*, p.242.

5.1. La renuncia del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente a sus derechos de gravamen sobre el establecimiento permanente y la asunción de su rol a efectos de la Directiva por parte del Estado miembro donde se encuentra situado dicho establecimiento permanente

Tal y como hemos apuntado en anteriores epígrafes de este trabajo, el diferimiento del gravamen de las plusvalías latentes vinculadas a los elementos patrimoniales transmitidos en el marco de una operación de fusión, escisión (total o parcial), o aportación de activos previsto en el artículo 4.1 de la Directiva 2009/133/CE queda supeditado, entre otros requisitos, a que dichos elementos de activo y pasivo queden efectivamente vinculados a un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria localizado en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente y contribuyan a la generación de bases imponibles dentro de su territorio²³⁴⁹.

No obstante, si entre el conjunto de bienes transmitidos figuraba un establecimiento permanente de la sociedad transmitente situado en un Estado miembro distinto al de su residencia no podría verificarse el cumplimiento del citado requisito en relación con los elementos de activo y pasivo vinculados a dicho establecimiento permanente y, por ende, el Estado miembro de la sociedad transmitente *a priori* no estaría obligado a aplicar la regla del diferimiento. Asimismo, tampoco conviene perder de vista que, en este tipo de supuestos, existiría el riesgo de que las plusvalías latentes vinculadas a los elementos que conforman el establecimiento permanente que se pusiesen de manifiesto como resultado de la operación de reorganización empresarial en cuestión resultasen gravadas tanto en el Estado miembro donde éste se encuentra localizado como en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente, sin perjuicio, claro está, de lo establecido en el CDI aplicable al caso concreto²³⁵⁰.

Por ello, con fin de dar respuesta a esta problemática y garantizar la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a aquellas operaciones transfronterizas de reorganización empresarial en las que concurra esta circunstancia, la Directiva 2009/133/CE contiene disposiciones específicas de aplicación a supuestos de esta naturaleza.

De este modo, y con carácter general, se establece que el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente deberá renunciar a los derechos de gravamen que pudiera ostentar sobre el establecimiento permanente de dicha sociedad localizado en otro Estado miembro²³⁵¹, lo cual, por una parte, supone para el Estado miembro de

²³⁴⁹ Vid. Artículo 4.2, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE.

²³⁵⁰ En este sentido, vid. LARKING, B., “Permanent Confusion? The...”, *op.cit.*, p.305.

²³⁵¹ Vid. artículo 10.1, párrafo primero, de la Directiva 2009/133/CE. A este respecto, nótese que, tal y como ya hemos apuntado a la hora de referirnos al ámbito de aplicación objetivo de la Directiva 2009/133/CE, esta regla no resultará de aplicación en aquellos supuestos en los que la sociedad transmitente o la sociedad beneficiaria residan a efectos fiscales en un Estado no miembro (aun cuando el establecimiento permanente aportado esté localizado en un Estado miembro), habida cuenta del requisito previsto en el artículo 3 de la Directiva, ni tampoco en aquellos casos en los que la sociedad transmitente

residencia de la sociedad transmitente la pérdida definitiva de las facultades impositivas que pudiera ostentar sobre las plusvalías existentes en sede del establecimiento permanente y, por otra parte, constituye una excepción al requisito previsto en el artículo 4.2, apartado b) de la Directiva y a la propia operativa normal de la regla de diferimiento²³⁵².

A este respecto, cabría señalar como en la redacción actual del párrafo primero del artículo 10.1 de la Directiva 2009/133/CE se ha eliminado la referencia contenida en el artículo 11 de la Propuesta de Directiva de 1969 y relativa a que la renuncia a los derechos impositivos del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente sobre el establecimiento permanente localizado en otro Estado miembro se produciría “a partir de la fecha” de realización de la operación de reorganización empresarial en cuestión, lo cual podía dar lugar a una cierta confusión acerca de si la regla prevista en el antiguo artículo 11 de la Propuesta de Directiva también resultaba de aplicación en relación con los beneficios o plusvalías del establecimiento permanente que fueran resultado de la operación transfronteriza de reorganización empresarial en cuestión y, por tanto, no quedaba circunscrita exclusivamente al gravamen de los beneficios futuros de dicho establecimiento permanente.

De este modo, y aun cuando la redacción actual del párrafo primero del artículo 10.1 de la Directiva 2009/133/CE en alguna de las versiones lingüísticas de la norma (p.ej. la redactada en alemán) podría resultar poco clara al respecto, una interpretación conjunta del citado precepto con lo establecido en el tenor literal del artículo 10.2 de la Directiva (configurado como una excepción o cláusula de escape a la aplicación de lo dispuesto en el artículo 10.1), nos llevaría a concluir que la renuncia contemplada en el párrafo primero del artículo 10.1 de la Directiva se proyecta, no sólo sobre los beneficios futuros del establecimiento permanente en cuestión, sino también sobre los beneficios o plusvalías de dicho establecimiento permanente que sean resultado de la fusión, escisión (total o parcial) o aportación de activos en cuestión²³⁵³.

y la sociedad beneficiaria residan en el mismo Estado miembro, habida cuenta de que nos encontraríamos ante un supuesto de naturaleza interna, aun cuando el establecimiento permanente aportado se encontrase localizado en otro Estado miembro (en contra de este planteamiento, *vid.* SCHONEWILLE, P.H., *op.cit.*, p.20). Todo ello, sin perjuicio de que los Estados miembros puedan extender de forma unilateral la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a este tipo de supuestos. De hecho, algún autor como LARKING, B., “Permanent Confusion? The...”, *op.cit.*, p.310, incluso apuntó en su momento la posibilidad de que las sociedades de Estados no miembros pudieran beneficiarse de la extensión de las disposiciones nacionales que implementan la Directiva 2009/133/CE invocando una cláusula anti-discriminación contenida en el CDI aplicable al caso concreto inspirada en el artículo 24 del MCOCDE (en contra de esta posibilidad, *vid.* AVERY JONES, J., *et al.*, “The non-discrimination article in tax treaties”, *European Taxation*, vol. 31. Nº 10, 1991, p.310 y ss.).

²³⁵² *Vid.* LOYENS LEFEVRE RÄDLER (EUROPEAN TAX NETWORK), *op.cit.*, p.16; o NAVARRO EGEA, M., “La fusión de...”, *op.cit.*, p.106.

²³⁵³ En este mismo sentido, *vid.* BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, p.174; o VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.278, quien apunta que la regla prevista en el citado precepto cerraría la puerta a la posible creación de estructuras con “sub-establecimientos permanentes” en las que el establecimiento permanente de la sociedad transmitente localizado en el extranjero pasase a ser un establecimiento permanente dependiente del establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria

Ciertamente, desde la perspectiva de los objetivos últimos perseguidos por la Directiva, nos encontramos con una medida que podría merecer el calificativo de “necesaria”²³⁵⁴, más aún si tenemos en cuenta los matices introducidos por el legislador europeo en relación con su aplicación²³⁵⁵, así como el hecho de que, con carácter general, y siempre que el CDI suscrito entre el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente y el Estado miembro donde se encuentra localizado el establecimiento permanente siga el MCOCDE, será este último el competente para gravar tanto los beneficios procedentes de dicho establecimiento permanente²³⁵⁶ como las posibles plusvalías derivadas de la transmisión de los activos afectos al mismo²³⁵⁷. Ahora bien, en la medida en que algunos de los activos que integran el establecimiento permanente transmitido podrían haber sido inicialmente adquiridos y utilizados por la propia sociedad transmitente (y no por su establecimiento permanente), se ha apuntado que la exención prevista en el artículo 10.1 de la Directiva 2009/133/CE debe limitarse a la diferencia entre el valor de mercado de dichos activos en el momento de la realización de la operación de reorganización empresarial en cuestión y su valor de mercado en el momento en que fueron transmitidos al establecimiento permanente, por cuanto esta diferencia vendría a representar las plusvalías efectivamente generadas en el estado miembro donde se encuentra localizado el establecimiento permanente²³⁵⁸.

A este respecto, también cabría señalar que, si bien la regla contenida en el párrafo primero del artículo 10.1 de la Directiva 2009/133/CE no resulta de aplicación en aquellos supuestos en los que el establecimiento permanente de la sociedad transmitente que es objeto de aportación se encuentra situado en un Estado no miembro de la UE²³⁵⁹, algunos Estados miembros como España establecen la no integración en la base imponible de las sociedades residentes en su territorio de aquellas rentas puestas de manifiesto con motivo de la transmisión de uno de sus establecimientos permanentes

localizado en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente con posterioridad a la operación de reorganización.

²³⁵⁴ Vid. TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., *European Tax Law, op.cit.*, p.683. Por su parte otros autores como BELL, S., *op.cit.*, p.121, han destacado la coherencia de esta medida con la libre circulación de capitales.

²³⁵⁵ Vid. artículo 10.1, párrafo segundo y artículo 10.2 de la Directiva 2009/133/CE.

²³⁵⁶ Vid. artículo 7.1 del MCOCDE.

²³⁵⁷ Vid. artículo 13, apartados 1 y 2 del MCOCDE.

²³⁵⁸ Vid. IBFD, *Survey of the implementation of the EC Corporate Tax Directives*, IBFD, Amsterdam, 1995, p.51.

²³⁵⁹ A este respecto, nótese como la Propuesta de Directiva de 1969, sí que hacía referencia a este supuesto, estableciendo en el párrafo segundo de su artículo 11, que el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente debería renunciar a los derechos de gravamen que pudiera ostentar sobre el establecimiento permanente situado en un Estado no miembro desde la fecha de realización de la operación de fusión, escisión o aportación de activos en el marco de la cual se llevase a cabo su transmisión. Ahora bien, lo cierto es que en este tipo de supuestos quedaría fuera del ámbito competencial del legislador comunitario impedir que dicho tercer Estado gravase las posibles plusvalías puestas de manifiesto en el momento de realización de la operación de reorganización empresarial en cuestión. De ahí, que la Propuesta de Directiva no se refiriera a las obligaciones del Estado donde se encontrarse situado el establecimiento permanente. En relación con esta cuestión, algunos autores como VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.270, entienden que la Directiva 2009/133/CE debería, cuanto menos, obligar al Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente a adoptar medidas tendentes a evitar posibles problemas de doble imposición en este tipo de supuestos.

localizados en un Estado no miembro, siempre que la sociedad beneficiaria sea residente fiscal en España²³⁶⁰.

En cualquier caso, es importante destacar que la renuncia del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente a sus derechos impositivos sobre el establecimiento permanente extranjero transmitido impuesta con carácter general por el párrafo primero del artículo 10.1 de la Directiva 2009/133/CE²³⁶¹ se integra dentro de un esquema más amplio para conseguir la neutralidad fiscal de las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial que implican la transmisión de un establecimiento permanente localizado en otro Estado miembro, en el marco del cual dicho Estado y el Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria deberán aplicar las disposiciones de la Directiva como si el Estado miembro donde estuviese situado el establecimiento permanente fuese el Estado miembro de la sociedad transmitente²³⁶².

De este modo, cabría señalar como el Estado miembro donde se encuentre localizado el establecimiento permanente, y cuya legislación fiscal doméstica generalmente someterá a imposición las plusvalías puestas de manifiesto con motivo de su transmisión a una sociedad no residente, deberá: i) diferir el gravamen de las plusvalías latentes vinculadas a los elementos patrimoniales transmitidos (siempre que éstos continúen efectivamente vinculados a dicho establecimiento permanente y se dé cumplimiento al denominado “principio de continuidad” o “principio de la conservación del valor fiscal”), ii) garantizar el mantenimiento de las provisiones y reservas constituidas con exención total o parcial del impuesto en sede de dicho establecimiento permanente, y iii) permitir el aprovechamiento por parte del citado establecimiento permanente de las pérdidas pre-existentes a la operación y no compensadas a efectos fiscales (siempre que, en el marco de operaciones de reorganización empresarial llevadas a cabo a nivel doméstico, la sociedad beneficiaria pueda asumir las pérdidas de la sociedad transmitente no compensadas a efectos fiscales)²³⁶³.

Asimismo, y por lo que respecta al requisito previsto en el artículo 4.2, apartado b) de la Directiva, conviene precisar que, en aquellos supuestos en los que el establecimiento permanente transmitido se encuentre localizado en un Estado miembro distinto al de residencia de la sociedad beneficiaria simplemente se produciría un cambio en la titularidad jurídica del mismo (surgiendo otro establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria en el Estado miembro de la sociedad transmitente al que quedarían vinculados el resto de activos transferidos en el marco de la operación de reorganización empresarial en cuestión), mientras que en aquellos casos en los que el

²³⁶⁰ Vid. artículo 77.1, apartado c) de la LIS.

²³⁶¹ Sin perjuicio, claro está, de la facultad prevista en el párrafo segundo del artículo 10.1 en relación con las pérdidas del establecimiento permanente que se hubiesen deducido del beneficio imponible de la sociedad transmitente con carácter previo a la operación, así como de la opción prevista en el artículo 10.2 para aquellos Estados miembros que aplican un sistema de imposición de beneficios globales.

²³⁶² Vid. artículo 10.1, párrafo tercero, de la Directiva 2009/133/CEE.

²³⁶³ En este sentido, *vid.* TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., *European Tax Law, op.cit.*, p.683-684; VANDE VELDE, I., *op.cit.*, p.108; o SCHONEWILLE, P.H., *op.cit.*, p.20.

establecimiento permanente transmitido se encuentre localizado en el mismo Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria, éste sería incorporado por parte de dicha sociedad de forma tal que no se cumpliría *stricto sensu* el requisito previsto en el artículo 4.2, apartado b) de la Directiva. Ahora bien, esta circunstancia no determina que el Estado miembro donde se localiza el establecimiento permanente pueda dejar de aplicar la regla de diferimiento habida cuenta de lo dispuesto en el párrafo cuarto del artículo 10.1 de la Directiva, lo cual resulta totalmente coherente con el hecho de que sus derechos de gravamen no sólo no se ven comprometidos como resultado de la operación sino que incluso se verían reforzados al residir la sociedad beneficiaria dentro de su territorio.

Por último, y en relación con la referencia contenida en el párrafo tercero del artículo 10.1 de la Directiva al Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria, cabría señalar que la única obligación impuesta por la Directiva 2009/133/CE a dicho Estado se circunscribe a aquellas operaciones de fusión o escisión en las que la sociedad beneficiaria participa en el capital de la sociedad transmitente, y pivota sobre la prohibición de aplicar gravamen alguno sobre las posibles plusvalías obtenidas por la sociedad beneficiaria como resultado de la anulación de su participación en el capital de la sociedad transmitente que se produce con motivo de la realización de la operación de reorganización empresarial en cuestión²³⁶⁴. De este modo, y en la medida en que la obligación prevista en el artículo 7 de la Directiva resultaría de aplicación con independencia de que entre el conjunto de elementos patrimoniales transferidos por la sociedad transmitente participada por la sociedad beneficiaria a esta última figurase un establecimiento permanente localizado en otro Estado miembro, podría afirmarse que la referencia al Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria que figura recogida en el párrafo tercero del artículo 10.1 de la Directiva carece de relevancia práctica²³⁶⁵ y, por tanto, podría ser eliminada²³⁶⁶.

²³⁶⁴ Vid. artículo 7.1 de la Directiva 2009/133/CE.

²³⁶⁵ En una línea similar, *vid.* BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, p.174.

²³⁶⁶ Sobre esta cuestión, conviene tener presente que, tal y como apuntan VAN DEN BROEK, H., DEN TOOM, M., “Transfer of a PE under the Merger Directive (2009/133): Capital Gains Taxation and the Freedom of Establishment”, *European Taxation*, vol.58, nº8, 2018, pp.338-339, esta referencia al Estado miembro de la sociedad beneficiaria podía tener sentido en el contexto del antiguo artículo 11 de la Propuesta de Directiva de 1969 bajo cuya redacción el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente debía abandonar necesariamente sus derechos de gravamen sobre las posibles plusvalías vinculadas al establecimiento permanente extranjero transmitido puestas de manifiesto como resultado de su aportación en el marco de una de las operaciones de reorganización empresarial cubiertas por su ámbito de aplicación. Así, en aquellos supuestos en los que tanto el CDI suscrito entre el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente y el Estado miembro donde se encontrase localizado el establecimiento permanente, como el CDI firmado entre este último Estado y el Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria optasen por el método del crédito, la referencia al Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria estaría orientada a que ésta incorporase los elementos patrimoniales vinculados al establecimiento permanente recibido por su valor fiscal (a saber, el mismo por el que figurarán en el Estado miembro donde se encuentre situado el establecimiento permanente transmitido). De este modo, y siempre que el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente y el Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria aplicasen el mismo tipo impositivo, se produciría una suerte de “traslado” de los derechos impositivos desde el primero al segundo por el importe del impuesto correspondiente sobre las plusvalías de los elementos vinculados al establecimiento

5.2. La facultad del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente para gravar las pérdidas procedentes del establecimiento permanente que se hubiesen deducido de la base imponible de dicha sociedad en su territorio

Como excepción a la regla prevista en el párrafo primero del artículo 10.1 de la Directiva 2009/133/CE, cabría señalar que el legislador europeo ha dejado la puerta abierta a que el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente pueda reintegrar en los beneficios imponibles de dicha sociedad las pérdidas no compensadas procedentes del establecimiento permanente extranjero que ésta hubiese deducido con anterioridad a la realización de la operación²³⁶⁷, con independencia de las posibles plusvalías puestas de manifiesto como resultado de su transmisión en el marco de la operación de reorganización empresarial de que se trate²³⁶⁸.

Ciertamente, nos encontramos ante una medida que no pretende sino evitar el reparto desequilibrado de las potestades tributarias de los Estados miembros así como el riesgo de la doble deducción de pérdidas, modulando las consecuencias tributarias negativas para el Estado miembro de la sociedad transmitente que en su momento “permitió” a dicha sociedad aprovecharse fiscalmente de las pérdidas procedentes de uno de sus establecimientos permanentes localizado en otro Estado miembro soportando la consiguiente pérdida de ingresos financieros²³⁶⁹, y que con motivo de aportación de dicho establecimiento permanente en el marco de una operación transfronteriza de reorganización empresarial cubierta por la Directiva se ve obligado a renunciar a los derechos de gravamen que pudiera ostentar sobre el mismo²³⁷⁰.

A este respecto, no conviene perder de vista que, en ausencia de esta disposición, podría darse el caso de que una sociedad A residente en el Estado miembro

permanente transmitido menos el impuesto que correspondería pagar por dichas plusvalías en el Estado miembro donde se encontrase localizado el establecimiento permanente en cuestión.

²³⁶⁷ *Vid.* artículo 10.1, párrafo segundo, de la Directiva 2009/133/CEE.

²³⁶⁸ En este sentido, *vid.* VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.276, quien apunta que la posibilidad prevista en el párrafo segundo del artículo 10.1 de la Directiva fue introducida a petición de los Países Bajos cuya legislación fiscal doméstica, si bien optaba por el método de la exención, permitía la deducibilidad “temporal” de las pérdidas procedentes de establecimientos permanentes localizados en el extranjero.

²³⁶⁹ De hecho, nótese que el propio TJUE ha declarado que una disposición que permite la toma en consideración de las pérdidas de un establecimiento permanente no residente para determinar los beneficios y calcular la base imponible de la sociedad (residente) de la que depende dicho establecimiento, constituye una ventaja fiscal (*vid.* SSTJUE de 12 de junio de 2018, asunto C-650/16, *A/S Bevola y Jens W. Trock ApS v. Skatteministeriet*, ap.18; de 17 de diciembre de 2015, asunto C-388/14, *Timac Agro Deutschland GmbH v. Finanzamt Sankt Augustin*, ap.23; o de 17 de julio de 2014, asunto C-48/13, *Nordea Bank Danmark A/S v. Skatteministeriet*, ap.20). Sobre la problemática que planteaba la importación de pérdidas extranjeras en el Estado de residencia del contribuyente a la luz de la sentencia en el asunto *Marks & Spencer* y de la doctrina posterior del TJUE en esta materia, *vid.* CALDERÓN CARRERO, J.M., “Las discriminaciones fiscales...”, *op.cit.*, pp.118-143.

²³⁷⁰ En este sentido, *vid.* CALLEJA BORG, J., *op.cit.*, p.560.

X se estuviese deduciendo de sus bases imponibles generadas en el territorio de dicho Estado las pérdidas procedentes de un establecimiento permanente deficitario localizado en otro Estado miembro durante los primeros años de su actividad, para posteriormente, en el momento en que dicho establecimiento permanente comenzase a generar beneficios, proceder a su transmisión a una sociedad B de su mismo grupo residente en el Estado miembro Y a través de una operación transfronteriza cubierta por el régimen de neutralidad fiscal. De este modo, el Estado miembro X perdería, por una parte, las facultades impositivas de las que pudiera ser titular en virtud del correspondiente CDI sobre los beneficios y plusvalías vinculados al citado establecimiento permanente con carácter previo a la operación y, por otra parte, la posibilidad de revertir las pérdidas deducidas por la sociedad A²³⁷¹. Asimismo, cabría señalar que si la legislación doméstica del Estado miembro donde se encuentra localizado el establecimiento permanente transmitido contempla un sistema de compensación de pérdidas *carry forward*, las mismas pérdidas que se emplearon para reducir las bases imponibles de la sociedad transmitente en su Estado miembro de residencia también podrían ser aprovechadas fiscalmente para reducir los posibles beneficios obtenidos por el establecimiento permanente en el Estado miembro donde éste se encuentra situado.

Por otra parte, también conviene apuntar como la facultad atribuida al Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente por parte del párrafo segundo del artículo 10.1 de la Directiva no queda condicionada en modo alguno a lo establecido por la normativa doméstica del Estado miembro donde se localiza su establecimiento permanente en relación con el posible aprovechamiento de las pérdidas pre-existentes no compensadas a efectos fiscales, pudiendo darse el caso (compatible por la Directiva 2009/133/CE) de que, con motivo de la realización de la operación de reorganización empresarial en cuestión, las pérdidas generadas en sede del establecimiento permanente de la sociedad transmitente localizado en el extranjero sean “reintegradas” por parte del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente y no puedan aprovecharse con posterioridad a la operación por parte de dicho establecimiento permanente (que ya dependerá de la sociedad beneficiaria)²³⁷².

En relación con esta cuestión, cabría señalar que la Propuesta de Directiva de 1969 no hacía referencia alguna a esta posibilidad, por cuanto su artículo 11 se limitaba a establecer que el Estado miembro de la sociedad transmitente debía renunciar a sus derechos de imposición sobre el establecimiento permanente localizado en el extranjero transmitido a partir de la fecha de la operación de fusión, escisión o aportación de activos. Sin lugar a dudas, esta redacción resultaba más favorable para las sociedades que la actualmente prevista en el artículo 10.1 de la Directiva 2009/133/CE, pero ponía

²³⁷¹ En este sentido, *vid.* JEFFCOTE, B., BARNETT, M., *op.cit.*, p.181; o TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., *European Tax Law, op.cit.*, p.683.

²³⁷² Sobre esta cuestión, *vid.* VANDE VELDE, I., *op.cit.*, pp.121-122, quien cuestionaba la compatibilidad del mecanismo previsto por la Directiva con la libertad de establecimiento en este tipo de supuestos. Sin embargo, la aplicación de la doctrina del TJUE en el asunto *Memira Holding AB* (a la que ya nos hemos referido) en este contexto llevaría a admitir la compatibilidad de la regla prevista en el párrafo segundo del artículo 10.1 de la Directiva incluso en este tipo de supuestos.

en riesgo los intereses financieros de los Estados miembros y, más en concreto, la existencia de un reparto equilibrado entre sus potestades impositivas²³⁷³.

Ahora bien, lo cierto es que, más allá de la autorización anteriormente mencionada, la Directiva 2009/133/CE no entra a regular cuestiones concretas del funcionamiento del mecanismo de reintegración de las pérdidas (p.ej. sus aspectos temporales) de forma tal que esta cuestión quedará en manos de las legislaciones fiscales domésticas de los Estados miembros²³⁷⁴, sin perjuicio, claro está, del necesario respeto a las libertades fundamentales previstas en el Tratado.

En relación con esta cuestión, y partiendo de la base de que si el establecimiento permanente en cuestión estuviese localizado en el propio Estado miembro de la sociedad transmitente éste no procedería a la reintegración en sede de dicha sociedad de las pérdidas procedentes del mismo y que se hubiesen deducido con anterioridad a la realización de la operación de reorganización empresarial en cuestión, se ha planteado si la reintegración por parte del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente (que no opta por el método de la exención en sentido estricto²³⁷⁵) de las pérdidas procedentes del establecimiento permanente extranjero aportado que ésta se hubiese deducido con carácter previo a la operación del beneficio imponible en el territorio de dicho Estado podría introducir una restricción a la libertad de establecimiento incompatible con lo establecido en el artículo 49 del TFUE.

A este respecto, y de acuerdo con la doctrina del TJUE en los asuntos *Krankenheim Wannsee* y *Timac Agro Deutschland*, podría afirmarse que en el caso de aquellos Estados miembros que optan por un sistema de exención pero que permite (o permitió en su momento) la deducción de las pérdidas procedentes de establecimientos permanentes extranjeros, la necesidad de garantizar un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros, así como de preservar la cohesión del sistema fiscal del Estado miembro donde se localiza la sede central se configuran, junto con la prevención del riesgo de evasión fiscal, como razones imperiosas de interés general susceptibles de justificar la citada restricción a la libertad de establecimiento²³⁷⁶.

²³⁷³ Así lo entiende también, BEZZINA, J., *op.cit.*, p.62.

²³⁷⁴ En tono crítico, *vid.* BELL, S., *op.cit.*, p.121.

²³⁷⁵ Nótese como, bajo el método de la exención entendido en sentido estricto, el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente (sede central) no tendrá en cuenta a la hora de determinar la base imponible de dicha sociedad en su territorio ni los beneficios ni las pérdidas procedentes de sus establecimientos permanentes localizados en el extranjero, sin perjuicio de las consideraciones que efectuaremos más adelante por lo que respecta a las denominadas “pérdidas finales”.

²³⁷⁶ *Vid.* SSTJUE de 17 de diciembre de 2015, asunto C-388/14, *Timac Agro Deutschland GmbH v. Finanzamt Sankt Augustin*, aps.38-45; y de 23 de octubre de 2008, asunto C-157/07, *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt GmbH v. Finanzamt für Körperschaften III in Berlin*, aps.43-44. En este sentido, conviene tener presente que, si bien en el caso concreto que dio origen a la sentencia del TJUE en el asunto *Krankenheim*, las pérdidas procedentes del establecimiento permanente localizado en otro Estado miembro que fueron “reintegradas” en la base imponible de la sede central quedaban limitadas por los beneficios obtenidos por dicho establecimiento permanente, tratándose del asunto *Timac Agro Deutschland*, nos encontramos ante una “reintegración” por parte del Estado miembro de residencia de la sede central de todas las pérdidas procedentes del establecimiento permanente no residente transmitido que en su momento fueron deducidas, con independencia de los eventuales beneficios

Asimismo, y desde la óptica del “test de proporcionalidad”, tampoco puede considerarse que la “reintegración” por parte del Estado miembro de residencia de la sede central de las pérdidas (no finales) procedentes del establecimiento permanente extranjero transmitido que ésta se hubiese deducido del beneficio imponible en su territorio plantee especiales problemas cuando dicho Estado no puede someter a gravamen los ingresos obtenidos por el establecimiento permanente en cuestión (tanto los registrados antes de su transmisión como los realizados en el momento de la misma)²³⁷⁷.

Ahora bien, tratándose de pérdidas “finales”, es importante tener presente que la sentencia del TJUE en el asunto *Timac Agro Deutschland* ha precisado que, en todo caso, el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente deberá respetar los principios establecidos en la sentencia *Marks & Spencer* al respecto, habida cuenta de que la citada reintegración de pérdidas no tiene incidencia sobre su calificación (ordinarias v. finales), de forma tal que, cuando la sociedad residente transmitente demuestra que las pérdidas reintegradas son pérdidas definitivas resultaría contrario al artículo 49 del TFUE excluir la posibilidad de que deduzca de su beneficio imponible en el Estado miembro de su residencia las pérdidas sufridas por un establecimiento no residente²³⁷⁸.

De este modo, y asumiendo que en aquellas operaciones de reorganización empresarial en las que se transmite un establecimiento de la sociedad transmitente localizado en su mismo Estado miembro de residencia no se lleva a cabo una “reintegración” de las pérdidas anteriormente deducidas procedentes de dicho establecimiento permanente, el uso de la facultad prevista en el párrafo segundo del 10.1 de la Directiva 2009/133/CE por parte de Estados miembros que optan por el método de la exención con deducción temporal de pérdidas daría lugar a una restricción a la libertad de establecimiento prevista en el artículo 49 del TFUE (al disuadir a una sociedad residente de ejercer sus actividades mediante un establecimiento permanente situado en un Estado miembro distinto de aquél en el que se encuentra su sede) que, si bien tratándose de pérdidas ordinarias o no definitivas resultaría compatible con lo previsto en el Tratado al encontrar justificación en razones imperiosas de interés general y resultar proporcionada en relación a los objetivos perseguidos, podría plantear problemas de compatibilidad con el citado precepto (al no superar el test de proporcionalidad) en aquellos supuestos en los que la reintegración en cuestión versase sobre pérdidas “finales”²³⁷⁹.

Por el contrario, tratándose de Estados miembros que optaban por el método del crédito, algunos autores ya apuntaron en su momento que no podría invocarse la

obtenidos por dicho establecimiento permanente; supuesto, este último, que se asemeja a la facultad prevista en el párrafo segundo del artículo 10.1 de la Directiva 2009/133/CE.

de pérdidas del supuesto previsto en el artículo 10.1 de la Directiva 2009/133/CE,

²³⁷⁷ Vid. STJUE de 17 de diciembre de 2015, asunto C-388/14, *Timac Agro Deutschland GmbH v. Finanzamt Sankt Augustin*, aps.48-51.

²³⁷⁸ Vid. STJUE de 17 de diciembre de 2015, asunto C-388/14, *Timac Agro Deutschland GmbH v. Finanzamt Sankt Augustin*, aps.52-53.

²³⁷⁹ Así lo entienden también, DEN TOOM, M., VAN DEN BROEK, H., *op.cit.*, p.71.

justificación relativa a la coherencia del sistema fiscal del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente por cuanto el uso de la facultad prevista en el párrafo segundo del artículo 10.1 de la Directiva 2009/133/CE podría traducirse en que dicho Estado habría resultado competente para gravar los beneficios procedentes del establecimiento permanente localizado en otro Estado miembro sin permitir finalmente (por la vía de la reintegración) la deducibilidad de las pérdidas procedentes del mismo²³⁸⁰. En una línea similar, aunque desde la óptica del “test de proporcionalidad”, también se ha criticado la posibilidad de que la reintegración de pérdidas procedentes de un establecimiento permanente localizado en otro Estado miembro con motivo de su transmisión pudiese ser superior al importe de los beneficios previamente obtenidos de dicho establecimiento permanente y a las plusvalías puestas de manifiesto como resultado de su transmisión²³⁸¹.

A este respecto, podría traerse a colación la doctrina del TJUE en el asunto *Nordea Bank* donde el Tribunal ya tuvo ocasión de afirmar que los artículos 49 y 54 del TFUE (y, en su caso, los artículos 31 y 34 del AEEE) sólo “se oponen a una legislación de un Estado miembro en virtud de la cual, en caso de transmisión, por una sociedad residente a una sociedad no residente del mismo grupo, de un establecimiento permanente situado en otro Estado miembro o en otro Estado parte del Acuerdo EEE, las pérdidas anteriormente deducidas derivadas del establecimiento transmitido revierten en el beneficio sujeto a gravamen de la sociedad transmitente, siempre que el primer Estado miembro grave tanto los beneficios obtenidos por dicho establecimiento antes de su transmisión, como los resultantes de la plusvalía generada en la mencionada transmisión”²³⁸².

De este modo, a la luz de la jurisprudencia del TJUE en el asunto *Nordea Bank*, y por lo que respecta al uso de la facultad prevista en el párrafo segundo del artículo 10.1 de la Directiva por parte de los Estados miembros que optan por el método del crédito, podría interpretarse que la reintegración en sede de la sociedad transmitente por parte de su Estado miembro de residencia de las pérdidas procedentes del establecimiento permanente transmitido y localizado en otro Estado miembro que se hubiesen deducido del beneficio imponible de la sociedad con anterioridad a la

²³⁸⁰ En este sentido, *vid.* VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, pp.395-398. Ahora bien, a este respecto conviene recordar que, en ausencia de la citada facultad, y en aquellos supuestos en los que el establecimiento permanente localizado en otro Estado miembros hubiese generado pérdidas de forma sistemática en los ejercicios previos a su transmisión, el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente habría visto reducidas las bases imponibles de dicha sociedad debido al aprovechamiento fiscal de las pérdidas procedentes su establecimiento permanente localizado en el extranjero al tiempo que no puede gravar las posibles plusvalías puestas de manifiesto con motivo de su transmisión ni los beneficios futuros generados por el mismo.

²³⁸¹ Así lo entienden HOFSTÄTTER, M., HOHENWARTER-MAYR, D., *op.cit.*, p.173.

²³⁸² *Vid.* STJUE de 17 de julio de 2014, asunto C-48/13, *Nordea Bank Danmark A/S v. Skatteministeriet*, ap.40. Un completo análisis de la sentencia del TJUE en el asunto *Nordea Bank*, así como de sus principales implicaciones en relación con la compatibilidad con el Derecho de la UE de aquellas normativas fiscales domésticas que contemplan mecanismos de reversión de pérdidas extranjeras previamente compensadas en sus respectivos territorios puede encontrarse en CALDERÓN CARRERO, J.M., “Medidas de reversión de pérdidas intragrupo y Derecho comunitario: el caso *Nordea Bank*”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº381, 2014, pp.97-118.

operación (y que no hubiesen sido compensadas con beneficios de ejercicios posteriores), introduciría una restricción a la libertad de establecimiento de dicha sociedad en la medida en que tal reintegración de pérdidas no se produjese cuando el establecimiento permanente transmitido estuviese localizado en su mismo Estado de residencia²³⁸³. Sin embargo, en este tipo de supuestos, la citada restricción a la libertad de establecimiento podría encontrar justificación en la necesidad de garantizar un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros²³⁸⁴.

Ahora bien, en la medida en que el objetivo del reparto equilibrado de la potestad tributaria tiene precisamente como finalidad mantener la simetría entre el derecho a gravar los beneficios y la facultad de deducir las pérdidas por parte de los Estados miembros²³⁸⁵, la citada reintegración de pérdidas en la base imponible de la sociedad transmitente (ya sean éstas “ordinarias” o “finales”²³⁸⁶) iría más allá de lo necesario para alcanzar su objetivo desde el momento en que el Estado miembro de la sociedad transmitente grava los beneficios obtenidos por dicho establecimiento permanente durante todo el período en el que dicho establecimiento dependía de la sociedad transmitente, así como las eventuales plusvalías obtenidas en el momento de su transmisión²³⁸⁷.

No obstante, y frente a aquellos autores que, sobre la base de la doctrina del TJUE en el asunto *Nordea Bank*, entienden que, tratándose de Estados miembros que optan por el método del crédito, la aplicación de la facultad prevista en el párrafo segundo del artículo 10.1 de la Directiva 2009/133/CE daría lugar en todo caso a una restricción de la libertad de establecimiento incompatible con el artículo 49 del TFUE²³⁸⁸, también pueden encontrarse voces entre la doctrina que defienden que una interpretación del citado precepto a la luz de la sentencia *Nordea Bank* nos llevaría a

²³⁸³ Vid. STJUE de 17 de julio de 2014, asunto C-48/13, *Nordea Bank Danmark A/S v. Skatteministeriet*, aps.21-24.

²³⁸⁴ A este respecto, nótese que si el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente no pudiese reintegrar en el beneficio sujeto a gravamen de dicha sociedad las pérdidas deducidas derivadas del establecimiento permanente extranjero transmitido, perdiendo asimismo la facultad de gravar sus eventuales beneficios futuros, la transmisión de dicho establecimiento permanente en el marco de una operación de reorganización empresarial cuando éste comenzase a generar beneficios (p.ej. a otra sociedad controlada por el grupo del que forma parte la propia sociedad transmitente) podría configurarse como un medio para erosionar artificialmente la base imponible sometida a tributación en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente (vid. STJUE de 17 de julio de 2014, asunto C-48/13, *Nordea Bank Danmark A/S v. Skatteministeriet*, aps.27-30).

²³⁸⁵ Vid. SSTJUE de 7 de noviembre de 2013, asunto C-322/11, *K*, ap.51; y de 15 de mayo de 2008, asunto C-414/06, *Lidl Belgium GmbH & Co. KG v. Finanzamt Heilbronn*, ap.33.

²³⁸⁶ Nótese como, a estos efectos y a la luz de lo establecido en la sentencia *Nordea Bank*, parece que el hecho de que las pérdidas reintegradas procedentes del establecimiento permanente transmitido tengan la consideración de “ordinarias” o “finales” resulta irrelevante (en este sentido, vid. DEN TOOM, M., VAN DEN BROEK, H., *op.cit.*, p.69). En este sentido, no puede perderse de vista que, si bien la cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional danés sí que hacía referencia en su inciso final a esta cuestión, el TJUE no hizo referencia al carácter definitivo (o no) de las pérdidas procedentes del establecimiento permanente extranjero transmitido, ni en su razonamiento ni a la hora de formular su respuesta a la cuestión planteada.

²³⁸⁷ Vid. STJUE de 17 de julio de 2014, asunto C-48/13, *Nordea Bank Danmark A/S v. Skatteministeriet*, aps.33-36.

²³⁸⁸ Vid. DEN TOOM, M., VAN DEN BROEK, H., *op.cit.*, pp.71-72.

admitir bajo la óptica de la libertad de establecimiento la posibilidad de que el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente pudiese “reintegrar” en la base imponible de dicha sociedad las pérdidas previamente deducidas procedentes del establecimiento permanente localizado en otro Estado miembro (las cuales no fueron compensadas con beneficios posteriores de dicho establecimiento permanente) siempre que éstas no superasen el importe de las plusvalías latentes existentes en sede del establecimiento permanente transmitido²³⁸⁹.

Por otra parte, y desde otra perspectiva, también se ha apuntado que el uso de la posibilidad prevista en el párrafo segundo del artículo 10.1 de la Directiva 2009/133/CE se traduce en una anticipación de la tributación que reduce el importe de las pérdidas susceptibles de ser trasladadas desde el establecimiento permanente de la sociedad transmitente localizado en el extranjero al establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria localizado en el Estado miembro de la sociedad transmitente en virtud de lo establecido en su artículo 6 (siempre, claro está, que esta posibilidad se encuentre contemplada a nivel doméstico); ello sitúa a las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial en una posición de desventaja comparativa frente a las operaciones de naturaleza estrictamente interna en las que se transmite un establecimiento permanente localizado en el extranjero, habida cuenta de que, con carácter general, en el marco de estas últimas el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente (y de la sociedad beneficiaria) no ejercerá esta facultad al conservar sus derechos impositivos sobre el citado establecimiento permanente²³⁹⁰.

Asimismo, y aun en aquellos supuestos en los que el ejercicio de la facultad prevista en el párrafo segundo del artículo 10.1 de la Directiva 2009/133/CE no plantea *a priori* problemas de compatibilidad con el artículo 49 del TFUE, lo cierto es que una reintegración “inmediata” por parte del Estado miembro de la sociedad transmitente de las pérdidas previamente deducidas de la base imponible de dicha sociedad y procedentes de un establecimiento permanente localizado en otro Estado miembro resultaría difícilmente aceptable desde la óptica del principio de proporcionalidad. En este sentido, no puede perderse de vista que el Estado miembro de la sociedad transmitente podría adoptar medidas más proporcionadas (y respetuosas con la libertad de establecimiento) para preservar sus derechos impositivos en este tipo de supuestos. Así, y a título de ejemplo, podría plantearse la posibilidad de que, si bien la determinación de la deuda tributaria derivada de la “reintegración” de las pérdidas del establecimiento permanente que hubiesen sido fiscalmente deducibles en sede de la sociedad transmitente se produzca en el momento de realización de la operación de reorganización empresarial en cuestión, el pago de la misma se fraccione a lo largo de cinco ejercicios (mismo plazo que el previsto por la Directiva 2016/1164/UE para el

²³⁸⁹ Así lo entiende, BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, p.178, quien, no obstante, apunta que, en la medida en que el asunto *Nordea Bank*, las pérdidas reintegradas tenían la consideración de “finales”, no queda claro si esta misma conclusión podría extenderse a aquellos supuestos en los que las pérdidas deducidas procedentes de un establecimiento permanente localizado en otro Estado miembro no tienen la calificación de definitivas a los efectos de la doctrina del TJUE.

²³⁹⁰ Sobre esta cuestión, *vid.* VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, pp.242-244.

aplazamiento y fraccionamiento del pago de los impuestos de salida exigidos en los supuestos contemplados por la misma) o, incluso que dicho pago sólo resulte exigible en la medida en que el establecimiento permanente transmitido genere beneficios en los ejercicios posteriores a la realización de la operación (lo que obligaría a la sociedad beneficiaria a presentar las correspondientes declaraciones en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente donde constasen los resultados obtenidos por dicho establecimiento permanente)²³⁹¹.

5.3. El caso particular de la “filialización” de un establecimiento permanente de la sociedad transmitente

La aportación por parte de una sociedad A, residente a efectos fiscales en el Estado miembro X, de uno de sus establecimientos permanentes localizado en el Estado miembro Y, a otra sociedad B de nueva creación residente en el mismo Estado Y donde se encontraba situado el establecimiento permanente (la cual pasará a ser filial de la sociedad transmitente con posterioridad a la operación), se configura como una operación transfronteriza de reorganización empresarial bastante común entre las empresas europeas pues no es infrecuente que las sociedades de un determinado Estado miembro a la hora de expandir sus actividades económicas y comerciales hacia el exterior lo hagan inicialmente a través de una sucursal que constituya un establecimiento permanente en el Estado de destino para posteriormente, y en función de los resultados futuros del mismo, plantearse su posible “filialización”.

Los motivos que subyacen tras este planteamiento son de diversa índole pero, a título de ejemplo, y sin ánimo de ser exhaustivos, podrían traerse a colación los mayores costes asociados a la creación de una filial en un Estado miembro (los cuales podrían considerarse excesivos hasta determinar la evolución del negocio en dicho Estado), o la posibilidad para la sociedad que se expande de compensar en su Estado miembro de residencia las pérdidas procedentes del establecimiento permanente localizado en el extranjero (las cuales podrán ser especialmente elevadas en los primeros años de la actividad) frente a la imposibilidad, con carácter general, de compensar las pérdidas procedentes de una filial no residente²³⁹².

Por ello, a través de la reforma operada por la Directiva 2005/19/CE se introdujo una disposición específica orientada a extender de forma explícita la aplicación de las reglas contenidas en el artículo 10.1 de la Directiva 90/434/CEE²³⁹³ (e implícitamente la

²³⁹¹ En este mismo sentido, *vid.* BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, p.179; y VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.277.

²³⁹² Sobre esta cuestión, *vid.* ADDA, M., “The supposed autonomy...”, *op.cit.*, p.155.

²³⁹³ No obstante, a juicio de VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, pp.283-284, la disposición contenida en el párrafo cuarto del artículo 10.1 de la Directiva se proyectaría específicamente sobre el párrafo tercero del citado precepto, cuya interpretación literal en este tipo de supuestos en los que el establecimiento permanente de la sociedad transmitente se encuentra localizado en el Estado miembro

opción prevista en su artículo 10.2) a este tipo de supuestos en los que el establecimiento permanente aportado por la sociedad transmitente en el marco de una operación de fusión, escisión (total o parcial) o aportación de activos está situado en el Estado miembro donde reside a efectos fiscales la sociedad beneficiaria²³⁹⁴.

De este modo, el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente deberá renunciar a sus derechos impositivos sobre dicho establecimiento permanente (sin perjuicio de su facultad de reintegrar en la base imponible de la sociedad transmitente las pérdidas anteriores procedentes del establecimiento permanente que hubiesen sido deducidas de sus beneficios con carácter previo a la operación), mientras que el Estado miembro donde se encuentre localizado el establecimiento permanente tendrá que diferir el gravamen de las posibles plusvalías vinculadas a los elementos patrimoniales que integran dicho establecimiento permanente y que se pongan de manifiesto como resultado de la operación, garantizar el mantenimiento de las provisiones y reservas constituidas con exención total o parcial del impuesto en sede de dicho establecimiento permanente, y permitir el aprovechamiento por parte del mismo de las pérdidas pre-existentes a la operación y no compensadas a efectos fiscales (siempre que así lo contemple su legislación doméstica en el ámbito de operaciones de reorganización empresarial de naturaleza interna).

A este respecto, cabría señalar que, aun cuando en este tipo de supuestos no se cumpliría *stricto sensu* el requisito previsto en el artículo 4.2, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE debido a la coincidencia entre el Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria y aquél donde se encuentra localizado el establecimiento permanente (que deberá aplicar las disposiciones de la Directiva como si fuese el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente), lo cierto es que los derechos de gravamen de este último no sólo no se verían comprometidos, ya que los activos son transmitidos dentro de su propio territorio e incorporados en el balance de la sociedad beneficiaria por su valor fiscal, sino que incluso podrían resultar reforzados en la medida en que éstos se proyectarían sobre una entidad jurídica doméstica, residente y totalmente responsable a efectos fiscales (y no sobre un establecimiento permanente de una sociedad no residente localizado en su territorio)²³⁹⁵.

De hecho, incluso antes de la modificación operada por la Directiva 2005/19/CE pueden encontrarse autores entre la doctrina que ya defendían que una interpretación del

de residencia de la sociedad beneficiaria podría dar lugar a resultados no deseados por la norma comunitaria.

²³⁹⁴ *Vid.* artículo 10.1, párrafo cuarto, de la Directiva 2009/133/CE. Nótese que, con carácter previo a la introducción de este párrafo, el hecho de que el tenor literal del último inciso del artículo 10.1 de la Directiva 90/434/CEE en su redacción originaria estableciese que “el Estado en el que esté situado el establecimiento permanente y el Estado de la sociedad beneficiaria (...)” podría interpretarse en el sentido de que ambos Estados miembros debían distintos. Sobre esta cuestión, *vid.* LARKING, B., “The Merger Directive...”, *op.cit.*, p.364. Ciertamente y aun cuando la redacción del último inciso del artículo 10.1 de la Directiva 90/434/CEE se ha mantenido en el actual párrafo tercero del artículo 10.1, la introducción del citado párrafo cuarto ya ha despejado cualquier posible duda al respecto (*vid.* considerando 14 de la Directiva 2005/19/CE).

²³⁹⁵ En este sentido, *vid.* TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., *European Tax Law*, *op.cit.*, p.684.

artículo 10.1 de la Directiva 90/434/CEE en su redacción originaria puesta en relación con lo establecido en su artículo 4.1, así como con los objetivos perseguidos por la norma comunitaria permitiría dar cobertura bajo el régimen de neutralidad fiscal a los supuestos de “filialización” anteriormente descritos²³⁹⁶. En este sentido, no puede perderse de vista que, desde un primer momento, la mayoría de Estados miembros actuando como Estado de residencia de la sociedad transmitente ya aplicaban las disposiciones de la Directiva 90/434/CEE a este tipo de operaciones, bien bajo el método de la exención (p.ej. Alemania, Austria, Bélgica o Francia) o bien bajo el método del crédito (p.ej. Finlandia o Irlanda)²³⁹⁷.

Ahora bien, en todo caso es importante tener presente que, más allá de la renuncia por parte del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente a sus facultades impositivas sobre el establecimiento permanente extranjero, la coincidencia entre el Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria y el Estado miembro donde se localiza el citado establecimiento permanente determina la necesidad de adaptar la aplicación de las reglas previstas en los artículos 4 a 6 de la Directiva 2009/133/CE a las operaciones transfronterizas de aportación de activos o escisión parcial a través de cuales se articule la “filialización” en cuestión. En este sentido, cabría señalar como algún autor se ha mostrado partidario de modificar el tenor literal del párrafo tercero del artículo 10.1 de la Directiva con el fin de matizar que, tratándose de un supuesto de esta naturaleza, la obligación para el Estado miembro donde se encuentre localizado el establecimiento permanente y para el Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria de aplicar las disposiciones de la Directiva como si el Estado miembro donde estuviese situado el establecimiento permanente fuese el Estado miembro de la sociedad transmitente deberá adaptarse a las particularidades propias de las operaciones de “filialización”²³⁹⁸.

En esta misma línea, algunos autores han ido un paso más allá, apuntando la conveniencia de extender directamente el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE a operaciones de reorganización empresarial de naturaleza doméstica en el marco de las cuales se transmita un establecimiento permanente de la sociedad transmitente localizado en un Estado miembro distinto al de aquel donde tiene localizada su residencia fiscal. A juicio de estos autores, no existirían razones de peso que justificasen que tanto el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente como el Estado miembro donde se encontrase localizado su establecimiento permanente

²³⁹⁶ En este sentido, *vid.* LOYENS LEFEVRE RÄDLER (EUROPEAN TAX NETWORK), *op.cit.*, p.17; MAISTO, G., “Shaping EU Company...”, *op.cit.*, p.300; o LARKING, B., “Permanent Confusion? The...”, *op.cit.*, pp.308-309, que critica los principales argumentos que se habían esgrimido para defender la no cobertura por parte de la Directiva de las operaciones de “filialización”, tales como, la propia interpretación literal del artículo 10.1 de la Directiva, la asunción de que una sociedad no puede tener un establecimiento permanente en su mismo Estado de residencia, o el hecho de que si el establecimiento permanente en cuestión y la sociedad beneficiaria estuviesen localizados en el mismo Estado miembro se contravendría el requisito establecido en el artículo 1 de la Directiva relativo al carácter transfronterizo de las operaciones de reorganización empresarial cubiertas por su ámbito de aplicación.

²³⁹⁷ *Vid.* DELOITTE TOUCHE TOHMATSU INTERNATIONAL, *op.cit.*, pp.8-9.

²³⁹⁸ Así lo entiende, AURELIO, M., *op.cit.*, p.343.

pudiesen desplegar sus facultades de gravamen en este tipo de operaciones a diferencia de lo que sucedería si la sociedad beneficiaria fuese residente en un Estado miembro distinto al de residencia de la sociedad transmitente. Sin embargo, la adopción de esta solución podría resultar difícilmente compatible con el principio de subsidiariedad previsto en el artículo 5 del TUE²³⁹⁹.

En otro orden de cosas, tampoco conviene perder de vista las consideraciones que efectuamos en anteriores epígrafes de este trabajo en relación con la falta de identidad/equivalencia entre los conceptos de establecimiento permanente y rama de actividad, habida cuenta de que el acceso al régimen de neutralidad fiscal de una operación de “filialización” articulada mediante una aportación de activos o escisión parcial quedará supeditada, entre otros requisitos, a que el establecimiento permanente transmitido constituya *per se* una rama de actividad en el sentido del artículo 2, apartado j) de la Directiva 2009/133/CE y su interpretación por parte de la jurisprudencia del TJUE (lo que determina la exigencia de una autonomía funcional y financiera que permita al conjunto patrimonial transmitido funcionar por sus propios medios); sin perjuicio, claro está, de que el establecimiento permanente localizado en el extranjero pudiera integrarse dentro de una rama de actividad más amplia que es la que efectivamente se transmite²⁴⁰⁰.

De este modo, podría darse el caso de que los elementos de activo y pasivo que la sociedad transmitente ostenta en otro Estado miembro constituyan un establecimiento permanente en el sentido del artículo 5 del MCOCDE, del CDI aplicable al caso, o de la legislación doméstica del Estado miembro donde se localiza, pero no encajen en el concepto de rama de actividad previsto en la Directiva 2009/133/CE, lo que determinaría la no aplicación del régimen de neutralidad fiscal a la operación de “filialización” articulada a través de una aportación de activos o de una escisión parcial, a pesar de lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Directiva²⁴⁰¹. Ciertamente, cualquier interpretación en otro sentido no sólo introduciría un importante grado de heterogeneidad en el acceso al régimen de neutralidad fiscal de este tipo de operaciones de “filialización” como resultado de la falta de una definición del concepto de establecimiento permanente a efectos de la Directiva 2009/133/CE, sino que resultaría contraria al propio tenor literal de los apartados c) y d) del artículo 2 de dicha norma comunitaria.

5.4. La excepción a la regla general: la posibilidad del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente de gravar la operación

²³⁹⁹ En este sentido, *vid.* VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.284.

²⁴⁰⁰ En este sentido, *vid.* ADDA, M., “Can a Permanent...”, *op.cit.*, p.244.

²⁴⁰¹ *Vid.* VAN BOEIJEN-OSTASZEWSKA, A., BURGERS, I.J.J., *op.cit.*, p.33.

Como excepción a la regla general prevista en el apartado 1 del artículo 10 de la Directiva 2009/133/CE, la propia norma comunitaria contiene en el apartado 2 del citado precepto una suerte de “cláusula de escape”, pensada especialmente para los Estados miembros que emplean el sistema del crédito fiscal como mecanismo para evitar la doble imposición internacional (ya sea en virtud de su legislación nacional o de acuerdo con lo establecido los correspondientes CDI)²⁴⁰², y que resulta de aplicación cuando el Estado miembro de la sociedad transmitente emplea un sistema de imposición de beneficios globales de forma tal que las sociedades residentes en su territorio deben tributar en dicho Estado por la totalidad de su renta mundial, incluyendo las rentas obtenidas de su actividad en el extranjero (p.ej. a través de establecimientos permanentes) así como las plusvalías generadas por la transmisión onerosa de elementos patrimoniales situados en el extranjero.

En este tipo de supuestos, el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente (que, con carácter general, vería desaparecer sus facultades impositivas sobre el establecimiento permanente localizado en otro Estado miembro una vez completada la operación transfronteriza de reorganización empresarial), aun cuando deba renunciar a sus derechos impositivos sobre los beneficios futuros del establecimiento permanente en cuestión, podrá proceder al gravamen de los beneficios o plusvalías de dicho establecimiento permanente transmitido que sean resultado de la operación en cuestión (fusión, escisión total, escisión parcial o aportación de activos) a través de su incorporación en la base imponible la sociedad transmitente²⁴⁰³.

Por tanto, la posibilidad prevista en el artículo 10.2 de la Directiva, y que está presente en las legislaciones domésticas de Estados miembros como Italia²⁴⁰⁴, Irlanda²⁴⁰⁵, Finlandia²⁴⁰⁶, Eslovenia²⁴⁰⁷ o España²⁴⁰⁸ facultaría al Estado miembro de

²⁴⁰² Vid. HOFSTÄTTER, M., HOHENWARTER-MAYR, D., *op.cit.*, p.173; o LARKING, B., “Permanent Confusion? The...”, *op.cit.*, p.305. No obstante, frente a la opinión sostenida por la doctrina mayoritaria, VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, pp.271-273, entiende que si bien el tenor literal del artículo 10.2 de la Directiva en algunas versiones lingüísticas parece circunscribir la aplicación de la cláusula prevista en el artículo 10.2 de la Directiva únicamente a los Estados miembros que optan por el método del crédito fiscal (los cuales, no en vano, fueron los impulsores de su introducción en el articulado de la Propuesta de Directiva de 1969), lo cierto es que habida cuenta de su finalidad (preservar los derechos de gravamen del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente) también debería resultar extensible a los Estados miembros que opten por el método de la exención, más aún, si tenemos en cuenta que de los trabajos preparatorios que culminaron con su introducción en el texto Directiva 90/434/CEE no puede extraerse que la intención del legislador europeo fuera excluir a los Estados miembros que optasen por dicho sistema para evitar la doble imposición. A juicio de este autor, la aplicación del artículo 10.2 de la Directiva 2009/133/CE podría resultar de interés en aquellos Estados miembros que, sin optar por el método del crédito fiscal, tampoco aplicasen un sistema de exención “total” de las rentas procedentes de establecimientos permanentes localizados en el extranjero, ya sea por aplicar un sistema de exención con progresividad (en virtud del cual el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente exime de tributación las rentas de fuente extranjera pero las tiene en cuenta a la hora de determinar el tipo impositivo aplicable a las rentas obtenidas en su territorio), o por no eximir del impuesto todos los tipos de renta obtenida de fuente extranjera.

²⁴⁰³ Vid. VAN DEN BROEK, H., DEN TOOM, M., *op.cit.*, p.337.

²⁴⁰⁴ Vid. NAVARRO EGEA, M., “La fusión de...”, *op.cit.*, p.115

²⁴⁰⁵ Vid. sección 634 de la *Taxes Consolidation Act* de 1997.

²⁴⁰⁶ Vid. artículo 52, apartado e), párrafo tercero, Ley sobre la tributación de la renta de las actividades económicas (*elinkeintulon verottamisesta annettu laki*).

residencia de la sociedad transmitente para gravar “cualesquiera beneficios o ganancias de capital” vinculados al establecimiento permanente localizado en otro Estado miembro que se pongan de manifiesto con motivo de la operación de reorganización empresarial cubierta por la norma comunitaria de que se trate²⁴⁰⁹. Ahora bien, en caso de hacer uso de esta facultad, dicho Estado miembro deberá garantizar la deducibilidad del impuesto que, de no ser por las disposiciones de la Directiva Fiscal de Fusiones (en particular, el párrafo tercero del artículo 10.1 de dicha norma), habría gravado esos beneficios o plusvalías en el Estado miembro en el que esté situado el establecimiento permanente, de la misma forma y en la misma cuantía que lo hubiese hecho si dicho impuesto hubiese sido efectivamente pagado (sistema de crédito fiscal nocial o “*tax-sparing credit*”²⁴¹⁰)²⁴¹¹.

Pensemos, por ejemplo, en una sociedad A, residente en el Estado miembro X, que transmite a través de una operación de aportación de activos un establecimiento permanente localizado en el Estado miembro Y a otra sociedad B, residente en el Estado miembro Z. Supongamos que, en ausencia de la aplicación de las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE, dicha operación daría lugar en el Estado miembro Y al pago de un impuesto de 2.500 u.m. como resultado del gravamen al tipo del 25% de las plusvalías (10.000 u.m.) vinculadas a los elementos patrimoniales que integran el establecimiento permanente transmitido. De este modo, si el Estado miembro X, cuyo tipo de gravamen se sitúa en el 30%, opta por someter a tributación las citadas plusvalías en sede de la sociedad transmitente acogiéndose a la posibilidad prevista en el artículo 10.2 de la Directiva, deberá conceder un crédito nocial por el importe de los impuestos que hubiesen sido exigibles en el Estado miembro Y (2.500 u.m.) de

²⁴⁰⁷ Vid. ZORMAN, G., JANEZIC, K., *op.cit.*, p.601.

²⁴⁰⁸ Vid. artículo 85 de la LIS.

²⁴⁰⁹ Sobre esta cuestión, *vid.* VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, pp.274-275.

²⁴¹⁰ Vid. HELMINEN, M., *EU Tax Law...*, *op.cit.*, p.211.

²⁴¹¹ Vid. artículo 10.2 de la Directiva 2009/133/CE. Nótese como el tenor literal de este precepto establece que “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 establecimiento permanente que sean resultado de fusión, escisión, escisión parcial o aportación de activos, siempre que garantice que el impuesto, 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, del mismo modo y en igual cuantía que se habrían aplicado si el impuesto los hubiese gravado y se hubiese pagado”. A la vista de la redacción dada a este artículo por la Directiva 2005/19/CE, y tal y como ha puesto de manifiesto MENÉNDEZ GARCÍA, G., “Estudio de las...”, *op.cit.*, p.57, queda de manifiesto la existencia de una errata en la versión en español de la Directiva 2005/19/CE que se traduce en que el último inciso de dicho artículo (parte subrayada) carezca de sentido. Así pues, atendiendo a la redacción original del artículo 10.2 de la Directiva 90/434/CEE, así como al tenor literal del artículo 10.2 en otras versiones lingüísticas de la Directiva 2009/133/CE (inglés, francés, italiano y portugués) este último inciso debería sustituirse por la expresión: “siempre que garantice la deducción del impuesto que, de no ser por las disposiciones de la presente Directiva (...)” (en inglés: “*on condition that it gives relief for the tax that, but for the provisions of this Directive (...)*”; en francés: “*à condition d’admettre la déduction de l’impôt, qui, n’étaient les dispositions de la présente directive (...)*”; en italiano: “*a condizione di concedere una detrazione dalla tassa che, se non fosse stato per le disposizioni della presente direttiva (...)*”; en portugués: “*na condição de autorizar a dedução dos impostos que, na falta das disposições da presente directiva (...)*”).

forma tal que, en la práctica, el impuesto máximo exigible a la sociedad transmitente será de 500 u.m (30% de 10.000 – 2.500)²⁴¹².

Sin embargo, mayores dudas podrían plantearse si, incluso con anterioridad a la adopción de la Directiva Fiscal de Fusiones, la legislación doméstica del Estado miembro donde se encuentre localizado el establecimiento permanente de la sociedad transmitente en cuestión ya disponía de un régimen de favor aplicable a las operaciones de reorganización empresarial que determinaba la no exigencia de gravamen alguno con motivo de la transmisión de un establecimiento permanente localizado en su territorio.

Ciertamente, en este tipo de supuestos, una interpretación literal (e incorrecta) de lo establecido en el artículo 10.2 de la Directiva nos llevaría a concluir que el Estado miembro de la sociedad transmitente que hace uso de la facultad contenida en el citado precepto no debe otorgar crédito fiscal alguno. Esto se traduciría en una suerte de “extensión” de los derechos impositivos de dicho Estado miembro más allá del límite que alcanzarían si en el Estado miembro donde se localiza el establecimiento permanente no dispusiese de un régimen fiscal de favor aplicable a estas operaciones, lo que resultaría contrario a la finalidad propia de la Directiva 2009/133/CE consistente en la configuración de un régimen de neutralidad fiscal aplicable a las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial. De este modo, parece que la obligación impuesta por el artículo 10.2 de la Directiva al Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente de conceder un crédito fiscal por el importe del impuesto que “de no ser por las disposiciones de la presente Directiva” habría gravado los beneficios o plusvalías en cuestión en el Estado miembro en el que se encuentra situado el establecimiento permanente, hace referencia al impuesto que se habría satisfecho en este último Estado de no ser por la aplicación de disposiciones de la misma naturaleza que las contempladas en la Directiva 2009/133/CE²⁴¹³.

En cualquier caso, lo cierto es que la Directiva 2009/133/CE no profundiza en cómo deberá determinarse el crédito fiscal al que hace referencia el artículo 10.2 de forma tal que nos encontramos ante una cuestión sujeta a la discrecionalidad de los Estados miembros, pudiendo realizar dicho cálculo el propio Estado miembro de la sociedad transmitente o basarse en la determinación del Estado miembro en el que está situado el establecimiento permanente. De hecho, algunos Estados miembros como Irlanda condicionan la obtención del citado crédito fiscal nacional a la entrega por parte de la sociedad transmitente residente en su territorio de un certificado emitido por las autoridades fiscales del Estado miembro donde se encuentra localizado el establecimiento permanente en el que se detalle el importe del impuesto que habría sido pagado en dicho Estado como motivo de la transmisión del establecimiento permanente de no resultar de aplicación las disposiciones la Directiva 2009/133/CE²⁴¹⁴.

²⁴¹² Sobre esta cuestión, *vid.* MILLER, P., “Taxpayers should take...”, *op.cit.*, pp.85-86.

²⁴¹³ Así lo entiende, VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.276.

²⁴¹⁴ *Vid. Section 634, Taxes Consolidation Act 1997* y, en relación con su aplicación, IRISH TAX AND CUSTOMS, *Notes for Guidance – Taxes Consolidation Act 1997 – Finance Act 2017 Edition - Part 21*,

Ciertamente, en ausencia de la condición prevista en el segundo inciso del artículo 10.2 de la Directiva 2009/133/CE la aplicación de la regla contenida en el citado precepto podría dar como resultado la aparición del fenómeno de la doble imposición en la medida en que las plusvalías vinculadas a los activos que integran el establecimiento permanente transmitido y cuyo gravamen debe diferir el Estado miembro donde éste se encuentra localizado²⁴¹⁵ serían gravadas tanto en sede de la sociedad beneficiaria (que deberá incorporar dichos activos por su valor fiscal) cuando ésta proceda a la transmisión de dichos activos a un tercero, como en sede la sociedad transmitente en el momento de realización de la operación de reorganización empresarial en virtud de la cual se aporta el establecimiento permanente localizado en el extranjero²⁴¹⁶.

Por último, no conviene perder de vista que el artículo 10.2 de la Directiva 2009/133/CE no contiene disposiciones relativas al momento en que debe producirse la recaudación del impuesto adeudado una vez concedido el correspondiente crédito fiscal, de forma tal que esta cuestión quedará en manos de los Estados miembros, aunque siempre dentro del respeto a las Libertades Fundamentales previstas en el Tratado, especialmente a la libertad de establecimiento prevista en su artículo 49 y a su interpretación por parte del TJUE.

De este modo, y en la medida en que las operaciones comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva constituyen modalidades particulares de ejercicio de la libertad de establecimiento²⁴¹⁷, si la legislación del Estado miembro que opta por aplicar el artículo 10.2 de la Directiva sólo exige la tributación “inmediata” de las plusvalías y la recaudación del impuesto adeudado como ingreso tributario del ejercicio fiscal en que se haya efectuado la operación de reorganización empresarial en cuestión cuando la sociedad residente transmite un establecimiento permanente localizado en otro Estado miembro a una sociedad no residente (pero no en supuestos de naturaleza estrictamente interna, donde dichas plusvalías no tributan hasta la enajenación de los activos aportados²⁴¹⁸), nos encontraremos ante una restricción a la libertad de establecimiento.

pp.9-10. El documento resulta accesible a través del enlace <https://www.revenue.ie/en/tax-professionals/documents/notes-for-guidance/tca/part21.pdf>.

²⁴¹⁵ Vid. artículo 10.1, párrafo tercero de la Directiva 2009/133/CE.

²⁴¹⁶ En este sentido, vid. NAVARRO EGEA, M., “La fusión de...”, *op.cit.*, p.115; o TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., *European Tax Law*, *op.cit.*, p.684.

²⁴¹⁷ Vid. SSTJUE de 22 de marzo de 2018, asuntos acumulados C-327/16 (*Marc Jacob v. Ministre des Finances et des Comptes publics*) y C-421/16 (*Marc Lassus v. Ministre des Finances et des Comptes publics*), ap.71; o de 8 de marzo de 2017, asunto C-14/16, *Euro Park Service v. Ministre des Finances et des Comptes publics*, ap.28.

²⁴¹⁸ Sobre la comparabilidad entre ambas situaciones, el TJUE ya ha afirmado que “(...) a efectos de la normativa de un Estado miembro que tiene por objeto gravar las plusvalías generadas en el ámbito de su potestad tributaria, la situación de una sociedad que, en el marco de una operación de aportación de activos, transmite un establecimiento permanente no residente a una sociedad que tampoco es residente es similar, en lo que concierne a la tributación de las plusvalías de ese establecimiento permanente que se hayan generado en el ámbito de la potestad tributaria de dicho Estado miembro antes de tal operación de aportación, a la situación de una sociedad residente que, en el marco de una operación de aportación de activos, transmite un establecimiento permanente a otra sociedad residente” (vid. STJUE de 23 de

Dicha restricción, aun pudiendo quedar justificada por el principio de territorialidad fiscal así como la necesidad de garantizar un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros, iría más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo al no permitir al contribuyente optar por el pago diferido del citado impuesto y, por ende, resultaría incompatible con el artículo 49 del TJUE²⁴¹⁹.

A nuestro juicio, estas mismas conclusiones resultarían extensibles, por una parte, en relación con el gravamen por parte del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente de las provisiones y reservas constituidas con exención total o parcial del Impuesto sobre Sociedades y vinculadas al establecimiento permanente transmitido localizado en otro Estado miembro de la UE²⁴²⁰ y, por otra parte, a aquellos supuestos en los que el establecimiento permanente transmitido se encontrase localizado en un Estado miembro del EEE, habida cuenta de que, aun cuando el Estado miembro de la sociedad transmitente no estaría obligado a conceder el crédito fiscal a que se refiere el artículo 10.2 de la Directiva, sus facultades de gravamen quedarían limitadas en todo caso por el respeto a la libertad de establecimiento prevista en el artículo 31 del AEEE²⁴²¹.

5.5. Un apunte acerca de la transmisión de una filial en el marco de operaciones transfronterizas de reorganización empresarial cubiertas por la Directiva

Tal y como hemos apuntado, las reglas previstas en el artículo 10 de la Directiva 2009/133/CE se refieren al supuesto particular en el que entre los bienes aportados con motivo de una fusión, escisión (total o parcial), o aportación de activos se encuentra un establecimiento permanente de la sociedad transmitente situado en un Estado miembro distinto de aquel en el que reside dicha sociedad. Sin embargo, si la sociedad transmitente llevase a cabo sus actividades en otro Estado miembro a través de una filial (a saber, otra de las formas de establecimiento prevista en el artículo 49 del TFUE), nos encontramos con que la norma comunitaria no contempla una disposición específica orientada a garantizar la neutralidad fiscal de la transmisión de sus participaciones en el marco de una operación transfronteriza de reorganización empresarial cubierta por su ámbito de aplicación.

A este respecto, no puede perderse de vista que, con carácter general, y siempre que CDI suscrito entre el Estado miembro de residencia de la matriz y el Estado

noviembre de 2017, asunto C-292/16, *A Oy*, ap.29). En esta misma línea, *vid.* STJUE de 21 de mayo de 2015, asunto C-657/13, *Verder LabTec GmbH & Co. KG v. Finanzamt Hilden*, ap.38.

²⁴¹⁹ En este sentido, y trasladando las conclusiones de la sentencia *National Grid Indus* al ámbito del artículo 10.2 de la Directiva 2009/133/CE, *vid.* STJUE de 23 de noviembre de 2017, asunto C-292/16, *A Oy*, aps.26-40, y jurisprudencia allí citada. En una línea similar, ya se había manifestado en su momento, VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, pp.394-395.

²⁴²⁰ Así lo entienden también, VAN DEN BROEK, H., DEN TOOM, M., *op.cit.*, p.342.

²⁴²¹ En relación con esta cuestión, *vid.* ENGLISCH, J., *op.cit.*, p.341.

miembro de residencia de la filial cuyas participaciones son transmitidas siga el criterio fijado en el artículo 13.5 del MCOCDE, las plusvalías latentes asociadas a los títulos representativos del capital social de la filial que se transmiten en el marco de una fusión, escisión, o aportación de activos sólo podrían ser gravadas en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente (matriz)²⁴²². De este modo, y en la medida en que no se cumpliera el requisito previsto en el artículo 4.2, apartado b) de la Directiva (por no quedar los títulos transmitidos efectivamente vinculados a un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria localizado en el Estado miembro de la sociedad transmitente), el Estado miembro de la sociedad transmitente no estaría obligado a aplicar la regla de diferimiento, lo que de algún modo vendría a “penalizar” la decisión de la sociedad transmitente de establecerse en otro Estado miembro a través de una filial en lugar de mediante una sucursal.

Ahora bien, desde la óptica de la libertad de establecimiento, debe matizarse que si bien el párrafo primero del artículo 49 del TFUE viene a consagrar con carácter general el principio de que los agentes económicos podrán escoger libremente la forma jurídica apropiada para el ejercicio de sus actividades en otro Estado miembro²⁴²³, lo cierto es que desde la perspectiva del Estado miembro de origen, el TJUE ha venido aceptando diferencias en el tratamiento fiscal otorgado a filiales y establecimientos permanentes no residentes sobre la base de que el Derecho de la UE no prescribe criterios generales para el reparto de competencias entre los Estados miembros por lo que respecta a los resultados procedentes de ambas modalidades de establecimiento, las cuales no se encontrarían en una situación comparable a estos efectos debido a la personalidad jurídica autónoma que presentan las primeras frente a los segundos²⁴²⁴.

De hecho, en este sentido, el Tribunal ha llegado a afirmar que “(...) el Estado miembro de origen no está obligado a aplicar a las filiales no residentes el mismo régimen fiscal aplicado a los establecimientos permanentes sitios en el extranjero”²⁴²⁵, o bien que “(...) los Estados miembros tienen libertad para establecer las condiciones de tributación y la carga fiscal aplicables a los distintos tipos de establecimientos de las sociedades nacionales que operen en el extranjero, siempre y cuando les otorguen un trato que no resulte discriminatorio con respecto a los establecimientos nacionales comparables”²⁴²⁶.

²⁴²² Ahora bien, en aquellos casos en los que más del 50 por ciento del valor de los títulos de sociedad filial en cuestión procediese, de forma directa o indirecta, de bienes inmuebles localizados en otro Estado, las plusvalías puestas de manifiesto con motivo de su transmisión también podrían ser objeto de gravamen por parte de dicho Estado si el CDI en cuestión contemplase una cláusula similar a la prevista en el artículo 13.4 del MCOCDE.

²⁴²³ Vid., entre otras, la STJUE de 6 de septiembre de 2012, asunto C-18/11, *The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs v. Philips Electronics UK Ltd*, ap.14.

²⁴²⁴ En este sentido, vid. STJUE de 25 de febrero de 2010, asunto C-337/08, *X Holding BV v. Staatssecretaris van Financiën*, ap.38.

²⁴²⁵ vid. STJUE de 25 de febrero de 2010, asunto C-337/08, *X Holding BV v. Staatssecretaris van Financiën*, ap.40.

²⁴²⁶ Vid. STJUE de 6 de diciembre de 2007, asunto C-298/05, *Columbus Container Services BVBA & Co. v. Finanzamt Bielefeld-Innenstadt*, ap.53.

Pues bien, esta diferencia entre el reparto de facultades de gravamen entre los Estados miembros también estaría presente en el caso de las plusvalías puestas de manifiesto como resultado de la transmisión de un establecimiento permanente o una filial. En este sentido, conviene recordar que siempre que el CDI suscrito entre el Estado miembro de la sociedad transmitente (matriz/casa central) y el Estado miembro donde se localice la filial o el establecimiento permanente transmitido siga lo establecido en el MCOCDE, la competencia para gravar las plusvalías latentes puestas de manifiesto con motivo de la transmisión de los títulos de la filial correspondería exclusivamente al Estado miembro de la sociedad transmitente (artículo 13.5 del MCOCDE), mientras que la competencia para gravar las plusvalías derivadas de la transmisión de establecimiento permanente correspondería, con carácter general, al Estado miembro donde éste se encontrase localizado (artículo 13.2 del MCOCDE). Por tanto, parece claro que el hecho de que la regla prevista en el artículo 10 de la Directiva 2009/133/CE no proporcione cobertura a la transmisión de una filial de la sociedad transmitente localizada en otro Estado miembro no plantea *per se* problemas de compatibilidad con el derecho de establecimiento previsto en el Tratado²⁴²⁷.

Asimismo, cabría señalar que la problemática anteriormente apuntada no se plantearía, por una parte, en aquellos supuestos en los que la filial en cuestión fuese transmitida a través de un canje de valores, habida cuenta de que la regla prevista en el artículo 8.1 de la Directiva 2009/133/CE que obligaría a los Estados miembros a diferir el gravamen de las posibles plusvalías puestas de manifiesto en sede de la sociedad transmitente (en su condición de socio de la sociedad dominada) como resultado del intercambio de títulos de la sociedad filial (dominada) por títulos representativos del capital social de la sociedad dominante; y, por otra parte, en aquellos supuestos (bastante comunes en el ámbito de la UE) en los que la legislación fiscal doméstica del Estado miembro de la sociedad transmitente contemplase un régimen de *participation exemption* en virtud del cual la plusvalía derivada de la transmisión de las participaciones en el capital de la sociedad filial quedase exenta de gravamen en el territorio de dicho Estado.

No obstante, desde la óptica de los objetivos últimos perseguidos por la Directiva 2009/133/CE, y en la medida en que su artículo no permitiría garantizar el diferimiento del gravamen de las plusvalías asociadas a los títulos representativos del capital de la filial transmitida y puestas de manifiesto en sede de la sociedad transmitente, bien porque tratándose de operaciones de fusión o escisión (total o parcial) su ámbito de aplicación se proyectaría sobre los socios de la sociedad transmitente que reciben los títulos de la sociedad beneficiaria (y no sobre la propia sociedad transmitente), o bien porque tratándose de operaciones de aportación de activos, éstas quedan extramuros de su ámbito de aplicación, consideramos interesante la propuesta de algún autor que defiende la extensión las reglas previstas en los párrafos primero,

²⁴²⁷ Sobre esta cuestión, *vid.* BOULOGNE, F., *Shortcomings in the..., op.cit.*, pp.179-180.

tercero, y cuarto del artículo 10.1 de la Directiva 2009/133/CE a aquellos supuestos en los que se transmite una filial localizada en otro Estado miembro²⁴²⁸.

²⁴²⁸ *Ibid.*, pp.180-181 y 342.

CAPÍTULO IX. LÍMITES A LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE NEUTRALIDAD FISCAL: LA CLÁUSULA ANTI-ABUSO CONTEMPLADA EN EL ARTÍCULO 15 DE LA DIRECTIVA 2009/133/CE

1. Introducción

La aplicación de las medidas que integran el régimen de neutralidad fiscal configurado por la Directiva 2009/133/CE no resulta en modo alguno incondicional y absoluta pues, más allá del necesario cumplimiento de los requisitos específicos contemplados en su articulado (tales como, la exigencia de que los elementos patrimoniales transmitidos queden efectivamente vinculados a un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria localizado en el Estado miembro de la sociedad transmitente y contribuyan a la generación de bases imponibles en el territorio de dicho Estado²⁴²⁹, o la verificación del denominado “principio del mantenimiento del valor fiscal”²⁴³⁰), la norma comunitaria dispone en su artículo 15 de una cláusula anti-abuso que, en determinados supuestos, faculta a los Estados miembros a no aplicar dichas medidas o a denegar el beneficio de las mismas, ya sea de forma total o parcial.

De este modo, y partiendo del tenor literal del artículo 15 de la Directiva 2009/133/CE, podría afirmarse que la cláusula anti-abuso contenida en el citado precepto concede a los Estados miembros una “reserva de competencia”²⁴³¹ en virtud de la cual podrán negarse a aplicar las disposiciones contenidas en los artículos 4 a 14 de la Directiva o retirar el beneficio de las mismas, de forma total o parcial, en aquellos casos en los que se verifique que la operación transfronteriza de reorganización empresarial en cuestión cubierta por su ámbito de aplicación: a) tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal²⁴³²; o b) tenga por resultado que una sociedad, participante o no en la operación, deje de reunir las condiciones necesarias para la representación de los trabajadores en los órganos de la sociedad según las modalidades aplicables con carácter previo a la operación (salvo que a dicha sociedad le resulte de aplicación una norma de Derecho de la UE que incluya disposiciones equivalentes en materia de representación de los trabajadores en los órganos de la sociedad)²⁴³³.

²⁴²⁹ Vid. artículo 4.2, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE.

²⁴³⁰ Vid. artículos 4.4 y 8.4 de la Directiva 2009/133/CE.

²⁴³¹ Vid. SSTJUE de 8 de marzo de 2017, asunto C-14/16, *Euro Park Service v. Ministre des Finances et des Comptes publics*, ap.23; o de 17 de julio de 1997, asunto C-28/95, *Leur-Bloem v. Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*, ap.35; y DEROUIN, P., *op.cit.*, p.1103.

²⁴³² Vid. artículo 15.1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE. A este respecto, podrían traerse a colación las palabras de BOTELLA GARCÍA-LASTRA, C., *op.cit.*, p.37, cuando afirma que “las disposiciones fiscales no deben ser un obstáculo a la realización de estas operaciones, pero, tampoco deben suponer un estímulo para que se utilicen como mecanismo para evitar el pago de impuestos sin aportar ninguna ventaja a la competencia empresarial”.

²⁴³³ Vid. artículos 15.1, apartado b) y 15.2 de la Directiva 2009/133/CE.

Por tanto, nos encontramos con que, en los supuestos anteriormente señalados, los Estados miembros podrán reaccionar mediante la no aplicación de las disposiciones previstas en la Directiva a la operación de reorganización empresarial en cuestión o bien a través de la retirada del beneficio de las mismas una vez que éstas ya han sido aplicadas²⁴³⁴.

A este respecto, es importante tener presente que, en el plano del Derecho societario europeo y tras la reforma operada por la Directiva 2019/2121/UE en la Directiva 2017/1132/UE, se establece que, en el marco del control de legalidad que necesariamente deberá llevarse a cabo en las operaciones de fusión, escisión y transformación transfronterizas, la autoridad competente del Estado miembro a cuyo Derecho nacional esté sujeta la sociedad transmitente no expedirá el certificado previo a la operación cuando se determine, en cumplimiento del Derecho nacional y tras un análisis global de los hechos y circunstancias pertinentes, que ésta se lleva a cabo “con fines abusivos o fraudulentos que tengan por efecto u objeto sustraerse al Derecho de la Unión o nacional o eludirlo, o con fines delictivos”²⁴³⁵. Como ya hemos apuntado, nos encontramos ante una cláusula anti-abuso de naturaleza *ex ante* que se proyecta sobre diversos ámbitos normativos (incluido el tributario), lo que unido a la amplitud con la que está formulada (frente al concepto de montaje puramente artificial procedente del ámbito fiscal que se manejaba en la Propuesta de Directiva²⁴³⁶), podría dificultar la valoración acerca del carácter abusivo de la operación en cuestión por parte de las autoridades nacionales e introducir divergencias a la hora de aplicar esta cláusula por parte de los diferentes Estados miembros (los cuales, podrían encontrar incentivos a la adopción de enfoques “restrictivos” orientados a evitar la salida de sociedades de sus respectivas jurisdicciones), sin perjuicio de que su interpretación deba realizarse a la luz de la jurisprudencia del TJUE en relación con el principio general de prohibición de abuso del Derecho.

De este modo, y en relación con aquellas operaciones transfronterizas de fusión y escisión cubiertas por el ámbito de aplicación de la Directiva 2017/1132/UE y susceptibles de acogerse al régimen de neutralidad fiscal previsto por la Directiva 2009/133/UE, podría afirmarse que, aun cuando operen en planos diferenciados²⁴³⁷

²⁴³⁴ En este sentido, *vid.* MENÉNDEZ GARCÍA, G., “Realización de operaciones de fusión, escisión, aportación no dineraria y canje de valores “con fines de fraude o evasión fiscal”: cláusula antiabuso comunitaria y artículo 110.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades”, *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, nº14, 2000, p.98.

²⁴³⁵ *Vid.* artículos 127.8 (fusiones), 160 *quaterdecies*, apartado 8 (escisiones), y 86 *quaterdecies*, apartado 8 (transformaciones) de la Directiva 2017/1132/UE.

²⁴³⁶ En concreto, los artículos 86 *quater*, apartado 3 y 160 *quinquies*, apartado 3 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2017/1132/UE en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas, COM(2018) 241 final, de 25 de abril de 2018, establecen, respectivamente, que la autoridad nacional competente del Estado miembro de la sociedad que se transforma o de la sociedad que se escinde no autorizará aquellas operaciones que constituyan “un artificio encaminado a obtener ventajas fiscales indebidas o a perjudicar injustificadamente los derechos legales o contractuales de los trabajadores, los acreedores o los socios minoritarios”.

²⁴³⁷ *Vid.* Considerandos nº 53 y 54 de la Directiva 2019/2121/UE.

(aunque necesariamente interrelacionados), la cláusula prevista en el artículo 15.1 de la Directiva Fiscal de Fusiones sólo podría entrar en juego una vez superado el control *ex ante* configurado por la Directiva 2017/1132/UE habida cuenta de que la no emisión del certificado previo anteriormente mencionado se traducirá en la imposibilidad de realizar la operación de fusión o escisión en cuestión, de forma tal que ésta no llegará a desplegar sus efectos.

Por otra parte, cabría apuntar que la configuración de la aplicación de la cláusula anti-abuso prevista en el artículo 15.1 de la Directiva 2009/133/CE como una mera facultad de los Estados miembros (al menos desde una perspectiva estrictamente formal apegada a su tenor literal) contrasta, especialmente por lo que respecta a la modalidad prevista en su apartado a), con la redacción actual del artículo 1.2 de la Directiva Matriz-Filial donde se establece una suerte de obligación para los Estados miembros de no aplicar los beneficios previstos en la misma a aquellos mecanismos, operaciones o estructuras cuyo propósito principal o uno de sus propósitos principales fuese la obtención de una ventaja fiscal que desvirtúe el objeto o la finalidad de la propia norma comunitaria. Asimismo, nótese como este carácter de obligatoriedad también está presente en la cláusula general anti-abuso contemplada en el artículo 6 de la Directiva 2016/1164/UE, cuya aplicación puede proyectarse sobre el ámbito de las operaciones de reorganización empresarial²⁴³⁸. De ahí que, a nuestro juicio, y en relación con esta cuestión, resulte conveniente alinear la redacción de la cláusula anti-abuso contemplada en el artículo 15.1 de la Directiva 2009/133/CE con la prevista en el artículo 1.2 de la Directiva Matriz-Filial y en el artículo 6.1 de la Directiva 2016/1164/UE.

En cualquier caso, tal y como ya hemos adelantado, la norma comunitaria no obliga a los Estados miembros a excluir la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a la operación en su conjunto en los supuestos antes señalados, sino que éstos podrán optar simplemente por denegar la aplicación o retirar el beneficio de las disposiciones contenidas en la Directiva (o, más bien, de las disposiciones domésticas que las implementan a nivel interno) de forma parcial, ya sea en relación con determinados elementos patrimoniales/valores transmitidos o bien en relación con determinados sujetos (sociedades/socios) participantes en la misma²⁴³⁹. A este respecto, y a título de

²⁴³⁸ Sobre esta cuestión, *vid.* DE CHARETTE, D., “The anti-tax avoidance Directive general anti-abuse rule: a legal basis for a duty on Member States to fight tax abuse in EU corporate direct tax law”, *EC Tax Review*, vol.28, nº4, 2019, p.179.

²⁴³⁹ En relación con esta cuestión, nótese como la redacción original del artículo 11.1 de la Directiva 90/434/CEE en su versión en español no resultaba de todo clara al respecto (a diferencia de la versión en lengua inglesa) al limitarse a afirmar que “un Estado miembro podrá negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de los títulos II, III y IV o a retirar el beneficio de las mismas cuando la operación (...)” (el subrayado es nuestro). De hecho, la Directiva 2005/19/CE introdujo un matiz en la redacción del actual artículo 15.1 de la Directiva 2009/133/CE cuyo tenor literal pasó a ser el siguiente: “un Estado miembro podrá negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de los artículos 4 a 14 o a retirar total o parcialmente el beneficio de las mismas cuando una de las operaciones contempladas en el artículo 1 (...)” (el subrayado es nuestro). A este respecto, se ha apuntado que la posibilidad para los Estados miembros de no aplicar las disposiciones contenidas en los citados preceptos de la Directiva o retirar el beneficio de las mismas de forma parcial constituye un reflejo del principio de proporcionalidad que debe inspirar la aplicación de la cláusula anti-abuso prevista en el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva (*vid.* BOULOGNE, F., *Shortcomings in the..., op.cit.*, p.282).

ejemplo, podría traerse a colación el caso de España donde la posibilidad de inaplicación parcial del régimen de neutralidad fiscal no se introdujo explícitamente en nuestro ordenamiento hasta la entrada en vigor de la actual Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades²⁴⁴⁰, de forma tal que, con anterioridad a la misma, la aplicación de la cláusula anti-abuso determinaba necesariamente la exclusión del régimen de neutralidad fiscal a la operación de reorganización empresarial en su conjunto, con independencia de que la problemática desde la óptica del fraude o la evasión fiscal se plantease únicamente en relación con determinados elementos integrantes del conjunto patrimonial transmitido; circunstancia que dio lugar a importantes críticas por parte de la doctrina sobre la base del principio de proporcionalidad²⁴⁴¹.

En los siguientes epígrafes analizaremos las dos vertientes de la cláusula anti-abuso prevista en el artículo 15.1 de la Directiva 2009/133/CE, centrandó nuestra atención en la modalidad contemplada en el apartado a) del citado precepto por ser la única que, en la práctica, presenta una auténtica vigencia efectiva, habiendo sido objeto de interpretación en diversas ocasiones por parte del TJUE lo que no viene sino a poner de manifiesto la existencia de algunos aspectos problemáticos vinculados a su implementación por parte de los diferentes Estados miembros y a su aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes.

2. La modalidad prevista en el artículo 15.1.a) de la Directiva: contextualización, elementos definidores, y delimitación de su perímetro de aplicación a la luz de la jurisprudencia del TJUE

2.1. Consideraciones generales

La necesidad de establecer cláusulas anti-abuso en las normas de Derecho de la UE así como en los ordenamientos domésticos de los Estados miembros se encuentra estrechamente vinculada con los límites que presenta la interpretación teleológica de las normas como mecanismo para combatir prácticas abusivas o fraudulentas no excluidas *stricto sensu* por el tenor literal de sus disposiciones que puedan menoscabar la integridad de los sistemas fiscales de los Estados miembros y afectar negativamente a

²⁴⁴⁰ Vid. artículo 89.2, párrafo segundo de la LIS.

²⁴⁴¹ En este sentido, podría traerse a colación la opinión de SANZ GADEA, E., “Medidas antielusión fiscal”, *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, nº8, 2009, p.246, quien apuntaba que “así, por ejemplo, cuando se trata de transmitir un inmueble mediante la transmisión de participaciones antiguas, antes que hacerlo directamente, y se instrumenta una escisión total, la irregularidad, si existe, afecta sólo, a las plusvalías del inmueble, pero no a la totalidad de los elementos patrimoniales. Sin embargo, tal y como está redactada la norma antielusión, la regularización, caso de entenderse fraudulenta la operación, podría abarcar a las plusvalías latentes en la totalidad de los elementos patrimoniales”.

sus intereses financieros²⁴⁴². Ciertamente, el hecho de que la interpretación de una norma conforme a su finalidad nunca pueda ser de tal alcance que llegue a desvirtuar el sentido semántico de sus palabras determina que no todos los posibles supuestos de fraude o abuso puedan atajarse o reconducirse a través de este mecanismo²⁴⁴³.

Por ello, no es de extrañar que tanto la Directiva Matriz-Filial como la Directiva de Intereses y Cánones también dispongan de cláusulas anti-abuso²⁴⁴⁴, y que incluso la Directiva 2016/1164/UE haya introducido en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades una cláusula general anti-abuso de naturaleza europea²⁴⁴⁵ (que presenta cierta similitud con la *principal purpose test clause* contemplada en la Acción 6 del Plan BEPS²⁴⁴⁶), la cual no viene sino “codificar” la doctrina del TJUE en relación con la interpretación y aplicación del principio de prohibición del abuso del Derecho en el ámbito comunitario²⁴⁴⁷.

Dicho principio, que ha sido perfilado con el paso del tiempo por la jurisprudencia del TJUE²⁴⁴⁸ tanto en el ámbito de la fiscalidad directa como indirecta, presenta esencialmente dos vertientes: la primera de ellas, pivota sobre la idea fundamental de que las normas del Derecho de la UE no pueden ser invocadas de forma abusiva o fraudulenta al objeto de que su aplicación se extienda a operaciones que no se

²⁴⁴² En relación con esta cuestión, y desde la óptica de la doctrina jurisprudencial del Reino Unido, se ha puesto de manifiesto cómo, en muchos casos, el uso de la doctrina del *business purpose* y el mecanismo de la interpretación teleológica de las normas dan lugar a resultados equivalentes (*vid.* VANDERWOLK, J., “Purposeful interpretation of tax statutes: recent UK decisions on tax avoidance transactions”, *Bulletin for International Fiscal Documentation*, vol.56, nº2, 2002, p.76).

²⁴⁴³ En este sentido, *vid.* RUIZ ALMENDRAL, V., “¿Tiene futuro el...”, *op.cit.*, p.35.

²⁴⁴⁴ *Vid.* artículo 1.2 de la Directiva 2011/96/UE y artículo 5 de la Directiva 2003/49/CE. Sobre los elementos definidores de las citadas cláusulas *vid.*, entre otros, ÖNER, C., “Comparative analysis of the general anti-abuse rule of the anti-tax avoidance Directive: an effective tool to tackle tax avoidance?”, *EC Tax Review*, vol.29, nº1, 2020, pp.40-46.

²⁴⁴⁵ *Vid.* artículo 6 de la Directiva 2016/1164/UE. Nótese, sin embargo, como el ámbito de aplicación de la cláusula anti-abuso contenida en el citado precepto se proyecta, no sólo sobre situaciones de naturaleza intra-comunitaria, sino también sobre supuestos puramente domésticos o relacionados con países terceros (*vid.* Considerando nº 11 de la Directiva 2016/1164/UE). En relación con esta cuestión, conviene recordar como, unos años antes de la aprobación de la citada Directiva, la Recomendación de la Comisión de 6 de diciembre de 2012, C(2012) 8806 final sobre planificación fiscal agresiva, ya invitaba a los Estados miembros a adoptar en sus legislaciones domésticas una norma general de lucha contra el fraude adaptada a situaciones nacionales y transfronterizas (tanto dentro como fuera de la UE) que permitiese combatir aquellas prácticas de planificación fiscal agresiva que se sitúan fuera del ámbito de aplicación de sus respectivas normas específicas contra la evasión fiscal (apartado 4.1).

²⁴⁴⁶ Una buena aproximación al contenido de la cláusula general anti-abuso propuesta en el marco de la Acción 6 del Plan BEPS puede encontrarse en PALAO TABOADA, C., “OECD Base Erosion and Profit Shifting Action 6: The General Anti-Abuse Rule”, *Bulletin for International Taxation*, vol.69, nº10, 2015, pp.602-608.

²⁴⁴⁷ Un estudio completo sobre la construcción de este principio por parte de la jurisprudencia del TJUE (cuyo análisis pormenorizado excedería del ámbito de este trabajo) puede encontrarse en DE LA FERIA, R., VOGENAUER, S. (eds.), *Prohibition of Abuse of Law. A new General Principle of EU Law?*, Hart Publishing, Oxford, 2011.

²⁴⁴⁸ Sobre la jurisprudencia del TJUE en materia de abuso de Derecho, un buen análisis puede encontrarse en DE BROE, L., BECKERS, D., “The general anti-abuse rule of the anti-tax avoidance Directive: an analysis against the wider perspective of the European Court of Justice’s case law on abuse of EU Law”, *EC Tax Review*, vol.26, nº3, 2017, pp.133-139; o DE BROE, L., *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, IBFD, Amsterdam 2008, pp.751 y ss.

realicen en el marco de transacciones comerciales normales, sino con el único propósito de beneficiarse abusivamente de las ventajas establecidas por el Derecho de la UE²⁴⁴⁹, pudiendo calificarse como abusivas aquellas operaciones cuya finalidad esencial se limita a la obtención de una ventaja fiscal cuya concesión resultaría contraria al objetivo perseguido por la norma en cuestión²⁴⁵⁰; mientras que la segunda, más vinculada a las Libertades Fundamentales, gira en torno a la prohibición de que los nacionales de los diferentes Estados miembros puedan eludir abusivamente la aplicación de sus respectivas legislaciones nacionales aprovechando las posibilidades que les ofrece el TFUE, configurándose la lucha contra el fraude y la evasión fiscal como una razón imperiosa de interés general que podría justificar una restricción de dichas Libertades Fundamentales, sin perjuicio del necesario respeto al principio de proporcionalidad²⁴⁵¹.

En el caso de la Directiva Fiscal de Fusiones, cabría apuntar como el origen de la introducción de una cláusula anti-abuso en su articulado (ausente en la Propuesta de Directiva de 1969) debemos situarlo en la preocupación mostrada en un primer momento por las delegaciones de algunos Estados miembros (p.ej. Alemania) ante la posibilidad de que los contribuyentes pudiesen aprovechar las disposiciones previstas en los artículos 6 y 10.3 de la Propuesta de Directiva para llevar a cabo comportamientos abusivos consistentes en la realización de operaciones de fusión con el único objetivo de aprovechar fiscalmente las pérdidas existentes en sede de la sociedad transmitente²⁴⁵² o

²⁴⁴⁹ Vid., entre otras, las SSTJUE de 26 de febrero de 2019, asuntos acumulados C-115/16 (*N Luxembourg 1 v. Skatteministeriet*), C-118/16 (*X Denmark A/S v. Skatteministeriet*), C-119/16 (*C Danmark I v. Skatteministeriet*) y C-299/16 (*Z Denmark ApS v. Skatteministeriet*), ap.96; de 21 de febrero de 2006, asunto C-255/02, *Halifax plc y otros v. Commissioners of Customs & Excise*, aps.68-69; de 6 de abril de 2006, asunto C-456/04, *Agip Petroli SpA v. Capitaneria di porto di Siracusa y otros*, aps.19-20; de 3 de marzo de 2005, asunto C-32/03; *I/S Fini H v. Skatteministeriet*, ap.32; de 14 de diciembre de 2000, asunto C-110/99, *Emsland-Stärke GmbH v. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, ap.51; de 23 de marzo de 2000, asunto C-373/97, *Dionysios Diamantis v. Grecia*, ap.33; de 3 de marzo de 1993, asunto C-8/92, *General Milk Products GmbH v. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, ap.21; o de 11 de octubre de 1977, asunto C-125/76, *Firma Peter Cremer v. Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung*, ap.21.

²⁴⁵⁰ Vid. SSTJUE de 22 de diciembre de 2010, asunto C-277/09, *RBS Deutschland Holdings GmbH v. The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs*, ap.49; de 21 de febrero de 2008, asunto C-425/06, *Part Service Srl v. Ministero dell'Economia e delle Finanze*, ap.58; o de 21 de febrero de 2006, asunto C-255/02, *Halifax plc y otros v. Commissioners of Customs & Excise*, aps.74-75.

²⁴⁵¹ Vid., entre otras, en materia de libre circulación de mercancías, la STJUE de 10 de enero de 1985, asunto C-229/83, *Association des Centres distributeurs Edouard Leclerc, SA Thouars Distribution y otros v. Sàrl «Au blé vert» y otros*, ap.27; en materia de libre circulación de trabajadores, la STJUE de 21 de junio de 1988, asunto C-39/86, *Sylvie Lair v. Universität Hannover*, ap.43; en materia de la libertad de prestación de servicios, las SSTJUE de 3 de diciembre de 1974, asunto C-33/74, *Johannes Henricus María van Binsbergen v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, ap.13; de 3 de febrero de 1993, asunto C-148/91, *Vereniging Veronica Omroep Organisatie v. Commissariaat voor de Media*, ap.12; o de 5 de octubre de 1994, asunto C-23/93, *TV 10 SA v. Commissariaat voor de Media*, ap.21; y, en materia de libertad de establecimiento, las SSTJUE de 7 de febrero de 1979, asunto C-115/78, *J. Knoors v. Staatssecretaris van Economische Zaken*, ap.25; de 3 de octubre de 1990, asunto C-61/89, *Marc Gaston Bouchoucha*, ap.14; o de 12 de septiembre de 2006, asunto C-196/04, *Cadbury Schweppes plc y Cadbury Schweppes Overseas Ltd v. Commissioners of Inland Revenue*, ap.35.

²⁴⁵² A este respecto, nótese que, a diferencia de la “regla de no discriminación” prevista en el actual artículo 6 de la Directiva 2009/133/CE y a la que ya nos hemos referido en anteriores epígrafes de este trabajo, la redacción del artículo 6 de la Propuesta de Directiva de 1969 introducía una suerte de derecho “incondicional” al aprovechamiento fiscal de las pérdidas existentes en sede de la sociedad transmitente al afirmar que “las pérdidas de la sociedad transmitente no compensadas desde el punto de vista fiscal,

bien en la rápida transmisión de los títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria recibidos por la sociedad transmitente en el marco de una operación de aportación de activos²⁴⁵³. De este modo, y frente a las propuestas que abogaban por la introducción de disposiciones específicas anti-abuso en relación con los citados preceptos (p.ej. la posibilidad de que los Estados miembros pudiesen no aplicar la regla prevista en el artículo 6 de la Propuesta de Directiva en aquellos supuestos en los que el objetivo principal de la operación pivotaba sobre el aprovechamiento fiscal de las pérdidas de la sociedad transmitente por parte de la sociedad beneficiaria; o el establecimiento de un periodo mínimo de tenencia de cinco años de los títulos recibidos por la sociedad transmitente en el marco de una operación de aportación de activos), se fue imponiendo (y perfeccionando) progresivamente la idea planteada por el Reino Unido en 1974²⁴⁵⁴ relativa a la introducción de una cláusula general anti-abuso que permitiese a los Estados miembros combatir aquellas operaciones de reorganización empresarial cuyo objetivo fuese la evasión fiscal²⁴⁵⁵.

Ciertamente, podría decirse que la cláusula contenida actualmente en el artículo 15 de la Directiva, por una parte, es el reflejo de la legítima preocupación de los Estados miembros por proteger sus bases imponibles (más aun cuando uno de los objetivos perseguidos por la norma comunitaria pivota sobre la salvaguarda de los intereses financieros del Estado miembro de la sociedad transmitente o dominada²⁴⁵⁶)²⁴⁵⁷ y, por otra parte, se encuentra estrechamente vinculada con el principio general del Derecho de la UE según el cual está prohibido el abuso de derecho²⁴⁵⁸.

En relación con esta última cuestión, cabría señalar que, en el ámbito de las operaciones comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE, se ha sostenido que el principio relativo a la prohibición del abuso de Derecho no resultaba directamente aplicable como tal frente al contribuyente, con independencia de si la

salvo las procedentes de establecimientos permanentes en el extranjero, podrán ser incorporadas en la contabilidad de los establecimientos permanentes de la sociedad beneficiaria situados en el Estado de la sociedad transmitente y compensadas según las normas del derecho fiscal aplicable a dichos establecimientos permanentes”.

²⁴⁵³ A este respecto, conviene recordar que el artículo 10.3 de la Propuesta de Directiva de 1969 contenía una regla específica de valoración aplicable a las operaciones de aportación de activos y en virtud de la cual la sociedad transmitente podía incorporar a su balance los títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria recibidos en contrapartida por el “valor real de los bienes aportados”, sin que dicha valoración diese lugar a imposición alguna.

²⁴⁵⁴ Documento del Consejo n° 35/74 de 8 de enero de 1974, p.2.

²⁴⁵⁵ Sobre esta cuestión, *vid.* VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, pp.286-288.

²⁴⁵⁶ *Vid.* Considerando n° 5 de la Directiva 2009/133/CE.

²⁴⁵⁷ En este sentido, *vid.* HAMAEEKERS, H., *op.cit.*, p.14.

²⁴⁵⁸ *Vid.* SSTJUE de 10 de noviembre de 2011, asunto C-126/10, *Foggia-Sociedade Gestora de Participações Sociais SA v. Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais*, ap.50; y de 5 de julio de 2007, asunto C-321/05, *Hans Markus Kofoed v. Skatteministeriet*, ap.38. En relación con esta cuestión, algunos autores como MARTÍN JIMÉNEZ, A., *op.cit.*, p.102; o PETROSOVITCH, K., “Abuse under the Merger Directive”, *European Taxation*, vol.50, n°12, 2010, p.559, han apuntado que resulta difícil mantener que, en su origen, la cláusula anti-abuso contenida en la Directiva Fiscal de Fusiones fuese una manifestación del principio general de prohibición de abuso del Derecho de la UE por cuanto en el año de aprobación de dicha norma (1990) la jurisprudencia del TJUE en relación con dicho principio todavía no se encontraba muy desarrollada.

cláusula anti-abuso contemplada en su artículo 15.1, apartado a) había sido implementada o no a nivel doméstico (tal y como sucedía, respectivamente, en los asuntos *Zwijnenburg* y *Kofoed*), precisamente por el hecho de que en relación con este tipo de supuestos el citado principio general del Derecho de la UE ya se había concretado a través de la propia cláusula anti-abuso, la cual establece de forma exhaustiva las circunstancias en las que los Estados miembros podrán denegar la aplicación de las medidas previstas en la norma comunitaria²⁴⁵⁹.

Sin embargo, lo cierto es que de la sentencia del TJUE en el asunto *Edward Cussens y otros*, dictada en el ámbito del IVA, se desprende de forma clara que el principio de prohibición de prácticas abusivas se configura como un principio general del Derecho de la UE que i) no está sometido a una exigencia de transposición por parte de una norma nacional para desplegar sus efectos; ii) su aplicación en relación con los derechos y ventajas previstos en el Derecho de la UE se produce con independencia de que éstos encuentren su fundamento en un Tratado, en un Reglamento o en una Directiva; y iii) su invocación directa frente a los contribuyentes para denegar dichos derechos y ventajas resulta conforme con los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima²⁴⁶⁰. De hecho, el propio Tribunal se refirió específicamente al asunto *Kofoed* afirmando que en dicha sentencia no se pronunció sobre las condiciones de aplicación del principio de prohibición de prácticas abusivas, sino sobre las de una disposición específica contenida en una Directiva, a saber, el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE. Por ello, la referencia a la existencia de normas de Derecho interno sobre el abuso de derecho que pudiesen ser interpretadas de conformidad con el citado precepto de la Directiva en ausencia de una implementación específica de su contenido por parte de disposición de Derecho interno, quedaría circunscrita al ámbito del Derecho derivado y no resultaría aplicable al principio general de prohibición de prácticas abusivas²⁴⁶¹.

Esta misma idea sería reiterada posteriormente en el ámbito de la Directiva 2003/49/CE por la sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2019, en los asuntos

²⁴⁵⁹ Vid. Conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas el 16 de julio de 2009 en el asunto C-352/08, *Modehuis A. Zwijnenburg BV*, ap.62 y Conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas el 8 de febrero de 2007, asunto C-321/05, *Hans Markus Kofoed v. Skatteministeriet*, ap.67, donde adicionalmente se afirma que “si se permitiera, además, la aplicación de un principio general del Derecho, cuyo contenido es mucho menos claro y definido, existiría el riesgo de que se burlase la finalidad de armonización de la Directiva 90/434 y de que se pusiera en peligro la seguridad jurídica que ésta persigue en relación con la reestructuración de sociedades de capital”. En una línea similar, algún autor ya había apuntado que, en el marco de las diferentes normas de Derecho de la UE, la delimitación e interpretación del concepto de abuso debía realizarse atendiendo a su finalidad y propósito, así como a la configuración de sus cláusulas anti-abuso particulares. De este modo, en el ámbito de la Directiva 2009/133/CE, sería la falta de motivos económicos válidos de la operación lo que *a priori* determinaría una aplicación abusiva de la misma (sobre esta cuestión, vid. WEBER, D., “The first steps of the ECJ concerning an abuse-doctrine in the field of harmonized direct taxes”, *EC Tax Review*, vol.6, nº1, 1997, pp.22-31).

²⁴⁶⁰ Vid. STJUE de 22 de noviembre de 2017, asunto C-251/16, *Edward Cussens y otros v. T.G. Brosnan*, aps.28-33 y 40-43.

²⁴⁶¹ Vid. STJUE de 22 de noviembre de 2017, asunto C-251/16, *Edward Cussens y otros v. T.G. Brosnan*, ap.38.

acumulados C-115/16 (*N Luxembourg I*), C-118/16 (*X Denmark A/S*), C-119/16 (*C Danmark I*) y C-299/16 (*Z Denmark ApS*), concluyendo el Tribunal que la cláusula anti-abuso prevista en el artículo 5.2 de la citada norma comunitaria²⁴⁶² (la cual, presenta una cierta similitud con la cláusula prevista en el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE) no excluye la aplicación del principio general del Derecho de la UE relativo a la prohibición de las prácticas abusivas por cuanto la aplicación de dicho principio “no está sometida a una exigencia de transposición como la que rige para las disposiciones de la citada Directiva”²⁴⁶³. En esta misma línea, aunque en el ámbito de la Directiva Matriz-Filial, podría traerse a colación la sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2019 en los asuntos acumulados C-116/16 (*T Danmark*) y C-117/16 (*Y Denmark Aps*)²⁴⁶⁴.

No obstante, cabría señalar como, en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades, y una vez finalizado el plazo de transposición de la cláusula prevista en el artículo 6 de la Directiva 2016/1164/UE, los montajes o esquemas abusivos (“falseados”) configurados por los contribuyentes ya deberían quedar capturados por la norma doméstica en la que se plasme la implementación del citado precepto a nivel doméstico lo que *a priori* evitaría que se plantease la cuestión relativa a una posible aplicación “directa” del principio general del Derecho de la UE relativo a la prohibición de las prácticas abusivas (cuyos elementos definidores ya han sido “codificados” precisamente en el artículo 6 de la Directiva 2016/1164/UE)²⁴⁶⁵; todo ello, sin perjuicio de que dichas

²⁴⁶² El citado precepto establece que “los Estados miembros podrán denegar el amparo de la presente Directiva o negarse a aplicarla a cualquier transacción cuyo móvil principal o uno de cuyos móviles principales sea el fraude fiscal, la evasión fiscal o el abuso”.

²⁴⁶³ Vid. STJUE de 26 de febrero de 2019, asuntos acumulados C-115/16 (*N Luxembourg I v. Skatteministeriet*), C-118/16 (*X Denmark A/S v. Skatteministeriet*), C-119/16 (*C Danmark I v. Skatteministeriet*) y C-299/16 (*Z Denmark ApS v. Skatteministeriet*), aps.104-105, donde se afirma que esta misma conclusión resulta aplicable en relación con la cláusula prevista en el artículo 5.1 de la citada Directiva donde se establece que “la presente Directiva no se opondrá a la aplicación de disposiciones nacionales o contractuales destinadas a impedir el fraude fiscal y los abusos”. Un análisis de las principales conclusiones que se extraen de la jurisprudencia del TJUE en los denominados “casos daneses” puede encontrarse en CALDERÓN CARRERO, J.M., “La jurisprudencia del...”, *op.cit.*

²⁴⁶⁴ Vid. STJUE de 26 de febrero de 2019, asuntos acumulados C-116/16 (*T Danmark v. Skatteministeriet*) y C-117/16 (*Y Denmark Aps v. Skatteministeriet*), aps.83, 89 y 95. De hecho, y en favor de la extensión de la citada doctrina del TJUE al ámbito de las operaciones cubiertas por el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE, vid. VAN HULTEN, L.C., KORVING, J.J.A.M., “Svig og Misbrug: The Danish Anti-Abuse Cases”, *Intertax*, vol.47, n°8-9, 2019, p.798.

²⁴⁶⁵ En relación con esta cuestión cabría señalar como, en el ámbito interno, la Resolución del TEAC de 8 de octubre de 2019 (n° res. 00/00185/2017), siguiendo el criterio fijado por el TJUE en su sentencia de 26 de febrero de 2019, asuntos acumulados C-115/16 (*N Luxembourg I v. Skatteministeriet*), C-118/16 (*X Denmark A/S v. Skatteministeriet*), C-119/16 (*C Danmark I v. Skatteministeriet*) y C-299/16 (*Z Denmark ApS v. Skatteministeriet*), confirmó la posición sostenida por la Inspección y en virtud de la cual se denegaba la aplicación de la exención prevista en el artículo 14.1, apartado c) del TRLIRNR en relación con un pago de intereses llevado a cabo por parte de una sociedad española a una sociedad *holding* holandesa por no ser esta última la beneficiaria efectiva de los mismos, sino una entidad residente fiscal en Andorra. A juicio del TEAC, en un supuesto como el planteado en el caso concreto donde la beneficiaria efectiva de los intereses abonados por la sociedad española era una sociedad residente en Andorra (a pesar de la existencia de sociedades *holding* interpuestas carentes de actividad comercial alguna), una interpretación del artículo 14.1.c) del TRLIRNR a la luz de la finalidad y objetivos perseguidos por la Directiva 2003/49/CE, así como de la doctrina del TJUE en la sentencia anteriormente mencionada, llevaría a aplicar la cláusula de beneficiario efectivo prevista en la norma comunitaria aun

normas anti-abuso domésticas tengan que ser interpretadas a de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE.

En cualquier caso, conviene recordar que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 288 del TFUE, existe una obligación general para los Estados miembros de adoptar en sus respectivos ordenamientos internos todas las medidas necesarias para garantizar la plena eficacia de las Directivas de las que son destinatarios, si bien dichos Estados podrán escoger la forma y los medios de ejecución que estimen oportunos siempre que éstos permitan garantizar de la mejor manera posible el resultado perseguido por las mismas. Esta obligación conecta con el principio de seguridad jurídica en la medida en que éste se opone a que dichas normas de Derecho de la UE puedan crear, por sí mismas, obligaciones para los particulares²⁴⁶⁶.

Por otra parte, es importante tener presente que, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE en el asunto *Kofoed*, la denegación de la aplicación (total o parcial) de las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE o la retirada (total o parcial) del beneficio de las mismas por parte de los Estados miembros no requiere necesariamente la existencia de una disposición específica a nivel doméstico por la que se implemente en Derecho nacional el contenido del artículo 15.1, apartado a) de la Directiva (tal y como sucede, por ejemplo, en Alemania, Austria, Dinamarca, Estonia, Hungría o Italia²⁴⁶⁷), pudiendo aplicarse las disposiciones normativas o los principios generales de sus respectivos Derechos nacionales que se orienten a combatir el fraude o la evasión fiscal o según los cuales el abuso de derecho esté prohibido siempre que, por una parte, su aplicación e interpretación se realice de acuerdo con el Derecho de la UE (y, en particular, con el tenor y la finalidad del artículo 15.1, apartado a) de la Directiva²⁴⁶⁸); y, por otra parte, que la situación jurídica que se desprende de tal contexto jurídico general resulte lo

cuando no estuviese prevista en el citado precepto del TRLIRNR (procediendo la práctica de retención sobre los intereses abonados), y sin que a estos efectos resultase necesario acudir a las cláusulas generales anti-abuso previstas en los artículos 15 y 16 de la LGT.

²⁴⁶⁶ Vid. SSTJUE de 5 de julio de 2007, asunto C-321/05, *Hans Markus Kofoed v. Skatteministeriet*, aps.41-43; de 7 de enero de 2004, asunto C-201/02, *Delena Wells v. Secretary of State for Transport and others*, ap.56; de 7 de marzo de 1996, asunto C-192/94, *El Corte Inglés, S.A. v. Cristina Blázquez Rivero*, ap.15; de 14 de julio de 1994, asunto C-91/92, *Paola Faccini Dori v. Recreb Srl*, ap.20; o de 26 de febrero de 1986, asunto C-152/84, *M. H. Marshall v. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, ap.48.

²⁴⁶⁷ Vid. HEINRICH, J., "Austria", en MEUSSEN, G. (ed.), *The Burden of Proof in Tax Law*, EATLP International Tax Series, vol.10, IBFD, Amsterdam, 2013, p.82; y ERNST&YOUNG, *Survey of the implementation of Council Directive 90/434/EEC (The Merger Directive, as amended)*, 2009, pp.518, 539, 661, 771 y 775 (el documento resulta accesible a través del siguiente enlace https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/taxation/company_tax/mergers_directive/study_impl_direct.pdf).

²⁴⁶⁸ A este respecto, el TJUE ha matizado que será competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales analizar si existen en Derecho interno tales disposiciones o principios generales anti-abuso que puedan ser interpretados de conformidad con el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva (vid. STJUE de 5 de julio de 2007, asunto C-321/05, *Hans Markus Kofoed v. Skatteministeriet*, ap.46).

suficientemente clara y precisa para que los particulares afectados conozcan la extensión de sus derechos y obligaciones²⁴⁶⁹.

De este modo, y aun cuando *stricto sensu* la aplicación de la jurisprudencia del TJUE en el asunto *Kofoed* abriría la puerta a la supresión de las cláusulas anti-abuso específicas nacionales que implementan en Derecho interno el contenido del artículo 15.1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE en aquellos supuestos en los que se verificasen las condiciones antes señaladas, no parece que esta solución resulte la más adecuada desde el punto de vista del principio de seguridad jurídica, especialmente si no existen problemas de interacción con los principios o cláusulas anti-abuso generales que interpretados a la luz del Derecho de la UE (y del propio artículo 15.1, apartado a) de la Directiva) podrían emplearse para garantizar la correcta aplicación del régimen de neutralidad fiscal configurado por la citada norma comunitaria²⁴⁷⁰. Ahora bien, lo que no resultará admisible de acuerdo con la doctrina del TJUE en la citada sentencia sería la aplicación directa de la cláusula anti-abuso contenida en el citado precepto en perjuicio de los contribuyentes²⁴⁷¹.

²⁴⁶⁹ En este sentido, *vid.* STJUE de 5 de julio de 2007, asunto C-321/05, *Hans Markus Kofoed v. Skatteministeriet*, ap.44. En esta misma línea, *vid.*, entre otras, las SSTJUE de 6 de abril de 2006, asunto C-428/04, *Comisión v. Austria*, ap.99; de 10 de marzo de 2005, asunto C-531/03, *Comisión v. Alemania*, ap.17; o de 7 de diciembre de 2000, asunto C-38/99, *Comisión v. Francia*, ap.53. A este respecto, algún autor como ZALASINSKI, A., “Case-law-based anti-avoidance measures in conflict with proportionality test. Comment on the ECJ decision in *Kofoed*”, *European taxation*, vol.47, nº12, 2007, pp.574-576, se ha mostrado contrario a la posibilidad de que los Estados miembros, sobre la base de la doctrina del TJUE en el asunto *Kofoed*, puedan denegar la aplicación de las disposiciones de la Directiva amparándose únicamente en principios surgidos y desarrollados en el ámbito jurisprudencial doméstico para combatir el fraude o el abuso. A juicio del citado autor, la posibilidad apuntada podría plantear problemas de compatibilidad con los principios de proporcionalidad y seguridad jurídica en aquellos Estados miembros con un sistema jurídico de Derecho continental donde no opera el principio *stare decisis* y, por ende, la importancia del “precedente” queda diluida tanto a la hora de fundamentar las decisiones judiciales como a la hora de ser invocado por parte de la Administración tributaria. Asimismo, entiende dicho autor que, más allá del Derecho de la UE, la posibilidad antes mencionada podría entrar en conflicto con la interpretación que el TEDH viene realizando del artículo 1 del Protocolo nº1 al Convenio Europeo de Derechos Humanos por cuanto exige que todas aquellas medidas que pudieran interferir con el derecho al pacífico disfrute de las posesiones satisfagan el requisito de legalidad (junto con el de interés público y el de proporcionalidad).

²⁴⁷⁰ En este sentido, *vid.* CALDERÓN CARRERO, J.M., MARTÍN JIMÉNEZ, A., *Derecho Tributario de...*, *op.cit.*, pp.338-339, quienes, no obstante, apuntan que en el caso español, habida cuenta de las diferencias existentes entre la cláusula general anti-abuso contemplada en el artículo 15 de la LGT y la cláusula anti-abuso específica prevista en el artículo 89.2 de la LIS por lo que respecta a las garantías procedimentales de las que están revestidas, los requisitos materiales de su aplicación, y las consecuencias derivadas de la misma, parece que la supresión de la cláusula prevista en el artículo 89.2 de la LIS “eliminaría una diferencia de trato que puede plantear algunas dudas sobre su compatibilidad con el ordenamiento comunitario”.

²⁴⁷¹ *Vid.* STJUE de 5 de julio de 2007, asunto C-321/05, *Hans Markus Kofoed v. Skatteministeriet*, ap.45. En este sentido, ya se había manifestado con anterioridad HOENJET, F., *op.cit.*, p.213. A este respecto, cabría señalar como algún autor, cuya opinión no compartimos, se ha mostrado crítico con la imposibilidad para los Estados miembros de aplicar de forma directa la cláusula anti-abuso prevista en el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva en la medida que esto podría introducir distorsiones en el Mercado Interior derivadas de que una misma operación pudiese ser considerada o no como abusiva (y, por ende, excluida del régimen de neutralidad fiscal) en función de si el Estado miembro en cuestión hubiese implementado o no a nivel doméstico la cláusula anti-abuso contenida en el citado precepto de la norma comunitaria (*vid.* CALLEJA BORG, J., *op.cit.*, pp.560-561).

No obstante, y como ya hemos apuntado, en el ámbito de la Directiva 2003/49/CE, el TJUE parece haber ido un paso más allá al afirmar que las autoridades tributarias y los órganos jurisdiccionales nacionales podrán denegar, en caso de fraude o abuso, el derecho a la exención sobre los pagos transfronterizos de intereses y cánones previsto en el artículo 1.1 de la citada Directiva, incluso en aquellos supuestos en los que el Derecho nacional del Estado miembro en cuestión no disponga de normas susceptibles de ser interpretadas de acuerdo con la cláusula anti-abuso contemplada en el artículo 5 de dicha norma comunitaria. A juicio del Tribunal, la denegación de una ventaja derivada de una Directiva no equivale a imponer una obligación al particular afectado por dicha Directiva, sino que simplemente es la consecuencia de la constatación de que las condiciones objetivas requeridas para la obtención de la ventaja buscada se cumplen solo de manera formal. Por ello, nada impediría que, en tales circunstancias, y sobre la base del principio general del Derecho de la UE relativo a la prohibición de prácticas abusivas, los Estados miembros pudiesen denegar la ventaja que resultase de la Directiva en cuestión (en el caso concreto analizado, la Directiva 2003/49/CE)²⁴⁷². En esta misma línea, aunque el ámbito de la Directiva Matriz-Filial, el TJUE también tuvo ocasión de señalar que, el hecho de que la legislación doméstica de un Estado miembro no contenga normas que puedan interpretarse de conformidad con lo establecido en el actual artículo 1.4 de la Directiva no impide a las autoridades administrativas u órganos jurisdiccionales nacionales denegar la exención de retención en origen a la que se refiere el artículo 5 de la citada norma comunitaria en aquellos supuestos de fraude o abuso de Derecho²⁴⁷³.

En cualquier caso, debe tenerse presente que, en aquellos supuestos de falta de transposición o transposición incompleta/incorrecta de la Directiva 2009/133/CE en el Derecho nacional, los contribuyentes podrán invocar frente a sus respectivos Estados miembros las disposiciones de la Directiva que no estén sujetas a condición alguna y que resulten suficientemente precisas²⁴⁷⁴. De hecho, y a título de ejemplo, cabría señalar

²⁴⁷² Vid. STJUE de 26 de febrero de 2019, asuntos acumulados C-115/16 (*N Luxembourg I v. Skatteministeriet*), C-118/16 (*X Denmark A/S v. Skatteministeriet*), C-119/16 (*C Danmark I v. Skatteministeriet*) y C-299/16 (*Z Denmark ApS v. Skatteministeriet*), aps.117-120. En este sentido, podrían traerse a colación las palabras del TJUE cuando concluye que “el principio general del Derecho de la Unión según el cual los justiciables no pueden invocar normas del Derecho de la Unión de manera fraudulenta o abusiva debe interpretarse en el sentido de que las autoridades y los órganos jurisdiccionales nacionales, cuando se produzca una práctica fraudulenta o abusiva, deben denegar al contribuyente el beneficio de la exención de cualquier impuesto sobre los pagos de intereses establecida en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2003/49, aun cuando no exista disposición nacional o contractual alguna que contemple tal denegación” (ap.122).

²⁴⁷³ Vid. STJUE de 26 de febrero de 2019, asuntos acumulados C-116/16 (*T Danmark v. Skatteministeriet*) y C-117/16 (*Y Denmark Aps v. Skatteministeriet*), ap.89.

²⁴⁷⁴ Vid., entre otras, las SSTJUE de 11 de julio de 2002, asunto C-62/00, *Marks & Spencer plc v. Commissioners of Customs & Excise*, ap.25; de 19 de noviembre de 1991, asuntos C-6/90 (*Andrea Francovich v. Italia*) y C-9/90 (*Danila Bonifaci y otros v. Italia*), ap.11; de 26 de febrero de 1986, asunto C-152/84, *M. H. Marshall v. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, ap.46; o de 19 de enero de 1982, asunto C- 8/81, *Ursula Becker v. Finanzamt Münster-Innenstadt*, ap.25. Sobre esta cuestión, vid. VANDE VELDE, I., *op.cit.*, p.90; TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., *European Tax Law, op.cit.*, p.700; ZALASINSKI, A., *op.cit.*, p.573; o NAVARRO EGEA, M., “Régimen de Fusiones...”, *op.cit.*, p.23.

como en el ámbito de la Directiva Matriz-Filial, el TJUE ya declaró en alguna ocasión el efecto directo de las disposiciones contenidas en los artículos 4 y 5 de la citada norma comunitaria bajo su redacción originaria²⁴⁷⁵.

En la actualidad, el hecho de que la doctrina del TJUE en materia de prohibición de abuso de Derecho se haya “codificado” a través de la cláusula prevista en el artículo 6 de la Directiva 2016/1164/UE²⁴⁷⁶ determinará que, en el ámbito de la operaciones de reorganización empresarial de naturaleza transfronteriza, ambas cláusulas anti-abuso vendrían a operar en una suerte de plano de complementariedad. A este respecto, cabría señalar que, de acuerdo con lo establecido en el primer inciso del artículo 6.1 de la Directiva 2016/1164/UE, la cláusula anti-abuso contemplada en la citada Directiva podrá entrar en juego en todos aquellos supuestos vinculados al “cálculo de la deuda tributaria en concepto de impuesto sobre sociedades (...)”, y no exclusivamente frente a las operaciones o situaciones contempladas en el resto de sus disposiciones. De hecho, algunos autores incluso han llegado a apuntar que la cláusula general anti-abuso prevista en el artículo 6 de la Directiva 2016/1164/UE supone un “derogación tácita” de las cláusulas anti-abuso generales contempladas en la Directiva de Fusiones, en la Directiva Matriz-Filial, y en la Directiva de Intereses y Cánones, sin perjuicio de que sigan teniendo plena vigencia las cláusulas anti-abuso específicas previstas en las mismas, así como la jurisprudencia del TJUE dictada en relación con dichas normas de Derecho de la UE²⁴⁷⁷.

De este modo, y aun cuando, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de las cláusulas anti-abuso previstas en la Directiva Matriz-Filial y en la Directiva de Intereses y Cánones, el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE no contiene una referencia explícita a la posibilidad para los Estados miembros de aplicar aquellas disposiciones nacionales o convencionales que resulten necesarias para prevenir el fraude o la evasión fiscal, así como el desarrollo de prácticas abusivas por parte de los contribuyentes²⁴⁷⁸, debe tenerse presente que, en la medida en que dichas cláusulas anti-

²⁴⁷⁵ Vid., respectivamente, las SSTJUE de 12 de febrero de 2009, asunto C-138/07, *Cobelfret NV v. Bélgica*; y de 17 de octubre de 1996, asuntos C-283/94 (*Denkavit Internationaal BV*), C-291/94 (*VITIC Amsterdam BV*) y C-292/94 (*Voormeer BV*).

²⁴⁷⁶ Un buen análisis del origen, finalidad, estructura y elementos definidores de la cláusula anti-abuso contenida en el citado precepto puede encontrarse en BAEZ MORENO, A., ZORNOZA PÉREZ, J., “La norma general contra las prácticas abusivas de ATAD”, en ALMUDÍ CID, J., FERRERAS GUTIÉRREZ, J., HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARREDA, P. (dirs.), *op.cit.*, pp.131-170.

²⁴⁷⁷ Sobre esta cuestión, vid. CALDERÓN CARRERO, J.M., MARTÍN JIMÉNEZ, A., “La Directiva 2016/1164 contra las prácticas de elusión fiscal que inciden en el Mercado Interior: ¿el principio del final de un IS nacional o una pieza más de descoordinación en el nuevo orden post-BEPS?”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº407, 2017, pp.30-32.

²⁴⁷⁸ En este sentido, podría traerse a colación el artículo 1.4 de la Directiva 2011/96/UE donde se establece que “la presente Directiva no será obstáculo para la aplicación de disposiciones nacionales o convencionales que sean necesarias para la prevención de la evasión fiscal, el fraude fiscal o las prácticas abusivas”, o el artículo 5.1 de la Directiva 2003/49/CE donde se dispone que “la presente Directiva no se opondrá a la aplicación de disposiciones nacionales o contractuales destinadas a impedir el fraude fiscal y los abusos”. No obstante, incluso en el ámbito de dichas normas comunitarias, algunos autores como WEBER, D., “The first steps...”, *op.cit.*, p.24, ya se mostraron contrarios en su momento a la posibilidad de que los Estados miembros pudiesen aplicar de forma discrecional las disposiciones previstas en sus respectivos ordenamientos para prevenir el fraude o la evasión fiscal. En cualquier caso, conviene tener

abuso nacionales sean el resultado de la implementación a nivel doméstico de lo dispuesto en el artículo 6 de la Directiva 2016/1164/UE, podrían proyectarse sobre las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial cubiertas por el ámbito de aplicación de la Directiva Fiscal de Fusiones.

En último lugar, aunque no por ello menos importante, cabría señalar la existencia de una reiterada doctrina del TJUE donde se establece de forma clara que el ejercicio por parte de los Estados miembros de la facultad prevista en el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva tendrá un carácter excepcional y quedará circunscrita a supuestos particulares²⁴⁷⁹. Por tanto, el hecho de que la cláusula anti-abuso contenida en el citado precepto se configure como una excepción a la aplicación de las disposiciones contenidas en la Directiva 2009/133/CE determina, según el criterio del propio TJUE, que su interpretación deba realizarse de forma restrictiva y teniendo en cuenta “su tenor, su finalidad y el contexto en el que se inscribe”²⁴⁸⁰.

presente que, por una parte, el uso por parte de los Estados miembros de la facultad prevista en los citados preceptos deberá realizarse respetando el principio de proporcionalidad y, por otra parte, este tipo de disposiciones anti-abuso previstas por las Directivas deben ser objeto de una interpretación restrictiva, al configurar una excepción a aplicación de las reglas generales contenidas en las mismas. A este respecto, y de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, cabría señalar que para poder considerar que una normativa nacional tiene por finalidad evitar fraudes y abusos, su fin específico debe ser oponerse a comportamientos consistentes en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, cuyo fin sea acogerse indebidamente a una ventaja tributaria. De este modo, no podrán justificarse mediante una presunción general de fraude o abuso aquellas medidas fiscales que vayan en detrimento de los objetivos perseguidos por las Directivas o de las propias Libertades Fundamentales garantizadas por el Tratado. En este sentido, el TJUE ya ha tenido ocasión de precisar que para comprobar si una operación persigue un objetivo fraudulento o abusivo, las autoridades nacionales competentes no pueden limitarse a aplicar criterios generales predeterminados, sino que deben proceder a un examen individual del conjunto de la operación de que se trate. Por tanto, no resultarán admisibles aquellas medidas fiscales domésticas de alcance general que excluyan de forma automática la aplicación de las disposiciones de una norma comunitaria a determinadas categorías de contribuyentes sin que la Administración tributaria esté obligada a aportar al menos un principio de prueba o indicio del fraude o abuso, en la medida en que esto excedería de lo necesario para evitar dichos fraude o abuso (*vid.*, en relación con el actual artículo 1.4 de la Directiva Matriz-Filial, las SSTJUE de 20 de diciembre de 2017, asuntos acumulados C-504/16 (*Deister Holding AG v. Bundeszentralamt für Steuern*) y C-613/16 (*Juhler Holding A/S v. Bundeszentralamt für Steuern*), aps.55-62; y de 7 de septiembre de 2017, asunto C-6/16, *Eqiom SAS y Enka SA v. Ministre des Finances et des Comptes publics*, aps.26-32).

²⁴⁷⁹ *Vid.* SSTJUE de 8 de marzo de 2017, asunto C-14/16, *Euro Park Service v. Ministre des Finances et des Comptes publics*, ap.48; de 18 de octubre de 2012, asunto C-603/10, *Pelati d.o.o. v. Eslovenia*, ap.27; de 20 de mayo de 2010, asunto C-352/08, *Modehuis A. Zwijnenburg BV v. Staatssecretaris van Financiën*, ap.45; de 11 de diciembre de 2008, asunto C-285/07, *A.T. v. Finanzamt Stuttgart-Körperschaften*, ap.31; o de 5 de julio de 2007, asunto C-321/05, *Hans Markus Kofoed v. Skatteministeriet*, ap.37. En este sentido, se ha llegado afirmado que las ventajas fiscales previstas por la Directiva 2009/133/CE se configuran como un derecho para las personas que participan en las operaciones cubiertas por su ámbito de aplicación, de forma tal que el acceso a las disposiciones de la Directiva sólo podrá ser denegado a título derogatorio si la operación en cuestión tuviese como objetivo principal o como uno de sus objetivos principales el fraude o la evasión fiscal (*vid.* DEROUIN, P., *op.cit.*, p.1103).

²⁴⁸⁰ *Vid.* SSTJUE de 8 de marzo de 2017, asunto C-14/16, *Euro Park Service v. Ministre des Finances et des Comptes publics*, ap.49; de 10 de noviembre de 2011, asunto C-126/10, *Foggia-Sociedade Gestora de Participações Sociais SA v. Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais*, ap.44; y de 20 de mayo de 2010, asunto C-352/08, *Modehuis A. Zwijnenburg BV v. Staatssecretaris van Financiën*, ap.46.

2.2. El objetivo principal o uno de los principales objetivos de la operación de reorganización empresarial es el fraude o la evasión fiscal

2.2.1. Sobre la ausencia de una definición de los conceptos de fraude y evasión fiscal a los que hace referencia el artículo 15 de la Directiva

Por lo que respecta al supuesto previsto en el apartado a) del artículo 15.1 de la Directiva 2009/133/CE, cabría señalar como el elemento central que determinaría la aplicación por parte de los Estados miembros de la cláusula anti-abuso gira en torno al hecho de que la fusión, escisión (total o parcial), aportación de activos, canje de valores o traslado del domicilio social de la SE o SCE tuviese como “principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal”. En este sentido, conviene recordar que uno de los objetivos perseguidos por la Directiva reside en evitar que la aplicación de sus disposiciones (y, en particular, la regla de diferimiento) resulte en un perjuicio para los derechos impositivos de los Estados miembros, para lo cual incorpora en su articulado una serie de requisitos y condiciones de necesario cumplimiento para que la operación en cuestión pueda acceder al régimen de neutralidad fiscal (entre otros, la necesidad de que los elementos patrimoniales transmitidos queden vinculados efectivamente a un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria en el Estado miembro de la sociedad transmitente, o el principio del mantenimiento del valor fiscal). Pues bien, en cierto modo, la modalidad de la cláusula anti-abuso contemplada en el artículo 15.1, apartado a), de la Directiva se encuentra vinculada a este objetivo al ofrecer a los Estados miembros una herramienta para evitar que puedan beneficiarse del régimen de neutralidad fiscal aquellas operaciones de reorganización empresarial que formalmente cumplen con los requisitos generales previstos por la norma comunitaria pero que en el fondo están concebidas como un mecanismo orientado al fraude o la evasión fiscal.

A este respecto, la primera cuestión sobre la que conviene llamar la atención reside en la referencia efectuada por el tenor literal del citado precepto a los conceptos de “fraude fiscal” (“*tax evasion*”, “*fraude fiscale*”, “*frode fiscale*”, “*fraude fiscal*”) y “evasión fiscal” (“*tax avoidance*”, “*évasion fiscale*”, “*evasione fiscale*”, “*evasão fiscal*”), sin que, por otra parte, se aporte una definición de los mismos²⁴⁸¹. En relación con esta cuestión, se ha señalado que el uso de los términos “fraude fiscal” y “evasión fiscal” en las versiones lingüísticas de la Directiva en italiano o español no sólo no

²⁴⁸¹ En tono crítico, *vid.* CUSSONS, P., *op.cit.*, p.110; o MENÉNDEZ GARCÍA, G., “Realización de operaciones...”, *op.cit.*, p.93, quien, no obstante, entendía que la ausencia de una definición de los conceptos de fraude o evasión fiscal por parte de la norma comunitaria podía encontrar una cierta justificación en la necesidad de dar cobertura a la variedad de mecanismos y doctrinas anti-abuso aplicadas en los diferentes Estados miembros. No obstante, para otros autores como NAVARRO EGEA, M., *Fiscalidad de la reestructuración empresarial. La fusión y la escisión*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p.243, el uso de esta terminología amplia e inclusiva por parte del legislador comunitario no es sino reflejo de su intención de impedir todo tipo de conductas elusivas que no pudiesen ser atajadas a través de las disposiciones previstas a lo largo del articulado de la Directiva (p.ej. el requisito de rama de actividad exigido en relación con las operaciones de escisión parcial o aportación de activos).

resulta adecuado desde el punto de vista técnico, sino que responde a una traducción errónea del francés, de forma tal que *stricto sensu* los conceptos de “*fraude fiscale*” y “*évasion fiscale*” vendrían ser sinónimos, respectivamente de “evasión fiscal” y “elusión fiscal”²⁴⁸². Este mismo planteamiento puede observarse en la cláusula anti-abuso contenida en el artículo 5.2 de la Directiva 2003/49/CE, la cual, junto a los términos señalados, también incorpora una referencia adicional al concepto de “abuso” (“*abuse*”, “*abus*”, “*abusi*”, “*práticas abusivas*”)²⁴⁸³.

A este respecto, y partiendo de la versión en inglés de la Directiva 2009/133/CE que opta por el empleo de los términos “*tax evasion*” y “*tax avoidance*”²⁴⁸⁴, algunos autores ya apuntaron en su momento que la diferencia entre ambos conceptos radica en que el primero vendría a hacer referencia a conductas ilícitas, mientras que el segundo quedaría reservado para conductas lícitas, pero de carácter indebido a la luz de la finalidad perseguida por la norma²⁴⁸⁵. Esta distinción encuentra soporte en la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de mayo de 2013, sobre la lucha contra el fraude fiscal, la evasión fiscal y los paraísos fiscales cuando afirma que “el fraude [*tax fraud*] y la evasión fiscales [*tax evasion*] constituyen una actividad ilegal de elusión de responsabilidades fiscales, mientras que, por otra parte, la elusión fiscal [*tax avoidance*] es una utilización legal pero indebida del régimen tributario para reducir o evitar responsabilidades fiscales (...)”²⁴⁸⁶. Ciertamente, y en relación con el concepto de “*tax avoidance*”, cabría señalar como las conductas que la norma comunitaria pretende excluir de su ámbito de aplicación son aquéllas que *stricto sensu* encajarían en el

²⁴⁸² Así lo entienden, PISTONE, P., “Uguaglianza, discriminazione a rovescio e normativa antiabuso in ambito comunitario”, *Diritto e pratica tributaria*, nº4, III, 1998, p.610, y MENÉNDEZ GARCÍA, G., “Realización de operaciones...”, *op.cit.*, p.87, cuyo razonamiento también resultaría extensible a la versión en portugués de la Directiva 2009/133/CE. En esta misma línea, aunque desde la perspectiva de nuestro ordenamiento interno, PITA GRANDAL, A., ANEIROS PEREIRA, J., “La cláusula antiabuso en las fusiones desde la perspectiva comunitaria y española”, *Crónica Tributaria*, nº 144, 2012, p.141, también han criticado la falta de seguridad jurídica derivada de los problemas interpretativos vinculados a distinción entre los términos de “evasión fiscal” (contenido en el artículo 89.2 de la LIS) y “elusión fiscal”.

²⁴⁸³ De acuerdo con lo establecido en el artículo 5.2 de la Directiva 2003/49/CE “los Estados miembros podrán denegar el amparo de la presente Directiva o negarse a aplicarla a cualquier transacción cuyo móvil principal o uno de cuyos móviles principales sea el fraude fiscal, la evasión fiscal o el abuso” (el subrayado es nuestro).

²⁴⁸⁴ En relación con esta cuestión, y aun cuando la versión en lengua inglesa de la cláusula contemplada en el artículo 15.1 de la Directiva Fiscal de Fusiones nos parece quizás la más acertada desde el punto de vista técnico, CALDERÓN CARRERO, J.M., “Aspectos internacionales del fraude y la evasión fiscal”, en GARCÍA NOVOA, C., LÓPEZ DÍAZ, A. (coords.), *Temas de Derecho Penal Tributario*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p.196, ha apuntado que dicha versión lingüística también podría haber utilizado la expresión “*tax fraud*” en lugar de “*tax evasion*” al tratarse de dos conceptos que pivotan sobre la ilegalidad de la actuación del contribuyente, diferenciándose simplemente en la menor gravedad de las conductas enmarcadas en el segundo frente a las situadas en la esfera del primero.

²⁴⁸⁵ En este sentido, *vid.* TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., *European Tax Law*, *op.cit.*, p.697; o, en la misma línea, HUYLEBROUCK, C., “Dual residence and “abuse” under European primary law”, en HOFSTÄTTER, M., PLANSKY, P. (eds.), *Dual Residence in Tax Treaty Law and EC Law*, Linde, Viena, 2009, pp.474-475.

²⁴⁸⁶ *Vid.* PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de mayo de 2013, sobre la lucha contra el fraude fiscal, la evasión fiscal y los paraísos fiscales (2013/2060(INI)), P7_TA(2013)0205*, apartado D.

concepto de “*illegitimate tax avoidance*”²⁴⁸⁷, cuyo significado pivota sobre la disminución o evitación de la carga fiscal a través de negocios artificiosos y abusivos²⁴⁸⁸.

Partiendo de esta perspectiva, incluso se ha llegado a defender que la cláusula anti-abuso contenida en el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE podría resultar redundante²⁴⁸⁹ por cuanto: 1) las conductas de naturaleza ilícita englobadas bajo el concepto de “fraude fiscal” ya se encuentran prohibidas en el seno del Mercado Interior, de forma tal que las operaciones que sirvan a estos fines ya no tendrían acceso al régimen de neutralidad fiscal²⁴⁹⁰; y 2) las conductas de naturaleza lícita incluidas en el concepto de “evasión fiscal” pueden ser atajadas directamente sobre la base de la jurisprudencia del TJUE en materia de abuso de Derecho según la cual los Estados miembros podrán denegar la aplicación de las disposiciones del Derecho de la UE en aquellos casos en los que: a) el factor de conexión con el ordenamiento comunitario se construye de forma artificial; b) el Derecho de la UE se invoca de forma abusiva o fraudulenta, con una finalidad totalmente ajena al objetivo y finalidad de la norma en cuestión; o c) la operación llevada a cabo no presenta una sustancia económica adecuada sino que se orienta a la mera obtención de una ventaja fiscal²⁴⁹¹.

²⁴⁸⁷ Sobre la distinción entre los conceptos de “*illegitimate tax avoidance*” y “*legitimate tax avoidance*” (que podría identificarse con lo que nosotros entendemos por “economía de opción”), *vid.* CALDERÓN CARRERO, J.M., “Aspectos internacionales del...”, *op.cit.*, p.196. A este respecto, cabría señalar que, tal y como apuntan RUIZ ALMENDRAL, V., SEITZ, G., “El fraude a la ley tributaria (análisis de la norma española con ayuda de la experiencia alemana)”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº257-258, 2004, p.9, la “economía de opción” no es sino “el ejercicio de la autonomía privada al servicio de una planificación fiscal eficiente que resulte en una menor carga tributaria, dentro del marco legal vigente”.

²⁴⁸⁸ En este sentido, *vid.* GARCÍA PRATS, A., “Las medidas anti-abuso y el derecho comunitario”, en SOLER ROCH, M.T., SERRANO ANTÓN, F. (dirs.), *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los Convenios para Evitar la Doble Imposición Internacional y su compatibilidad con el Derecho Comunitario*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2002, p.198. Nótese como, para SANZ GADEA, E., “Novedades introducidas en la normativa del impuesto sobre sociedades por las leyes 13/2000 y 14/2000”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº215, 2001, p.104, este concepto resultaba asimilable a la antigua figura del “fraude de ley” contenida en la Ley General Tributaria.

²⁴⁸⁹ Sobre esta cuestión, *vid.* TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., *European Tax Law*, *op.cit.*, pp.686-687 y 697-698.

²⁴⁹⁰ En este sentido, TERRA y WATTEL entienden que, en relación con los supuestos de fraude fiscal, podría aplicarse por analogía la jurisprudencia del TJUE en el ámbito de la libre circulación de mercancías y relativa a la denegación de la aplicación de las libertades comunitarias al tráfico de materias y productos prohibidos en el mercado interior, tales como drogas o moneda falsa (*vid.*, entre otras, las SSTJUE de 16 de diciembre de 2010, asunto C-137/09, *Marc Michel Josemans v. Burgemeester van Maastricht*; de 29 de junio de 1999, asunto C-158/98, *Coffeeshop "Siberië" vof. v. Staatssecretaris van Financiën*; o de 6 de diciembre de 1990, asunto C-343/89, *Witzemann v. Hauptzollamt München-Mitte*). De este modo, todas aquellas operaciones de reorganización empresarial orientadas al fraude fiscal quedarían directamente excluidas no sólo del acceso a las Libertades Fundamentales previstas en el Tratado, sino también del ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE como norma de Derecho secundario de la UE.

²⁴⁹¹ A este respecto, *vid.*, entre otras, las SSTJUE de 12 de septiembre de 2006, asunto C-196/04, *Cadbury Schweppes plc y Cadbury Schweppes Overseas Ltd v. Commissioners of Inland Revenue*; de 21 de febrero de 2006, asunto C-255/02, *Halifax plc y otros v. Commissioners of Customs & Excise*; de 31 de diciembre de 2004, asunto C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation v. Commissioners of Inland Revenue*; o de 9 de marzo de 1999, asunto C-212/97, *Centros Ltd v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*.

En cualquier caso, cabría señalar que, a nivel comunitario, no existe una definición homogénea de estos conceptos de forma tal que el alcance de los mismos quedará en manos de los Estados miembros²⁴⁹². Ciertamente, y aun cuando esta suerte de remisión por omisión a los ordenamientos domésticos de los Estados miembros así como a la jurisprudencia dictada por sus órganos jurisdiccionales podría resultar coherente con el hecho de que el fraude o la evasión fiscal se produce en relación con la propia normativa fiscal interna del Estado miembro en cuestión (la cual contempla, asimismo, los mecanismos para combatir estos fenómenos)²⁴⁹³, así como con el margen de maniobra del que disponen los Estados miembros a la hora de implementar a nivel interno una Directiva, no puede perderse de vista como la existencia de divergencias entre el alcance del significado otorgado por los Estados miembros a los citados conceptos, especialmente por lo que respecta al concepto de “evasión fiscal”²⁴⁹⁴, unido al hecho de que en ocasiones el propio TJUE ha utilizado de forma indistinta los

²⁴⁹² Así, y a título de ejemplo, cabría señalar como, en España, la referencia contenida en el actual artículo 89.2 de la LIS al “fraude o a la evasión fiscal” se ha identificado con el conflicto en aplicación de la norma previsto en el artículo 15 de la LGT y que lleva implícita, por una parte, la nota de “artificiosidad” del negocio jurídico en cuestión para la consecución del resultado obtenido y, por otra parte, la obtención de un ahorro fiscal en relación con el negocio jurídico que hubiese resultado usual o propio. En este sentido, *vid.* PITA GRANDAL, A., ANEIROS PEREIRA, J., *op.cit.*, p.141; SANZ GÓMEZ, R., “(Una) vuelta al debate sobre la posibilidad de sancionar el abuso del derecho tributario: reflexiones a la luz de la propuesta de reforma de la Ley General Tributaria”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº380, 2014, pp.118-120; o las SSAN de 16 de febrero de 2011 (rec. nº 320/2007); de 9 de diciembre de 2010 (rec. nº 474/07); de 22 de diciembre de 2010 (rec. nº 259/07); o de 7 de mayo de 2007 (rec. nº 313/04). En relación con esta cuestión, cabría señalar como, vigente la anterior LGT de 1963, autores como DE LA HUCHA CELADOR, F., *op.cit.*, p.63; o DELGADO PACHECO, A., “El fraude de ley y los negocios anómalos en la doctrina del TEAC y la jurisprudencia tributaria”, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, nº16, 2000, p.106, habían apuntado que la expresión “fraude o evasión fiscal” prevista en el antiguo artículo 110.2 de la LIS 1995 podía identificarse con la figura del “fraude de ley” contemplada en el artículo 24 de la LGT 1963. En una línea similar se manifestaba PALAO TABOADA, C., “Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº 235, 2002, pp.83 y 89, quien, sin embargo, no excluía que la citada expresión pudiese dar cobertura a la infracción y la simulación, matizando que, por una parte, no resulta fácil imaginar un supuesto en el que la operación de reorganización empresarial en cuestión dé lugar *per se* una infracción tributaria (aunque sí que pueda realizarse como instrumento para la comisión o preparación de la misma) y, por otra parte, tampoco parece sencillo admitir la simulación en el ámbito de estas operaciones por cuanto la estructura a la que dan lugar resulta, al menos, formalmente legal. Sin embargo, debe tenerse presente que, entre otras, las SSTS de 27 de octubre de 2014 (rec. nº 4184/2012); de 18 de noviembre de 2013 (rec. nº 654/2012); y de 12 de noviembre de 2012 (rec. nº casación 4299/10), han declarado trayendo a colación la STJUE en el asunto *Foggia* que “la redacción inicial del artículo 110.2 de la Ley 43/1995, que no es sustancialmente distinta de la que usó el citado precepto tras su reforma por la Ley 14/2000 [«principal objetivo el fraude o la evasión fiscal»], ni tampoco de la que empleaba el artículo 11.1.a) de la Directiva 90/434 [«principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal»], no equivale al fraude de ley tributaria del artículo 24 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria (BOE de 31 de diciembre), entroncando más bien en nuestro Derecho interno con el artículo 7.2 del Título Preliminar del Código Civil, que prohíbe el abuso del derecho y su ejercicio antisocial (figura diferenciada y distinta del fraude de ley que regula en su artículo 6.4) (...)”.

²⁴⁹³ Sobre esta cuestión, *vid.* MENÉNDEZ GARCÍA, G., “Realización de operaciones...”, *op.cit.*, p.88.

²⁴⁹⁴ Una aproximación a esta cuestión desde la óptica de los ordenamientos de Alemania, España, Francia, Italia y Reino Unido puede encontrarse en DE MONÈS, S. et al, “Abuse of tax law across Europe (part one)”, *EC Tax Review*, vol.19, nº2, 2010, pp.85-96 y, DE MONÈS, S. et al, “Abuse of tax law across Europe (part two)”, *EC Tax Review*, vol.19, nº3, 2010, pp.123-137.

conceptos de “fraude fiscal” y “evasión fiscal”²⁴⁹⁵, abriría la puerta a una interpretación no uniforme de la cláusula anti-abuso contemplada en el artículo 15.1 de la Directiva 2009/133/CE²⁴⁹⁶.

Ahora bien, lo cierto es que este riesgo se ha venido mitigando gracias a la labor interpretativa llevada a cabo por el TJUE, no sólo en relación con la propia cláusula anti-abuso prevista en la Directiva Fiscal de Fusiones sino, muy especialmente, por lo que respecta a la configuración de un principio general de prohibición del abuso del Derecho de la UE que ha permitido identificar aquellas conductas o comportamientos de naturaleza abusiva que debían ser excluidos de los beneficios del Derecho de la UE. De hecho, ya hemos apuntado, como en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades, la doctrina del TJUE en relación con el citado principio ha cristalizado en la adopción de una cláusula anti-abuso general prevista en el artículo 6 de la Directiva 2016/1164/UE donde, siguiendo un enfoque similar al que se ya había plasmado en la introducción de una cláusula general anti-abuso en el artículo 1.2 de la Directiva Matriz-Filial por parte de la Directiva 2015/121/UE²⁴⁹⁷, se definen como abusivos aquellos mecanismos (*arrangements, montages, montagens, costruzioni*)²⁴⁹⁸ “que, por haberse establecido teniendo como propósito principal o uno de sus propósitos principales la obtención de una ventaja fiscal que desvirtúa el objeto o la finalidad de la normativa tributaria aplicable, resulten estar falseados una vez analizados todos los datos y circunstancias pertinentes”²⁴⁹⁹. Asimismo, conviene destacar como, la propia cláusula dispone que un mecanismo se considerará falseado²⁵⁰⁰ en la medida en que no se haya establecido “por

²⁴⁹⁵ En este sentido, y adoptando un enfoque crítico por lo que respecta al uso de ambos términos de forma “intercambiable” por parte del TJUE, *vid.* DE BROE, L., *op.cit.*, p.800; DE LA FERIA, R., *op.cit.*, p.396; o PETROSOVIC, K., *op.cit.*, p.560, quien apunta como las diferencias a la hora de traducir la jurisprudencia del TJUE a las diferentes lenguas oficiales contribuyen a incrementar la confusión al respecto.

²⁴⁹⁶ En este sentido, *vid.* HOFSTÄTTER, M., HOHENWARTER-MAYR, D., *op.cit.*, p.177; GARCÍA PRATS, A., *op.cit.*, p.197; PALAO TABOADA, C., “Los motivos económicos...”, *op.cit.*, pp.67-68; HOENJET, F., *op.cit.*, p.213; o SCHONEWILLE, P.H., *op.cit.*, p.13.

²⁴⁹⁷ Directiva 2015/121/UE del Consejo, de 27 de enero de 2015, por la que se modifica la Directiva 2011/96/UE relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (DOUE n° L 21, de 28 de enero de 2015, p.1). Una buena aproximación acerca de los orígenes, estructura, alcance e interpretación del actual artículo 1.2 de la Directiva Matriz-Filial puede encontrarse en DEBELVA, F., LUTS, J., “The General Anti-Abuse Rule of the Parent-Subsidiary Directive”, *European Taxation*, vol.55, n°6, 2015, pp.223-234.

²⁴⁹⁸ Nótese como, en línea con la Recomendación de la Comisión de 6 de diciembre de 2012, C(2012) 8806 final sobre planificación fiscal agresiva, el artículo 6 de la Directiva 2016/1164/UE en su versión en español emplea el término “mecanismo”, lo que a nuestro juicio resulta mucho más adecuado que la referencia al término “arreglo” contenida en el actual artículo 1 de la Directiva Matriz-Filial tras la reforma operada por la Directiva 2015/121/UE y que deriva de una traducción literal del término “*arrangement*” que figura en la versión en lengua inglesa de la citada norma comunitaria. A este respecto, cabría señalar como, si bien el artículo 2 de la Directiva 2016/1164/UE no contiene un definición del término “mecanismo”, parece que nos encontramos ante un concepto susceptible de ser interpretado con cierta amplitud. En este sentido, no puede perderse de vista como en el apartado 4.3 de la citada Recomendación de la Comisión sobre planificación fiscal agresiva se define el término “mecanismo” como “cualquier transacción, régimen, medida, operación, acuerdo, subvención, entendimiento, promesa, compromiso o acontecimiento”.

²⁴⁹⁹ *Vid.* artículo 6.1 de la Directiva 2016/1164/UE.

²⁵⁰⁰ A nuestro juicio, el término “falseado” que figura en la versión en español tanto del artículo 6 de la Directiva 2016/1164/UE como de la versión actual artículo 1 de la Directiva Matriz-Filial no parece el

razones comerciales válidas que reflejen la realidad económica”²⁵⁰¹ (lo cual conecta con la doctrina del *business purpose*).

Por tanto, el hecho de que la transacción o estructura en cuestión tenga como objetivo principal o uno de sus principales objetivos la obtención de una ventaja fiscal se configura como una condición necesaria pero no suficiente para que sea calificada como “abusiva”, habida cuenta de que si dicha transacción/estructura fuese consistente con la finalidad de la norma tributaria aplicada y resultase genuina en términos de sustancia (esto es, no constituye un “montaje puramente artificial, carente de realidad económica” en el sentido de las SSTJUE de 7 de septiembre de 2017, asunto C-6/16, *Eqiom SAS y Enka SA v. Ministre des Finances et des Comptes publics*, ap.30; de 17 de diciembre de 2015, asunto C-388/14, *Timac Agro Deutschland GmbH v. Finanzamt Sankt Augustin*, ap.42; de 5 de julio de 2012, asunto C-318/10, *SIAT v. Bélgica*, ap.40; de 18 de julio de 2007, asunto C-231/05, *Oy AA*, ap.62; o de 12 de septiembre de 2006, asunto C-196/04, *Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas v. Commissioners of Inland Revenue*, ap.55, entre otras), no estaríamos ante un supuesto de abuso²⁵⁰².

más acertado desde el punto de vista semántico, pudiendo haberse optado por traducciones más apegadas a otras versiones lingüísticas de la Directiva como la inglesa (“*not genuine*”), la italiana (“*non genuina*”), la portuguesa (“*não genuína*”) o incluso la francesa (“*non authentique*”). En esta misma línea se ha manifestado DE JUAN CASADEVALL, J., “La cláusula general antiabuso en el derecho de la Unión Europea: La construcción de una GAAR comunitaria”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº427, 2018, p.23, quien llama la atención acerca de la relevancia jurídica de la citada alteración semántica, especialmente, para los Derechos nacionales de los Estados miembros que tipifican el delito de defraudación tributaria (p.ej. España), habida cuenta de que, en la medida en que el concepto de “falsedad” lleva implícito un dolo falsario presente en el citado delito, podría desplazarse el ámbito sobre el que se proyecta la cláusula prevista en el artículo 6 de la Directiva 2016/1164/UE desde la elusión fiscal o “*tax avoidance*” (que es donde encajaría básicamente la citada cláusula) hacia la evasión fiscal o “*tax evasion*”. No obstante, el propio autor, apunta a que nos encontramos ante una cláusula “*catch all*” que también podría capturar determinados supuestos que en el ordenamiento interno de algún Estado miembro se calificarían como fraude fiscal y darían lugar la imposición de sanciones de naturaleza administrativa o penal (p.27).

²⁵⁰¹ Vid. artículo 6.2 de la Directiva 2016/1164/UE. A este respecto, nótese como tanto el citado precepto de la Directiva 2016/1164/UE como el actual artículo 1.3 de la Directiva Matriz-Filial (en sus versiones en lengua española) optan por emplear el término “razones comerciales válidas” frente al de “motivos económicos válidos” que figura en el artículo 15 de la Directiva 2009/133/CE. En nuestra opinión, esta divergencia terminológica en el plano formal, que también se aprecia en las versiones de la Directiva 2016/1164/UE y de la Directiva Matriz-Filial en lengua francesa (“*motifs commerciaux valables*” vs. “*motifs économiques valables*”) o italiana (“*valide ragioni commerciali*” vs. “*valide ragioni economiche*”), aun cuando no parece que pueda dar lugar a confusión resulta criticable, más aún si tenemos en cuenta que otras versiones lingüísticas de la Directiva de Fusiones, de la Directiva Matriz-Filial y de la Directiva 2016/1164/UE optan por utilizar un término común (“*valid commercial reasons*” en la versión en inglés, o “*razões comerciais válidas*” en la versión en portugués).

²⁵⁰² En este sentido, vid. CALDERÓN CARRERO, J.M., MARTÍN JIMÉNEZ, A., “La Directiva 2016/1164 contra las prácticas de elusión fiscal que inciden en el Mercado Interior: ¿el principio del final de un IS nacional o una pieza más de descoordinación en el nuevo orden post-BEPS?”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº407, 2017, pp.29-30. En una línea similar, DE JUAN CASADEVALL, J., *op.cit.*, p.34, ha apuntado que, desde una concepción unitaria e interrelacionada de los elementos subjetivo y objetivo que concurren en la configuración de la cláusula anti-abuso prevista en el artículo 6 de la Directiva 2016/1164/UE “queda claro que si enfrentamos un acto o negocio auténtico o genuino, con una finalidad, incluso exclusivamente fiscal, no existirá práctica abusiva”, lo que garantiza la existencia de un espacio para la planificación fiscal legítima.

A este respecto, cabría señalar como, de la jurisprudencia del TJUE puede extraerse que la presencia de una “práctica abusiva” (*N Luxembourg I y otros, Emsland-Stärke, Halifax, Part Service, o RBS*) o de un “montaje puramente artificial” (*Timac Agro, Oy AA, Cadbury Schweppes*), requiere, por una parte, la existencia de una voluntad de obtener una ventaja fiscal creando artificialmente las condiciones exigidas para su obtención (elemento subjetivo) y, por otra parte, la concurrencia de una serie de circunstancias objetivas de las que resulte que, a pesar de que se han respetado formalmente las condiciones previstas por la norma de Derecho de la UE en cuestión, la operación de que se trate tiene como resultado la obtención de una ventaja fiscal cuya concesión sería contraria a la finalidad perseguida por la misma²⁵⁰³. Pues bien, en relación con esta cuestión, compartimos la opinión de aquellos autores que defienden la idea de una concepción del principio de prohibición de abuso del Derecho de la UE en materia tributaria con perfiles estructurales uniformes, de forma tal que, a pesar del uso por parte del TJUE de diferentes expresiones y términos en función de los hechos del caso, de la forma en la que se plantea la cuestión prejudicial, o de las normas aplicables al mismo (tanto la norma nacional controvertida como la norma europea de cobertura), no se estarían configurando nociones o estándares diferentes de abuso en función de si nos encontramos ante impuestos de naturaleza directa o indirecta o en sede de ámbitos armonizados o no armonizados²⁵⁰⁴; todo ello, sin perjuicio de que la citada falta de consistencia terminológica por parte del TJUE pueda generar incertidumbre en relación con la aplicación de este principio e impactar negativamente sobre el principio de seguridad jurídica²⁵⁰⁵.

De hecho, la citada sentencia del TJUE en los asuntos *N Luxembourg I, X Denmark A/S, C Danmark I y Z Denmark ApS*, dictada en materia de fiscalidad directa (y, más en concreto, en relación con la Directiva 2003/49/CE), después de hacer referencia al concepto de “práctica abusiva” y al denominado “test de finalidad esencial” empleado en el ámbito de la fiscalidad indirecta (p.ej. en *Halifax o Part Services*), conecta con el concepto de los “montajes puramente artificiales” al afirmar

²⁵⁰³ Vid. SSTJUE de 26 de febrero de 2019, asuntos acumulados C-115/16 (*N Luxembourg I v. Skatteministeriet*), C-118/16 (*X Denmark A/S v. Skatteministeriet*), C-119/16 (*C Danmark I v. Skatteministeriet*) y C-299/16 (*Z Denmark ApS v. Skatteministeriet*), ap.124; de 22 de diciembre de 2010, asunto C-277/09, *RBS Deutschland Holdings GmbH v. The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs*, ap.49; de 21 de febrero de 2008, asunto C-425/06, *Part Service Srl v. Ministero dell'Economia e delle Finanze*, ap.42; de 12 de septiembre de 2006, asunto C-196/04, *Cadbury Schweppes plc y Cadbury Schweppes Overseas Ltd v. Commissioners of Inland Revenue*, ap.64; de 21 de febrero de 2006, asunto C-255/02, *Halifax plc y otros v. Commissioners of Customs & Excise*, aps. 74 y 75; o de 14 de diciembre de 2000, asunto C-110/99, *Emsland-Stärke GmbH v. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, aps. 52 y 53).

²⁵⁰⁴ Ahora bien, a este respecto quizás cabría matizar que, tratándose de un ámbito armonizado, habría que conectar el abuso con la finalidad de la norma europea cuya ventaja fiscal está siendo aprovechada.

²⁵⁰⁵ En este sentido, vid. MARTÍN JIMÉNEZ, A., *op.cit.*, pp.62-83, y CALDERÓN CARRERO, J.M., “Una vuelta de...”, *op.cit.*, p.18. En contra de este planteamiento, vid. FREEDMAN, J., “The Anatomy of Tax Avoidance Counteraction: Abuse of Law in a Tax Context at Member State and European Union Level”, en DE LA FERIA, R., VOGENAUER, S. (eds.), *Prohibition of Abuse of Law. A New General Principle of EU Law?*, Hart Publishing, Oxford, 2011, pp.365-380; o LANG, M., “Cadbury Schweppes’ Line of Case Law from the Member States’ Perspective”, en DE LA FERIA, R., VOGENAUER, S. (eds.), *Prohibition of Abuse of Law. A New General Principle of EU Law?*, Hart Publishing, Oxford, 2011, pp.435-458.

que “de este modo, el examen del conjunto de los hechos es lo que permitirá verificar si concurren los elementos constitutivos de una práctica abusiva, y especialmente si los operadores económicos han efectuado operaciones puramente formales o artificiales, carentes de toda justificación económica y comercial, con el objetivo esencial de obtener una ventaja indebida”²⁵⁰⁶. Por su parte, y en el propio ámbito de la Directiva 2009/133/CE, la sentencia del TJUE en el asunto *Kofoed* conecta el concepto de “prácticas abusivas” con el de “operaciones que no se realicen en el marco de transacciones comerciales normales, sino únicamente para beneficiarse abusivamente de las ventajas establecidas en el Derecho comunitario”, refiriéndose explícitamente a su jurisprudencia en los asuntos *Halifax* (fiscalidad indirecta armonizada) y *Cadbury Schweppes* (fiscalidad directa no armonizada)²⁵⁰⁷.

En cualquier caso, resulta interesante destacar como la propia Directiva 2016/1164/UE reconoce en su Considerando nº 11 que “el contribuyente debe tener derecho a elegir la estructura más eficaz desde el punto de vista fiscal para sus operaciones comerciales”. Ciertamente, la jurisprudencia del TJUE ya ha tenido ocasión de declarar que, cuando los contribuyentes pueden escoger entre dos posibles estructuras u operaciones, no están obligados a optar por aquella que maximice el pago de impuestos, pudiendo elegir las estructuras organizativas y los modos de realizar las operaciones que consideren más adecuados para el desarrollo de su actividad económica y para limitar sus cargas fiscales²⁵⁰⁸. Por tanto, en sentido contrario, podría afirmarse que el mero hecho de que el contribuyente no escoja la transacción, esquema, u operación que conlleva la carga fiscal más elevada no determina *per se* que nos encontremos ante un supuesto de abuso.

En relación con esta cuestión, y específicamente en el ámbito de la Directiva 2009/133/CE, resultan ilustrativas las palabras de la Abogado General J. Kokott en sus Conclusiones presentadas en el asunto *Zwijenburg BV* cuando afirma que “no son pocas las ocasiones en las que, para ejecutar un proyecto empresarial legítimo, se dispone de toda una serie de posibilidades de configuración lícitas, de las que algunas pueden ser fiscalmente más favorables que otras. El hecho de que las partes hayan optado en última instancia por la variante fiscalmente más favorable no puede

²⁵⁰⁶ Vid. STJUE de 26 de febrero de 2019, asuntos acumulados C-115/16 (*N Luxembourg I v. Skatteministeriet*), C-118/16 (*X Denmark A/S v. Skatteministeriet*), C-119/16 (*C Danmark I v. Skatteministeriet*) y C-299/16 (*Z Denmark ApS v. Skatteministeriet*), ap.125. En el mismo sentido, vid. STJUE de 26 de febrero de 2019, asuntos acumulados C-116/16 (*T Danmark v. Skatteministeriet*) y C-117/16 (*Y Denmark ApS v. Skatteministeriet*), ap.98.

²⁵⁰⁷ Vid. STJUE de 5 de julio de 2007, asunto C-321/05, *Hans Markus Kofoed v. Skatteministeriet*, ap.38.

²⁵⁰⁸ En este sentido, *vid.*, entre otras, las SSTJUE de 17 de diciembre de 2015, asunto C-419/14, *WebMindLicenses Kft. v. Nemzeti Adó- és Vámhivatal Kiemelt Adó- és Vám Főigazgatóság*, ap.42; de 22 de diciembre de 2010, asunto C-277/09, *RBS Deutschland Holdings GmbH v. The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs*, 53; o de 21 de febrero de 2006, asunto C-255/02, *Halifax plc y otros v. Commissioners of Customs & Excise*, ap.73.

fundamentar por sí solo la imputación de evasión fiscal en el sentido del artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434”²⁵⁰⁹.

Por otra parte, es importante tener presente que la cláusula prevista en el artículo 6 de la Directiva 2016/1164/UE tan sólo representa el estándar mínimo de protección que los Estados miembros deberán garantizar en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades frente a esquemas de naturaleza abusiva, pudiendo *a priori* dichos Estados implementar cláusulas generales anti-abuso más restrictivas²⁵¹⁰. Sin embargo, lo cierto es que si tenemos en cuenta, por una parte, que dichas cláusulas deberán ser, en todo caso, respetuosas con lo establecido en el Derecho Primario de la UE, así como con su interpretación por parte de la jurisprudencia del TJUE y, por otra parte, la posición restrictiva que ha venido manteniendo el TJUE en relación con las disposiciones domésticas anti-abuso que establecían requisitos adicionales para el acceso a los beneficios previstos por las Directivas en materia de fiscalidad directa²⁵¹¹, parece que, en la práctica, los Estados miembros no podrán adoptar a nivel doméstico cláusulas generales anti-abuso²⁵¹² en materia de Impuesto sobre Sociedades más exigentes que la prevista en el artículo 6 de la Directiva 2016/1164/UE, configurándose dicho precepto como una norma de “máximos” y no de “mínimos”²⁵¹³. A este respecto, cabría señalar que, en la medida en que la Propuesta de Directiva relativa a una base imponible común del Impuesto sobre Sociedades contempla en su artículo 58 una cláusula general anti-abuso muy similar a la prevista en el artículo 6 de la Directiva 2016/1164/UE, su aprobación cerraría definitivamente la puerta a la discrecionalidad de los Estados

²⁵⁰⁹ Vid. Conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas el 16 de julio de 2009, asunto C-352/08, *Modehuis A. Zwijnenburg BV*, ap.44. En una línea similar, aunque con un alcance más general, ya se había pronunciado la Abogado General L.A. Geelhoed en sus Conclusiones presentadas el 29 de junio de 2006 en el asunto C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation v. Commissioners of Inland Revenue*, ap.63.

²⁵¹⁰ A este respecto, el artículo 3 de la Directiva 2016/1164/UE dispone que “la presente Directiva no será óbice para la aplicación de disposiciones nacionales o consensuadas dirigidas a salvaguardar un nivel de protección más elevado de las bases imponibles nacionales del impuesto sobre sociedades”.

²⁵¹¹ En relación con el actual artículo 1.4 de la Directiva Matriz-Filial, podría traerse a colación la STJUE de 20 de diciembre de 2017, asuntos acumulados C-504/16 (*Deister Holding AG v. Bundeszentralamt für Steuern*) y C-613/16 (*Juhler Holding A/S v. Bundeszentralamt für Steuern*) y, en una línea similar, aunque en relación con el artículo 4.1 de la citada Directiva, la STJUE de 19 de diciembre de 2019, asunto C-389/18, *Bélgica v. Brussels Securities SA*. Por su parte, y en relación con el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva Fiscal de Fusiones, vid. STJUE de 8 de marzo de 2017, asunto C-14/16, *Euro Park Service v. Ministre des Finances et des Comptes publics*.

²⁵¹² A este respecto, nótese como todos los Estados miembros de la UE a excepción de Letonia y Eslovenia contemplan en sus respectivas legislaciones fiscales domésticas cláusulas generales anti-abuso (vid. POPA, O., *op.cit.*, p.121).

²⁵¹³ En este sentido, vid. DE BROE, L., BECKERS, D., *op.cit.*, p.141; DE JUAN CASADEVALL, J., *op.cit.*, pp.24-25; o CALDERÓN CARRERO, J.M., MARTÍN JIMÉNEZ, A., “La Directiva 2016/1164 contra las prácticas de elusión fiscal que inciden en el Mercado Interior: ¿el principio del final de un IS nacional o una pieza más de descoordinación en el nuevo orden post-BEPS?”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº407, 2017, pp.12-13, quienes también apuntan que, ante la falta de una definición del término “impuesto sobre sociedades” que figura en el artículo 1 de la Directiva 2016/1164/UE y teniendo en cuenta la finalidad de sus disposiciones, desde la perspectiva de nuestro Derecho interno debe entenderse que el ámbito de aplicación de citada Directiva no sólo se proyectaría sobre el Impuesto sobre Sociedades sino también sobre el Impuesto sobre la Renta de No Residentes (p.16).

miembros en este ámbito al tratarse de una norma de Derecho de la UE que introduce una armonización plena.

2.2.2. Sobre la referencia a la necesidad de que el principal objetivo o uno de los principales objetivos de la operación sea el fraude o la evasión fiscal

Tal y como ya hemos adelantado, la cláusula anti-abuso prevista en el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE sólo podrá entrar en juego en aquellos supuestos en los que la operación transfronteriza de fusión, escisión, aportación de activos, canje de valores, o traslado de la sede social de la SE o SCE tenga “como principal objetivo o como unos de los principales objetivos” el fraude o la evasión fiscal.

De este modo, la primera cuestión sobre la que conviene llamar la atención reside en que, al menos desde una perspectiva eminentemente formal y apegada a la redacción del primer inciso del artículo 15.1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE, no será necesario que la única finalidad, o incluso la principal finalidad, perseguida por la operación de reorganización empresarial en cuestión sea el fraude o la evasión fiscal para que los Estados miembros puedan denegar o retirar la aplicación del régimen de neutralidad fiscal sobre la base de la aplicación de sus respectivas normas internas que implementan la cláusula contenida en el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva, siendo suficiente con que el fraude o la evasión fiscal se encuentren entre los principales objetivos de la misma²⁵¹⁴. En otras palabras, podría decirse que el hecho de que uno de los objetivos perseguidos por la operación fuese legítimo no excluiría *per se* la aplicación de las cláusulas anti-abuso domésticas inspiradas en el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva. A este respecto, cabría señalar como el enfoque seguido por la Directiva Fiscal de Fusiones en este punto se encuentra alineado con lo dispuesto en la Directiva de Intereses y Cánones, cuyo artículo 5.2 también contempla la posibilidad de que los Estados miembros puedan denegar los beneficios previstos en la Directiva a aquellas operaciones cuyo objetivo principal o uno de sus objetivos principales sea el fraude fiscal, la evasión fiscal o el abuso.

Por su parte, en otras normas de Derecho de la UE en materia de fiscalidad directa, tales como la Directiva 2011/96/UE, también pueden encontrarse disposiciones orientadas a excluir del ámbito de aplicación de sus disposiciones a aquellas operaciones, transacciones o esquemas cuyo “propósito principal o uno de sus propósitos principales” sea la obtención de una ventaja fiscal que desvirtúe el objeto o la finalidad de la norma en cuestión²⁵¹⁵. Este enfoque resulta más restrictivo que el adoptado en la Propuesta de Directiva relativa a una base imponible común del

²⁵¹⁴ Vid. HELMINEN, M., *EU Tax Law...*, *op.cit.*, p.216.

²⁵¹⁵ Vid. artículo 1.2 de la Directiva 2011/96/UE.

Impuesto sobre Sociedades, cuyo artículo 58 establece que, a los efectos del cálculo de la base imponible de acuerdo con las normas contempladas en la Directiva, los Estados miembros no deberán tener en cuenta ninguna operación, transacción o esquema cuyo “propósito esencial” (y no uno de los propósitos principales) sea la obtención de una ventaja fiscal que desvirtúe el objeto o la finalidad de la norma comunitaria²⁵¹⁶.

Ciertamente, por lo que respecta a la Directiva Fiscal de Fusiones, cabría señalar como, desde un punto de vista formal y sin perjuicio de lo que apuntaremos en el siguiente epígrafe de este trabajo en relación con el “test de motivos económicos válidos”, la redacción del primer inciso de su artículo 15.1, apartado a) se traduciría en la necesidad de llevar a cabo una suerte de ponderación entre los objetivos perseguidos por la operación de reorganización empresarial cubierta bajo el régimen de neutralidad fiscal con el fin de determinar si el fraude o la evasión fiscal se configuran como el principal objetivo o uno de los principales objetivos de la misma, con el consiguiente impacto negativo sobre los niveles de seguridad jurídica²⁵¹⁷.

Asimismo, conviene apuntar como, a la hora de implementar a nivel interno la cláusula anti-abuso prevista en su artículo 15.1, apartado a), los Estados miembros han adoptado diferentes planteamientos de forma tal que, mientras que en algunos de ellos (p.ej. Francia) la cláusula anti-abuso podría resultar de aplicación cuando el fraude o la evasión fiscal se configuran como el objetivo principal o uno de los objetivos principales de la operación transfronteriza de reorganización empresarial en cuestión²⁵¹⁸, en otros Estados miembros (p.ej. España) la exclusión del régimen de neutralidad fiscal tan sólo podrá producirse si el fraude o la evasión fiscal constituye el principal objetivo de la operación en cuestión²⁵¹⁹. De este modo, podría afirmarse que, al menos desde una perspectiva estrictamente formal apegada al tenor literal de la norma, bajo el enfoque adoptado por este último grupo de Estados miembros la cláusula anti-abuso podría resultar de aplicación en aquellos supuestos en los que la operación de reorganización empresarial persiguiese un objetivo legítimo de baja o media intensidad (siendo su propósito principal el fraude o la evasión fiscal), pero no en aquellos otros supuestos en los que dicho objetivo legítimo resultase ser de igual o superior intensidad al relativo al fraude o la evasión fiscal.

²⁵¹⁶ A este respecto, nótese como, en el ámbito del IVA, la jurisprudencia del TJUE en los asuntos *RBS y Halifax* también opta por el uso de la expresión “finalidad esencial” (y no “finalidad esencial o una de sus finalidades esenciales”) al afirmar que serán consideradas como abusivas aquellas operaciones que “tengan como resultado la obtención de una ventaja fiscal cuya concesión sería contraria al objetivo perseguido por las disposiciones aplicables de la Directiva y, por otra parte, que de un conjunto de elementos objetivos resulta que la finalidad esencial de las operaciones de que se trate se limita a la obtención de dicha ventaja fiscal” (vid. STJUE de 22 de diciembre de 2010, asunto C-277/09, *RBS Deutschland Holdings GmbH v. The Commissioners for Her Majesty’s Revenue & Customs*, ap.49; reiterando lo establecido en las SSTJUE de 21 de febrero de 2008, asunto C-425/06, *Part Service Srl v. Ministero dell’Economia e delle Finanze*, ap.58; y de 21 de febrero de 2006, asunto C-255/02, *Halifax plc y otros v. Commissioners of Customs & Excise*, aps.74-75).

²⁵¹⁷ Sobre esta cuestión, vid. PETROSOVIC, K., *op.cit.*, p.562.

²⁵¹⁸ Vid. artículo 210-0 A, apartado III, del *Code Général des Impôts*.

²⁵¹⁹ Vid. artículo 89.2 de la Ley 27/2014.

En relación con lo anterior, debe tenerse presente que, si bien desde el punto de vista del principio de seguridad jurídica, podría parecer *a priori* más conveniente circunscribir la aplicación de la cláusula anti-abuso contemplada en el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE a aquellas operaciones de reorganización empresarial cuyo “único objetivo” fuese el fraude o la evasión fiscal²⁵²⁰, lo cierto es que esta solución podría dar como resultado que operaciones transfronterizas de reorganización empresarial potencialmente abusivas y carentes de los niveles adecuados de sustancia tuviesen acceso a las disposiciones que integran el régimen de neutralidad fiscal por el mero hecho de perseguir un objetivo legítimo, aun cuando éste resultase de baja o incluso de muy baja intensidad.

De hecho, ya hemos apuntado que esta suerte de necesidad de ponderación entre los objetivos perseguidos por una operación, transacción o esquema a los efectos de la aplicación del Derecho de la UE no es exclusiva de la Directiva Fiscal de Fusiones, sino que también se encuentra presente (aunque con sus respectivos matices) en el artículo 5.2 de la Directiva de Intereses y Cánones, en el artículo 1.2 de la Directiva Matriz-Filial, en el artículo 6.1 de la Directiva 2016/1164/UE, en el artículo 58 de la Propuesta de Directiva BICIS, o incluso en la cláusula anti-abuso contenida en la acción 6 del Plan BEPS²⁵²¹.

²⁵²⁰ En este sentido, nótese como la STJUE de 12 de septiembre de 2006, asunto C-196/04, *Cadbury Schweppes plc y Cadbury Schweppes Overseas Ltd v. Commissioners of Inland Revenue*, ap.63, hacía referencia a la existencia de “un montaje puramente artificial destinado únicamente a eludir el referido impuesto” (el subrayado es nuestro). Un planteamiento similar puede observarse en la cláusula general anti-abuso contenida en el artículo 80 la Propuesta de Directiva del Consejo, de 16 de marzo de 2011, relativa a una base imponible consolidada común del Impuesto sobre Sociedades, COM(2011) 121 final, cuyo tenor literal establecía que “las operaciones artificiales, realizadas con el único fin de eludir impuestos, no se tendrán en cuenta a efectos del cálculo de la base imponible. Lo dispuesto en el párrafo anterior no se aplicará a las actividades comerciales realizadas de buena fe en las que el sujeto pasivo tiene la posibilidad de elegir entre dos o más operaciones que tienen el mismo resultado comercial pero que dan lugar a bases imponibles diferentes” (el subrayado es nuestro). No obstante, conviene señalar como el Parlamento Europeo, en su Resolución legislativa de 19 de abril de 2012, sobre la propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible consolidada común del Impuesto sobre Sociedades (BICIS), P7_TA(2012)0135, introdujo una enmienda (nº28) al artículo 80 párrafo primero de la citada Propuesta de Directiva donde se mostraba partidario de sustituir la expresión “único fin” por la de “finalidad principal”. Una aproximación al contenido originario de la Propuesta BICIS (hoy superada por las Propuestas de Directiva presentadas por la Comisión a finales de 2016) y de las principales enmiendas presentadas en su momento por el Parlamento Europeo puede encontrarse en VAN DE STREEK, J., “Some thoughts on the European Parliament Amendments of the CCCTB”, en WEBER, D. (ed.), *EU Income Tax Law: Issues for the Years Ahead*, IBFD, Amsterdam, 2013, pp.103-114.

²⁵²¹ Nótese como la citada cláusula general anti-abuso contenida en la Acción 6 del Plan BEPS establece que “*Notwithstanding the other provisions of this Convention, a benefit under this Convention shall not be granted in respect of an item of income or capital if it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of this Convention*” (el subrayado es nuestro). A este respecto, algunos autores como DE BROE, L., LUTS, J., “BEPS Action 6: tax treaty abuse”, *Intertax*, vol. 43, nº2, 2015, p.132, han apuntado que la redacción de dicha cláusula resulta excesivamente restrictiva, considerando la misma sólo debería entrar en juego en aquellos supuestos en los que la obtención de los beneficios del Convenio fuese el único objetivo o el objetivo predominante del esquema o la operación en cuestión.

Por último, aunque también en relación con esta cuestión, cabría apuntar como, a la vista de la modificación operada en la Directiva Matriz-Filial por parte de la Directiva 2015/121/UE, de la aprobación de la Directiva 2016/1164/UE, y de la irrupción en el panorama del Derecho de la UE de la nueva Propuesta de Directiva BICIS, no estaría de más plantearse la conveniencia de alinear la redacción del artículo 15.1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE con la de las cláusulas anti-abuso contenidas en las citadas normas. En este sentido, conviene recordar que, en el “Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal” presentado en 2012, la Comisión Europea ya se mostró partidaria de revisar las disposiciones anti-abuso contenidas en la Directiva sobre Intereses y Cánones, en la Directiva Matriz-Filial y en la Directiva de Fusiones, con el fin de aplicar los principios contenidos en su Recomendación sobre la planificación fiscal agresiva²⁵²².

De este modo, la referencia al hecho de que la operación de reorganización empresarial en cuestión tuviese “como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal” como elemento determinante de la no aplicación o exclusión del régimen de neutralidad fiscal sería sustituida por la expresión relativa a que la operación no resultase “genuina” o “auténtica” por tener “como propósito principal o uno de sus propósitos principales la obtención de una ventaja fiscal que desvirtúe el objeto o la finalidad de la presente Directiva”. A su vez, esto determinaría la necesidad de modificar en consecuencia la redacción del “test de motivos económicos válidos” contenido en el segundo inciso del artículo 15.1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE, sin que, en nuestra opinión, exista inconveniente en mantener la referencia a “la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación” como ejemplos de motivos económicos válidos, los cuales, en todo caso, deberán reflejar la realidad económica. Asimismo, también resultaría de interés añadir de forma explícita al tenor literal del citado precepto la necesidad de que a los efectos de poder concluir que la operación transfronteriza de reorganización empresarial en cuestión no resulta “genuina” o “auténtica” (y, por tanto, tendría que quedar extramuros del régimen de neutralidad fiscal) deban analizarse “todos los datos y circunstancias pertinentes”, así como la posibilidad de que una operación pueda estar constituida “por más de una fase o parte”²⁵²³, sin perjuicio de que

²⁵²² Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal*, COM(2012) 722 final, 6 de diciembre de 2012, p.10.

²⁵²³ Vid. artículo 6.1 de la Directiva 2016/1164/UE y artículo 1.2 de la Directiva Matriz-Filial. A este respecto, nótese como la referencia contenida en las citadas normas a la posibilidad de que un mecanismo o arreglo pueda estar constituido por más de una fase o parte conecta con la *step transaction doctrine* (manifestación del principio general *substance over form*), cuyo origen se encuentra en la jurisprudencia norteamericana (*vid.*, a título de ejemplo, las sentencias del Tribunal de Reclamaciones Federales de 17 de julio de 1968, asunto *US American Potash & Chemical Corporation v. US*, 399 F.2d 194, o de 14 de noviembre de 1969, asunto *King Enterprises, Inc. v. the United States*, 418 F.2d 511; o la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1968, asunto *Commissioner v. Gordon*, 391 US 83) y en virtud de la cual una secuencia de actos, negocios u operaciones ejecutados con un propósito unitario podría reducirse a una sola operación compleja, la cual, en su caso, podría ser analizada bajo la óptica de una cláusula anti-abuso en materia fiscal. De este modo, podrían combatirse aquellos supuestos en los que el contribuyente busca aprovecharse de forma abusiva del hecho de que dichos actos, negocios u operaciones

una interpretación de la cláusula anti-abuso prevista en el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva a la luz de la jurisprudencia del TJUE ya permitiría tener en cuenta a estos elementos.

A nuestro juicio, y aun cuando pudiera parecer que, en el fondo, nos encontramos ante una cuestión de índole más formal que material habida cuenta de que, en última instancia, el tenor literal de la cláusula anti-abuso contenida en la Directiva 2009/133/CE debe ser interpretado, no sólo de acuerdo con la jurisprudencia específica del TJUE en la materia, sino también a la luz de su doctrina en relación con el principio general de prohibición del abuso del Derecho de la UE (la cual ha sido codificada a través del artículo 6 de la Directiva 2016/1164/UE), lo cierto es que la modificación de la redacción del artículo 15.1, apartado a) de la Directiva Fiscal de Fusiones en el sentido señalado contribuiría a incrementar los niveles de seguridad jurídica en el ámbito de la aplicación del Derecho de la UE, mejorando asimismo la coherencia entre las normas que lo integran.

2.3. La falta de motivos económicos válidos como presunción de fraude o evasión fiscal

Uno de los elementos centrales de la configuración de la cláusula anti-abuso contenida en el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE pivota sobre el denominado “test de motivos económicos válidos”, cuyo origen se encuentra íntimamente ligado a la doctrina norteamericana del *business purpose*²⁵²⁴. Dicho test, de

individualmente considerados tienen un tratamiento fiscal más ventajoso que si fuesen considerados como una única operación (vid. DE JUAN CASADEVALL, J., *op.cit.*, p.30; LAMPREAVE, P., “An Assessment of the Anti-Tax Avoidance Doctrines in the United States and the European Union”, *Bulletin for International Taxation*, vol.66, nº3, 2012, p.155; o VANISTENDAEL, F., “Taxation of corporate...”, *op.cit.*, pp.913-914).

²⁵²⁴ A este respecto, cabría señalar como la doctrina del *business purpose*, plasmada actualmente en la Sección 1.368-1 del *Internal Revenue Code (Code of Federal Regulations, Title 26, Chapter I, Subchapter A, Part D)*, surge en Estados Unidos a raíz de la sentencia *Helvering v. Gregory*, dictada en 1935 por el Tribunal Supremo, y en la que se negaba la efectividad de una operación de reorganización empresarial sobre la base de que su única finalidad consistía en evitar el pago de impuestos. Dicha doctrina del *business purpose* forma parte junto con la “*sham transactions doctrine*” y la “*step transactions doctrine*” de un conjunto de teorías de construcción jurisprudencial que se han venido utilizando en Estados Unidos para combatir la evasión fiscal (*tax avoidance*) y que podrían considerarse como diferentes manifestaciones del principio general del “*substance over form*” en virtud del cual la sustancia de los actos o negocios jurídicos debe prevalecer sobre la forma en la que se articulan (sobre esta cuestión vid. JENSEN, E.M., “The Tiley trilogy and US anti-avoidance law”, *eJournal of Tax Research*, vol. 12, nº 1, 2014, pp. 77-80; LAMPREAVE, P., *op.cit.*, pp.153-160; RUIZ ALMENDRAL, V., “¿Tiene futuro el...”, *op.cit.*, pp.36-37, quien apunta que la doctrina del *business purpose* también puede contemplarse como un desarrollo de la interpretación teleológica de las normas tributarias; o PALAO TABOADA, C. *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp.209-219). A mayor abundamiento, cabría apuntar como la influencia de la doctrina del *business purpose* en el ámbito de las reorganizaciones empresariales se proyecta incluso más allá del ámbito europeo, llegando a países como, por ejemplo, China, donde la aplicación del régimen de neutralidad fiscal previsto en su normativa interna (Circular 59 y Boletín nº4) queda supeditado, entre otros requisitos, a que la operación se realice por motivos económicos válidos, de forma tal que su

marcado carácter casuístico e “intensivamente fáctico”²⁵²⁵, conecta directamente con uno de los fines últimos perseguidos por el régimen de neutralidad fiscal, a saber, permitir que las empresas de los diferentes Estados miembros se adapten a las exigencias del mercado interior, aumenten su productividad y refuercen su posición competitiva a nivel internacional²⁵²⁶, y aparece recogido en el segundo inciso del citado precepto bajo la siguiente fórmula: “el hecho de que las operaciones no se efectúen por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal”.

A este respecto, la primera cuestión que cabría señalar gira en torno a que nos encontramos ante la introducción de un elemento de naturaleza eminentemente objetiva en la cláusula anti-abuso prevista en el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE²⁵²⁷ que contrasta y a la vez se complementa con la referencia que figura en el primer inciso del citado precepto al hecho de que la operación de reorganización empresarial en cuestión tenga como objetivo principal o uno de sus objetivos principales el fraude o la evasión fiscal (elemento subjetivo). De hecho, un análisis de la estructura del citado precepto revela la presencia del test subjetivo y objetivo empleado por la jurisprudencia del TJUE para constatar la existencia de un montaje puramente artificial (*Cadbury Schweppes*) o de una práctica abusiva (*Halifax* y *Emsland-Stärke*)²⁵²⁸.

Ahora bien, la falta de motivos económicos válidos no determina necesariamente que nos encontremos ante una operación orientada al fraude o a la evasión fiscal²⁵²⁹ sino

principal objetivo no sea “reducir, eludir o diferir el pago del impuesto” (YE, H., YU WAN, G., *op.cit.*, p.1).

²⁵²⁵ Vid. CALDERÓN CARRERO, J.M., “Una vuelta de...”, *op.cit.*, p.22.

²⁵²⁶ Vid. Considerando nº 2 del Preámbulo de la Directiva 2009/133/CE.

²⁵²⁷ En este sentido, *vid.* PISTONE, P., “Uguaglianza, discriminazione a...”, *op.cit.*, p.614; MENÉNDEZ GARCÍA, G., “Realización de operaciones...”, *op.cit.*, p.89; o PITA GRANDAL, A., ANEIROS PEREIRA, J., *op.cit.*, p.131. No obstante, también pueden encontrarse autores como RÄDLER, A.J., LAUSTERER, M., BLUMENBERG, J., “Tax abuse and EC law”, *EC Tax Review*, vol.6, nº2, 1997, p.99, para quienes la referencia que realiza el artículo 15.1 de la Directiva 2009/133/CE a los “motivos económicos válidos” de la operación viene a introducir un elemento subjetivo en el concepto de “fraude o evasión fiscal”, lo que supone una excepción frente al concepto comunitario de abuso de naturaleza objetiva. Sobre esta cuestión, *vid.* PALAO TABOADA, C., “Los motivos económicos...”, *op.cit.*, p.72, quien apunta que la citada discusión doctrinal carece de relevancia práctica ya que, en todo caso, el elemento subjetivo deberá manifestarse a través de las características objetivas de la operación de reorganización empresarial en cuestión. Por su parte, MARTÍN JIMÉNEZ, A., *op.cit.*, p.86, ha apuntado que la referencia a los motivos económicos válidos que figura en el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE resulta hasta cierto punto equívoca ya que “lo relevante para calificar una operación como abusiva no son los motivos que el contribuyente persigue, sino el propósito (“purpose”) o la causa (por utilizar un lenguaje próximo a nuestro ordenamiento) de la operación considerada en su globalidad”.

²⁵²⁸ En este sentido, *vid.* BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, p.279.

²⁵²⁹ A este respecto, y en tono crítico con el razonamiento del TJUE en el asunto *Leur-Bloem*, *vid.* GARCÍA PRATS, A., *op.cit.*, p.200, quien entiende que “ (...) la lectura del artículo 11.1.a) [de la Directiva 90/434/CEE] no permite concluir, como parece afirmar el TJCE, que la existencia de fraude o evasión fiscal se defina por la ausencia de motivos económicos válidos”. En esta misma línea, aunque

que, más bien, viene a configurarse como un elemento cuya función es precisamente contribuir “a la prueba de los hechos constitutivos del fraude o la evasión fiscal”²⁵³⁰. En otras palabras, podría afirmarse que la ausencia de motivos económicos válidos no constituye una justificación “independiente y adicional” sobre la base de la cual los Estados miembros puedan dejar de aplicar las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE²⁵³¹.

Asimismo, es importante tener presente que la determinación de lo que en última instancia se considerarán como “motivos económicos válidos” queda en manos de los Estados miembros²⁵³², limitándose la norma comunitaria a indicar que la “reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación” tendría encaje dentro de este concepto, lo cual en sí mismo tampoco supone una gran aportación desde el punto de vista de la orientación interpretativa dada la amplitud de la expresión empleada²⁵³³, si bien podría apuntar en la dirección de que el análisis acerca de la existencia de motivos económicos válidos en la operación de reorganización empresarial en cuestión deberá realizarse desde la óptica de las sociedades participantes en la misma (y no desde la perspectiva de sus socios)²⁵³⁴. Esta

trayendo a colación la sentencia del TJUE en el asunto *Foggia*, vid. CALDERÓN CARRERO, J.M., MARTÍN JIMÉNEZ, A., *Derecho Tributario de...*, op.cit., p.348. En contra de este planteamiento e identificando la ausencia de motivos económicos válidos con la presencia de fraude o evasión fiscal en la operación de reorganización empresarial en cuestión vid. RÄDLER, A.J., “Do national anti-abuse clauses distort the internal market?”, *European Taxation*, vol.34, nº9, 1994, p.313.

²⁵³⁰ Así lo entiende, vid. SANZ GADEA, E., “Medidas antielusión fiscal”, op.cit., pp.244-245.

²⁵³¹ En este sentido, véanse las Conclusiones del Abogado General M. Wathelet presentadas el 26 de octubre de 2016 en el asunto C-14/16, *Euro Park Service v. Ministre des finances et des comptes publics*, ap.34.

²⁵³² No obstante, debe tenerse presente como el TJUE ya tuvo ocasión de señalar, por una parte, que la compensación fiscal horizontal de las pérdidas entre las sociedades participantes en una operación de reorganización empresarial cubierta por el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE no constituye un motivo económico válido en el sentido del artículo 15.1, apartado a) de la Directiva (vid. STJUE de 17 de julio de 1997, asunto C-28/95, *Leur-Bloem v. Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*, ap.47) y, por otra parte, que en el marco de una operación de fusión por absorción entre dos sociedades de un grupo, la reducción de los gastos administrativos y de gestión podría configurarse *a priori* como un motivo económico válido (vid. STJUE de 10 de noviembre de 2011, asunto C-126/10, *Foggia-Sociedade Gestora de Participações Sociais SA v. Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais*, ap.47). En relación con esta cuestión, MARTÍN JIMÉNEZ, A., op.cit., p.91, ya apuntó en su momento que la doctrina del TJUE en el asunto *Foggia* suponía dar una vuelta de tuerca más a la extensión de las facultades del TJUE para interpretar el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE en situaciones puramente domésticas, si bien esto no abría la puerta a que pudiesen plantearse cuestiones prejudiciales tendentes a clarificar el concepto de la expresión “motivos económicos válidos” en las normas nacionales fuera del contexto comunitario.

²⁵³³ En este sentido, cabría señalar como, a nivel interno, la DGT ha tratado de definir esta expresión plasmada también en el actual artículo 89.2 LIS al establecer que “puede entenderse como reestructuración o racionalización de las actividades de las entidades afectadas, entre otras, las actuaciones tendentes al objeto de adaptar las dimensiones, capacidad productiva o características técnicas o de gestión de las empresas a las exigencias que imponen los mercados, así como la organización de las actividades económicas con la finalidad de que sean más productivas, rentables y eficaces” (vid. Consultas Vinculantes de la DGT de 27 de junio de 2001, V0066-01, o de 28 de junio de 2001, V0056-01).

²⁵³⁴ Así lo entiende también, PETROSOVITCH, K., op.cit., p.562. En esta línea, y dentro del ámbito interno, podría traerse a colación la Consulta Vinculante de la DGT de 10 de abril de 2000 (V0042-00) donde se afirmó que “la idoneidad de los motivos de la operación se exige en relación con la propia sociedad que realiza aquélla, tal y como se desprende del mencionado artículo de la directiva y de la

idea se vería reforzada por el hecho de que el TJUE no se haya referido de forma expresa a los motivos económicos de los socios de las sociedades participantes en la operación en ninguna de sus sentencias relativas a la cláusula prevista en el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva²⁵³⁵.

En cualquier caso, y en la medida en que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado pero determinable²⁵³⁶, habrá que estar a la interpretación que del mismo lleven a cabo las autoridades nacionales competentes (administrativas y jurisdiccionales) de los diferentes Estados miembros en el marco de un análisis global de cada caso concreto²⁵³⁷, sin que resulte posible tipificar *a priori* y con vocación de generalidad los supuestos que determinan la existencia de motivos económicos válidos²⁵³⁸. Así, y a título de ejemplo, cabría señalar como, en el ámbito doméstico, la doctrina administrativa ha venido identificando una serie de motivos susceptibles de ser calificados como económicamente válidos, a saber²⁵³⁹: el fortalecimiento de la situación patrimonial, económica y financiera de la sociedad²⁵⁴⁰ o la mejora de sus niveles de solvencia frente a terceros al objeto de la concesión de préstamos, líneas de crédito o avales²⁵⁴¹; la generación de economías de escala y el aprovechamiento de potenciales

propia finalidad y sistemática del régimen especial en nuestra LIS”. Este criterio sería reiterado en la Consulta Vinculante de la DGT de 23 de septiembre de 2011 (V2227-11). Ahora bien, también es cierto que la adecuada planificación de la sucesión familiar de la empresa ha sido admitido como motivo económico válido, entre otras, por la Consulta Vinculante de la DGT de 26 de junio de 2019 (V1579-19). Sobre el tradicional debate existente en la doctrina norteamericana acerca de hasta qué punto puede distinguirse entre los propósitos de la sociedad y los de sus socios (lo que, a su vez, entronca directamente con la cuestión relativa a la naturaleza de la persona jurídica), *vid.* PALAO TABOADA, C., “Los motivos económicos...”, *op.cit.*, p.100.

²⁵³⁵ En este sentido, *vid.* CALDERÓN CARRERO, J.M., MARTÍN JIMÉNEZ, A., *Derecho Tributario de...*, *op.cit.*, p.334, quienes, no obstante, apuntan que resulta bastante frecuente que las autoridades fiscales domésticas tomen en consideración los motivos fiscales de los socios a la hora de fundamentar la aplicación de la cláusula anti-abuso.

²⁵³⁶ En este sentido, *vid.* RUIZ ALMENDRAL, V., “¿Tiene futuro el...”, *op.cit.*, p.48; o MÁRQUEZ MÁRQUEZ, A., “La planificación fiscal, los motivos económicos válidos y el deber de contribuir: Artículo 110.2 de la Ley del Impuesto sobre sociedades”, *Quincena Fiscal*, nº10, 2004, p.44.

²⁵³⁷ Sobre la necesidad de tener en cuenta las circunstancias previas, simultáneas o posteriores a la operación de reorganización empresarial en cuestión a la hora de valorar la finalidad perseguida por la misma y la existencia de motivos económicos válidos, se han manifestado en el ámbito interno las SSAN de 9 marzo 2011, (rec. nº 110/2008); de 23 diciembre 2010 (rec. nº 336/2007); o de 7 de mayo de 2007 (rec. nº 313/2004); o la STS de 24 de enero de 2013 (rec. cas. nº 1847/2010).

²⁵³⁸ En este sentido, *vid.* PETROSOVIC, K., *op.cit.*, p.562. A este respecto, y relación con la configuración de la cláusula anti-abuso prevista en el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva, se ha apuntado con cierto tono crítico que nos encontramos ante “una técnica normativa de clara inspiración anglosajona, que tropieza con dificultades cuando se quiere aplicar en sistemas de derecho de tipo continental, en los que la aplicación de los principios generales suele requerir una minuciosa regulación” (*vid.* BOTELLA GARCÍA-LASTRA, C., *op.cit.*, p.23).

²⁵³⁹ Sobre esta cuestión, *vid.* CHECA GONZÁLEZ, C., “Los “motivos económicos válidos” que permiten la aplicación del régimen fiscal 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”, *Quincena Fiscal*, nº1, 2009, pp.127-141; o ALGUACIL MARÍ, P., *La doctrina administrativa sobre el motivo económico válido en las reestructuraciones societarias*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

²⁵⁴⁰ *Vid.* Consultas vinculantes de la DGT de 13 de octubre de 2017 (V2618-17), o de 10 de octubre de 2014 (V2724-14).

²⁵⁴¹ *Vid.* Consultas vinculantes de la DGT de 25 de junio de 2019 (V1562-19), o de 21 de marzo de 2018 (V0756-18).

sinergias que se traduzcan en un ahorro de costes (productivos, administrativos y de gestión) o en la optimización en el uso de los recursos²⁵⁴²; la simplificación de las obligaciones contables, mercantiles y fiscales²⁵⁴³; la centralización de la toma de decisiones de la empresa²⁵⁴⁴; la mejora de la capacidad comercial y de negociación con terceros²⁵⁴⁵; la simplificación de la estructura societaria²⁵⁴⁶; o la consecución de la perdurabilidad del negocio en el tiempo²⁵⁴⁷. De hecho, algunos autores han llamado la atención acerca de las distorsiones que podrían introducirse en el buen funcionamiento del Mercado común como resultado de una interpretación heterogénea del concepto de “motivos económicos válidos” por parte de los Estados miembros²⁵⁴⁸.

Pues bien, en relación con esta cuestión, cabría comenzar señalando que la regla general establecida por las sentencias del TJUE en los asuntos *Leur-Bloem*, *Kofoed*, *Zwijnenburg*, o *Euro Park Service* pivota sobre la idea de que el régimen de neutralidad fiscal configurado por la Directiva 2009/133/CE “se aplica indistintamente a todas las operaciones de fusión, de escisión, de aportación de activos y de canje de acciones, abstracción hecha de sus motivos, ya sean éstos financieros, económicos o puramente fiscales”²⁵⁴⁹. Sin embargo, esta afirmación no impide que el análisis de los motivos que subyacen tras la realización de la operación de reorganización empresarial en cuestión se configure como un elemento de especial relevancia en el marco del uso por parte de los Estados miembros de la facultad prevista en el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva²⁵⁵⁰.

De hecho, el propio TJUE ha declarado que el concepto de “motivo económico válido” contemplado en el citado precepto de la norma comunitaria es más amplio que la mera búsqueda de una ventaja fiscal y, por ende, una operación de reorganización empresarial cubierta por el ámbito de aplicación de la Directiva que sólo persiguiese un

²⁵⁴² Vid. Consultas vinculantes de la DGT de 1 de octubre de 2014 (V2563-14), o de 18 de julio de 2012 (V1550-12).

²⁵⁴³ Vid. Consulta vinculante de la DGT de 6 de septiembre de 2018 (V2407-18).

²⁵⁴⁴ Vid. Consulta vinculante de la DGT de 21 de junio de 2019 (V1504-19).

²⁵⁴⁵ Vid. Consultas vinculantes de la DGT de 3 de noviembre de 2016 (V4658-16), o de 26 de junio de 2019 (V1561-19).

²⁵⁴⁶ Vid. Consulta vinculante de la DGT de 5 de octubre de 2016 (V4262-16).

²⁵⁴⁷ Vid. Consulta vinculante de la DGT de 16 de julio de 2014 (V1920-14).

²⁵⁴⁸ En este sentido, *vid.* CALLEJA BORG, J., *op.cit.*, pp.560-561, quien entiende que la expresión “motivos económicos válidos” contenida en el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva Fiscal de Fusiones resulta demasiado amplia para combatir efectivamente comportamientos abusivos en el ámbito de las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial de forma tal que, aun cuando la jurisprudencia del TJUE podría ayudar decisivamente a una interpretación más homogénea del mismo, en el largo plazo resultaría más conveniente clarificar la redacción del citado precepto de la norma comunitaria.

²⁵⁴⁹ Vid. SSTJUE de 8 de marzo de 2017, asunto C-14/16, *Euro Park Service v. Ministre des Finances et des Comptes publics*, ap.47; de 10 de noviembre de 2011, asunto C-126/10, *Foggia-Sociedade Gestora de Participações Sociais SA v. Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais*, ap.31; de 20 de mayo de 2010, asunto C-352/08, *Modehuis A. Zwijnenburg BV v. Staatssecretaris van Financiën*, ap.41; de 5 de julio de 2007, asunto C-321/05, *Hans Markus Kofoed v. Skatteministeriet*, ap.30; y de 17 de julio de 1997, asunto C-28/95, *Leur-Bloem v. Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*, ap.36.

²⁵⁵⁰ Vid. SSTJUE de 10 de noviembre de 2011, asunto C-126/10, *Foggia-Sociedade Gestora de Participações Sociais SA v. Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais*, ap.32; y de 20 de mayo de 2010, asunto C-352/08, *Modehuis A. Zwijnenburg BV v. Staatssecretaris van Financiën*, ap.42.

objetivo de tal naturaleza no podría entenderse efectuada por motivos económicos válidos²⁵⁵¹. Sin embargo, el hecho de que la operación en cuestión tenga entre sus objetivos la obtención de una ventaja fiscal no determina *per se* la ausencia de motivos económicos válidos²⁵⁵² y mucho menos que nos encontremos ante un montaje puramente artificial orientado al fraude o a la evasión fiscal (incluso en aquellos supuestos en los que la finalidad fiscal de la operación resulte preponderante)²⁵⁵³. En este sentido, no puede perderse de vista que, más allá de cuestiones de naturaleza puramente económica, financiera o comercial, a la hora de valorar la realización de este tipo de operaciones la fiscalidad se configura como un elemento relevante a tener en cuenta debido a la posibilidad de que como resultado de la operación de reorganización empresarial en cuestión surjan diversas “sinergias procedentes de ahorros fiscales”²⁵⁵⁴.

Asimismo, es importante tener presente que el ejercicio por parte de los Estados miembros de la facultad para denegar la aplicación de las disposiciones de la Directiva Fiscal de Fusiones prevista en el artículo 15.1, apartado a) de la citada norma comunitaria pivota en última instancia sobre la prueba de la existencia de fraude o evasión fiscal (y no sobre la obtención de una ventaja fiscal por parte del contribuyente), sin perjuicio de que a estos efectos pueda entrar en juego la presunción basada en la no concurrencia de motivos económicos válidos en aquellos supuestos en

²⁵⁵¹ Vid. SSTJUE de 10 de noviembre de 2011, asunto C-126/10, *Foggia– Sociedade Gestora de Participações Sociais SA v. Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais*, ap.34; y de 17 de julio de 1997, asunto C-28/95, *Leur-Bloem v. Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*, ap.47. A este respecto, resultan ilustrativas las palabras del Tribunal cuando afirma que la constatación de que una operación de reorganización empresarial “tiene como único objetivo obtener una ventaja fiscal y, por tanto, no se efectúa por motivos económicos válidos, puede constituir una presunción de que dicha operación tiene como objetivo principal o como uno de sus objetivos principales el fraude o la evasión fiscal” (vid. STJUE de 10 de noviembre de 2011, asunto C-126/10, *Foggia– Sociedade Gestora de Participações Sociais SA v. Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais*, ap.36). Por otra parte, cabría señalar como en el ámbito interno, el artículo 89.2 de la LIS incorpora, a diferencia del artículo 15.1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE, una referencia explícita a la obtención de una ventaja fiscal por parte del contribuyente al disponer su tenor literal que “no se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal”.

²⁵⁵² En este sentido, vid. PALAO TABOADA, C., “Los motivos económicos...”, *op.cit.*, p.85.

²⁵⁵³ Vid. CALDERÓN CARRERO, J.M., “Una vuelta de...”, *op.cit.*, pp.26 y 32, quien llama la atención acerca como el TJUE, en sus sentencias en los asuntos *Leur-Bloem* y *Foggia*, ha venido reduciendo el ámbito de aplicación de los motivos económicos válidos a través de una interpretación de la cláusula anti-abuso prevista en el artículo 15.1, apartado a) escasamente conectada con los fines perseguidos por la Directiva Fiscal de Fusiones. De hecho, a juicio de este autor “el escaso énfasis puesto por el TJUE sobre esta última circunstancia (el elemento objetivo del abuso en el sentido de la vulneración de los fines de la norma europea de cobertura) y la falta de un reconocimiento explícito y claro de que la motivación fiscal de una operación de reorganización en sí misma no constituye abuso –salvo cuando no estuviéramos ante una auténtica reorganización sino ante un montaje artificial carente de finalidad de negocios o efectos económicos- no evidencia suficientemente la aplicación de la jurisprudencia europea general sobre el abuso en materia tributaria en el contexto de la Directiva de Fusiones”.

²⁵⁵⁴ Sobre esta cuestión, vid. MASCAREÑAS PÉREZ-ÍÑIGO, J., IZQUIERDO LLANES, G., *¿Por qué se compran y se venden las empresas en España?*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2000, citado por BOTELLA GARCÍA-LASTRA, C., *op.cit.*, p.6.

los que la búsqueda de una ventaja fiscal se constituya como el objetivo único o predominante de la operación de reorganización empresarial en cuestión²⁵⁵⁵.

En relación con esta cuestión, se ha apuntado que no cabría excluir la aplicación del régimen de neutralidad fiscal cuando la operación transfronteriza de reorganización empresarial se realice con el objetivo principal de obtener una ventaja fiscal “extrínseca” a la Directiva 2009/133/CE (p.ej. acceder a un régimen de consolidación fiscal, beneficiarse de posibles incentivos fiscales previstos para empresas de reducida dimensión, beneficiarse de normas de Derecho de la UE como la Directiva Matriz-Filial o la Directiva de Intereses y Cánones, acceder a los beneficios de un determinado CDI, reducir el ámbito de aplicación de la normativa de operaciones vinculadas, etc.) que resulte compatible con una finalidad corporativa o de negocios, habida cuenta de que: 1) el propio TJUE ha declarado que la cláusula anti-abuso prevista en el artículo 15.1 de la Directiva se configura como una excepción a la aplicación de las disposiciones fiscales contenidas en la misma²⁵⁵⁶ y, por tanto, “debe interpretarse de manera estricta y teniendo en cuenta su tenor, su finalidad y el contexto en el que se inscribe”²⁵⁵⁷; 2) en la sentencia del TJUE en el asunto *Zwijnenburg* el Tribunal entendió que no podía invocarse la cláusula anti-abuso para denegar la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a una operación de fusión cuyo objetivo era evitar el pago del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales (ventaja fiscal “extrínseca”)²⁵⁵⁸; y 3) la jurisprudencia del TJUE en materia de abuso ha venido reconociendo el derecho de los contribuyentes a estructurar sus negocios de la forma que más les convenga desde el punto de vista fiscal, siempre y cuando no exista artificiosidad²⁵⁵⁹.

²⁵⁵⁵ A este respecto, *vid.* SANZ GADEA, E., “Medidas antielusión fiscal”, *op.cit.*, p.246, quien apunta que la búsqueda u obtención de una ventaja fiscal no puede configurarse en modo alguno como causa de inaplicación del régimen de neutralidad fiscal.

²⁵⁵⁶ *Vid.* SSTJUE de 18 de octubre de 2012, asunto C-603/10, *Pelati d.o.o. v. Eslovenia*, ap.27; de 20 de mayo de 2010, asunto C-352/08, *Modehuis A. Zwijnenburg BV v. Staatssecretaris van Financiën*, ap.45; de 11 de diciembre de 2008, asunto C-285/07, *A.T. v. Finanzamt Stuttgart-Körperschaften*, ap.31; o de 5 de julio de 2007, asunto C-321/05, *Hans Markus Kofoed v. Skatteministeriet*, ap.37.

²⁵⁵⁷ *Vid.* SSTJUE de 10 de noviembre de 2011, asunto C-126/10, *Foggia-Sociedade Gestora de Participações Sociais SA v. Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais*, ap.44; y de 20 de mayo de 2010, asunto C-352/08, *Modehuis A. Zwijnenburg BV v. Staatssecretaris van Financiën*, ap.46.

²⁵⁵⁸ *Vid.* STJUE de 20 de mayo de 2010, asunto C 352/08, *Modehuis A. Zwijnenburg BV v. Staatssecretaris van Financiën*, ap.56.

²⁵⁵⁹ En este sentido, *vid.* CALDERÓN CARRERO, J.M., “Una vuelta de...”, *op.cit.*, pp.25-27, quien apunta que, en última instancia, se trataría únicamente de excluir de la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a aquellas operaciones de reorganización empresarial “fugaces o disfuncionales con el negocio globalmente considerado”, por cuanto esto resultaría contrario a la finalidad perseguida por la Directiva lo que, a su vez, constituye el elemento objetivo del principio general de prohibición del abuso de Derecho de la UE. A nivel interno, nótese como la SAN de 16 de febrero de 2011 (rec. nº 320/2007) ya se manifestó en contra del criterio sostenido por la Administración tributaria en virtud del cual la denegación del régimen de neutralidad fiscal pivotaba esencialmente sobre la existencia de otros negocios o formas jurídicas cuyo resultado habría sido más gravoso para la recurrente. A juicio del Tribunal, no puede sostenerse “una especie de principio del mayor gravamen o de economía de opción inversa conforme al cual entraría en juego la cláusula antifraude, pese a la ausencia acreditada de éste, por el simple hecho de que las alternativas u opciones económicas seleccionadas por la Inspección favorecerían con un grado mayor los intereses de la Administración (...)”. Ciertamente, la adopción de un principio de tal naturaleza haría “inútil todo intento de explicación acerca de la concurrencia de los motivos económicos válidos presentes en la operación (...) pues cualquier motivo económico será inválido,

De hecho, algún autor incluso se ha mostrado partidario de la aplicación del régimen de neutralidad fiscal previsto por la Directiva 2009/133/CE en aquellos supuestos en los que, aun cuando la operación de reorganización empresarial en cuestión no presente motivos económicos válidos sino que se lleve a cabo por motivos fiscales “inherentes” a la propia norma comunitaria, ésta no resulte artificial en atención a su finalidad última de reestructuración o racionalización real²⁵⁶⁰.

A este respecto, cabría señalar como el TJUE ya tuvo ocasión de afirmar en su Sentencia sobre el asunto *Foggia* que el hecho de que entre los diversos objetivos de una operación de reorganización empresarial cubierta por el ámbito de aplicación de la Directiva figurasen consideraciones de naturaleza fiscal no determinaba necesariamente la ausencia de motivos económicos válidos, salvo que los objetivos de índole fiscal resultasen “preponderantes en el marco de la operación proyectada”²⁵⁶¹. En este sentido, el propio Tribunal reconoció que no podía excluirse la presencia de motivos económicos válidos en una operación de fusión por la mera concurrencia de elementos tales como el carácter inactivo de la sociedad absorbida, la falta de aportación de activo propio por parte de esta última a la sociedad absorbente, o la existencia de pérdidas en sede de la sociedad absorbida no compensadas a efectos fiscales y susceptibles de ser asumidas o aprovechadas por parte de la sociedad absorbente; todo ello, sin perjuicio de que el hecho de que las citadas pérdidas sean de un importe elevado y que su origen no se encuentre claramente determinado pueda constituir un indicio de fraude o de evasión fiscal²⁵⁶².

Ciertamente, podría decirse que el enfoque adoptado por el TJUE en el asunto *Foggia* para determinar la existencia de motivos económicos válidos en la operación de fusión analizada pivota sobre una ponderación de marcado carácter cuantitativo aunque sin descuidar el elemento cualitativo, entre la ventaja fiscal que se pretende obtener y el

necesariamente, a los efectos del art. 110.2 LIS, cuando se encuentre una opción que determine un gravamen superior”. Este criterio sería reiterado por la SAN de 9 marzo 2011 (rec. nº 110/2008).

²⁵⁶⁰ Así lo entiende, MARTÍN JIMÉNEZ, A., *op.cit.*, p.90. A este respecto, no puede perderse de vista como, en un primer momento, WEBER, D., “A closer look at the general anti-abuse clause in the Parent-Subsidiary Directive and the Merger-Directive”, *EC Tax Review*, vol.5, nº2, 1996, p.65, llegó a afirmar que la búsqueda y aprovechamiento de forma lícita de un beneficio o ventaja fiscal prevista por el ordenamiento interno vendría a constituir *per se* un motivo económico válido, al resultar una manifestación del derecho de opción del contribuyente, siempre que su uso no se realizase en contra de la finalidad de la propia norma. En contra de este planteamiento, *vid.* GÓMEZ VERDESOTO, M., “Concepto comunitario de fraude o evasión fiscal en relación con las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos y canje de valores (A propósito de la STCJE de 17 de julio de 1997)”, *Impuestos*, nº1, 1999, pp.81-82.

²⁵⁶¹ *Vid.* STJUE de 10 de noviembre de 2011, asunto C-126/10, *Foggia-Sociedade Gestora de Participações Sociais SA v. Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais*, ap.35.

²⁵⁶² *Vid.* STJUE de 10 de noviembre de 2011, asunto C-126/10, *Foggia-Sociedade Gestora de Participações Sociais SA v. Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais*, aps.38-42. A este respecto, nótese como en su sentencia en el asunto *Leur-Bloem* el TJUE también consideró que, si bien la intervención en un canje de valores de una sociedad que no posee una actividad empresarial propia o la creación a través de dicha operación de una estructura societaria determinada para un período limitado, y no de forma duradera, podrían constituir indicios de fraude o de evasión fiscal, la presencia de dichos elementos en sí mismos considerados no resultaba decisiva para calificar la operación en cuestión como abusiva o fraudulenta, pudiendo obedecer ésta a motivos económicos válidos (*vid.* STJUE de 17 de julio de 1997, asunto C-28/95, *Leur-Bloem v. Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*, ap.42).

resto de objetivos de índole no fiscal perseguidos por la operación en cuestión²⁵⁶³. Así, en el caso concreto, el Tribunal entendió que no podía apreciarse la existencia de motivos económicos válidos en una operación de fusión por absorción entre dos sociedades de un mismo grupo en la que, por una parte, la sociedad absorbida no ejercía ninguna actividad en el momento de realización de la operación ni aportaba activo propio a la sociedad absorbente y, por otra parte, la reducción de los gastos administrativos y de gestión derivados de la simplificación de la estructura del grupo resultaba “marginal” en relación con el ahorro fiscal que se pretendía obtener a través del aprovechamiento de las bases imponibles negativas pendientes de compensación existentes en sede de la sociedad absorbida, cuyo importe era elevado y su origen indeterminado²⁵⁶⁴.

²⁵⁶³ A este respecto, el propio Tribunal apuntó que, aun cuando en el marco de una operación de fusión por absorción entre sociedades de un grupo la reducción de gastos administrativos y de gestión podría tener encaje *a priori* en el concepto de motivos económicos válidos, si se admitiese de forma sistemática que dicho ahorro de costes estructurales (el cual resulta inherente a la realización de operaciones de este tipo que necesariamente determinan una simplificación de la estructura del grupo) determina la existencia de motivos económicos válidos sin tener en cuenta el resto de objetivos de la operación en cuestión y, especialmente, las ventajas fiscales perseguidas por la misma, la cláusula anti-abuso prevista en el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva se vería privada completamente de su finalidad consistente en salvaguardar los intereses financieros de los Estados miembros (*vid.* STJUE de 10 de noviembre de 2011, asunto C-126/10, *Foggia-Sociedade Gestora de Participações Sociais SA v. Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais*, aps.47-49). En el ámbito interno, este planteamiento ha sido asumido por la doctrina administrativa de la Dirección General de Tributos, tal y como muestra, por ejemplo, la Consulta Vinculante de 22 de junio de 2018, V1823-18, donde, en el marco de una operación de fusión por absorción, se afirma que el hecho de que la sociedad absorbida disponga de bases imponibles negativas pendientes de compensación y se encuentre prácticamente inactiva no determina por sí mismo la exclusión de la operación del régimen de neutralidad fiscal. No obstante, la DGT matizó que, en la medida en que la operación de fusión en cuestión no parecía redundar positivamente en la actividad desarrollada por la sociedad absorbente, o reforzar y mejorar la situación patrimonial de la entidad resultante de la fusión, podría considerarse que dicha operación tenía como “finalidad preponderante” el aprovechamiento fiscal de las bases imponibles negativas pendientes de compensar generadas en sede de la sociedad absorbida, en cuyo caso los motivos alegados por el contribuyente (centralizar la gestión financiera de las dos compañías en la entidad absorbente y reducir costes en términos de gestión administrativa, contable y fiscal) no se considerarían económicamente válidos a los efectos previstos en el artículo 89.2 de la LIS, por lo que a la operación de fusión planteada le no resultaría de aplicación el régimen previsto en el capítulo VII del título VII de la LIS. De hecho, la propia Administración reconoce que, aun cuando en sí mismos considerados los motivos apuntados podrían ser calificados como económicamente válidos, el hecho de que concurran con una motivación de índole fiscal (a saber, el aprovechamiento de las bases imponibles existentes en sede de la sociedad absorbida), se traducirá en la necesidad de llevar a cabo una ponderación entre los mismos de forma tal que sólo si los motivos económicos (no fiscales) prevalecen sobre la finalidad de obtener una ventaja fiscal sería aplicable el régimen contemplado en el capítulo VII del título VII de la LIS (en una línea similar, podría traerse a colación la Consulta Vinculante de la DGT de 3 de octubre de 2016, V4237-16). A mayor abundamiento, cabría señalar como, incluso antes de que viera la luz la Sentencia del TJUE en el asunto *Foggia*, ya podía apreciarse en la doctrina de la DGT una suerte de ponderación de corte cuantitativo entre los objetivos fiscales y no fiscales de la operación tal y como muestra la Consulta Vinculante de 9 de julio de 2009, V1624-09 donde se afirmaba que “ los ahorros fiscales derivados de la realización de la operación de fusión son inferiores a los ahorros de costes conseguidos en la operación, de lo que se deduce que la operación no persigue obtener una mera ventaja fiscal, por lo que los motivos económicos que impulsan la operación son válidos a efecto de lo previsto en el artículo 96. 2 del TRLIS”.

²⁵⁶⁴ Así, y en respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas, el TJUE respondió que “el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434 debe interpretarse en el sentido de que, en el caso de una operación de fusión entre dos sociedades de un mismo grupo, puede constituir una presunción de que dicha operación no se ha realizado por «motivos económicos válidos» en el sentido de dicha disposición,

A la luz de este razonamiento, parece que la conclusión a la que llegó el TJUE podría haber sido diferente si la ventaja fiscal perseguida no hubiese sido predominante en términos cuantitativos o si se hubiesen invocado otros objetivos/motivos de naturaleza no fiscal al margen del ahorro de costes administrativos y de gestión que ya de por sí resultaba inherente a la simplificación de la estructura del grupo derivada de la operación de fusión en cuestión²⁵⁶⁵. En nuestra opinión, uno de los principales problemas asociados a la adopción en el ámbito de la aplicación del artículo 15.1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE de un enfoque basado en la ponderación cuantitativa y cualitativa entre los objetivos fiscales y no fiscales de la operación de reorganización empresarial en cuestión, residiría en las dificultades para llevar a cabo dicha ponderación de una forma consistente en los diferentes supuestos de hecho, habida cuenta de la diversidad de motivos y objetivos que pueden estar presentes en la operación, muchos de los cuales no presentarán una dimensión estrictamente cuantitativa (*a priori* más fácil de comparar). Asimismo, nótese como, dadas las particularidades del caso que dio origen a la sentencia del TJUE en el asunto *Foggia*, resultaría difícil extraer una regla general en relación con cuál debe ser el resultado de la ponderación entre los objetivos fiscales y no fiscales de la operación que permita denegar la aplicación de las disposiciones de la Directiva, ya que no es lo mismo dejar fuera del régimen de neutralidad fiscal a aquellas operaciones de reorganización empresarial en las que predominen ligeramente los objetivos fiscales que a aquellas en las que los motivos de naturaleza económica, financiera, comercial u organizacional resulten “completamente marginales” en relación con las ventajas fiscales perseguidas.

Ciertamente, la adopción de este enfoque determinaría la concesión de un amplio margen de apreciación a las autoridades tributarias y órganos jurisdiccionales nacionales para determinar cuáles son los motivos predominantes de la operación, lo cual, no sólo tendría un impacto negativo desde la óptica del principio de seguridad jurídica sino que podría terminar por constituir un obstáculo a la aplicación del régimen de neutralidad fiscal configurado por la Directiva 2009/133/CE.

De hecho, a juicio de algunos autores, cuya opinión compartimos, podría defenderse que en el asunto *Foggia* el TJUE no estaría estableciendo un test de ponderación relativa entre los objetivos fiscales de la operación y los motivos de naturaleza económica invocados por el contribuyente sino que, adoptando una posición de corte “sustancialista” que conecta con su doctrina en el asunto *Cadbury*

el hecho de que, en la fecha de la operación de fusión, la sociedad absorbida no ejerza ninguna actividad, no posea ninguna participación financiera y sólo transfiera a la sociedad absorbente pérdidas fiscales de importe elevado y origen indeterminado, aun cuando dicha operación tenga un efecto positivo en términos de ahorro de costes estructurales para dicho grupo. Incumbe al tribunal remitente comprobar, habida cuenta del conjunto de circunstancias que caracterizan el litigio sobre el que debe pronunciarse, si concurren en el marco de dicho litigio los elementos constitutivos de la presunción de fraude o de evasión fiscal en el sentido de dicha disposición” (vid. STJUE de 10 de noviembre de 2011, asunto C-126/10, *Foggia-Sociedade Gestora de Participações Sociais SA v. Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais*, ap.52).

²⁵⁶⁵ En este sentido, vid. CERIONI, L., “Intra-EU Mergers After...”, *op.cit.*, p.378.

*Schweppes*²⁵⁶⁶, más bien estaría tratando de analizar la sustancia de estos últimos con el fin de determinar si en el caso concreto nos encontrábamos ante un auténtico motivo económico válido o, por el contrario, ante un mero “objetivo aparente” que no sólo constituye una consecuencia accesoria a la forma jurídica empleada sino que carece de relevancia cualitativa o cuantitativa para fundamentar o explicar la operación de reorganización empresarial en cuestión, incluso considerando el margen de apreciación discrecional de un empresario diligente. De este modo, la doctrina del TJUE en el asunto *Foggia* (que presenta una particular incidencia en la determinación del alcance y configuración del elemento subjetivo del principio general relativo a la prohibición del abuso de Derecho en el contexto de la Directiva 2009/133/CE), debería entenderse como una aplicación específica de la jurisprudencia derivada de sus sentencias en los asuntos *Halifax*, *Part-Service*, o *Weald Leasing*²⁵⁶⁷ en un contexto fáctico muy particular en el que concurren elementos tales como: a) la existencia de determinados motivos no fiscales que *a priori* tendrían la consideración de “económicamente válidos”; b) la búsqueda de una ventaja fiscal significativa; y c) la presencia de indicios de fraude o evasión fiscal²⁵⁶⁸.

Por tanto, una lectura de la citada sentencia desde esta perspectiva llevaría a concluir que el planteamiento del TJUE pivota sobre la idea de que, en aquellas operaciones en las que existan indicios de artificiosidad, deberá concurrir una motivación o finalidad de naturaleza no fiscal lo suficientemente relevante para excluir la existencia de abuso, de forma tal que, a estos efectos, no sería suficiente la invocación por parte del contribuyente de motivos/efectos inherentes o accesorios a la forma jurídica a través de la cual se instrumenta la operación de reorganización empresarial en cuestión²⁵⁶⁹. Por el contrario, en aquellos supuestos en los que no puedan apreciarse indicios de fraude o evasión fiscal, no cabría exigir una preponderancia cuantitativa y/o cualitativa de los motivos u objetivos de naturaleza no fiscal sobre las ventajas fiscales perseguidas por la operación, si bien parece que, en todo caso, tales motivos de índole económica, financiera, comercial u organizacional no podrán resultar “completamente marginales”²⁵⁷⁰.

²⁵⁶⁶ A este respecto, CERIONI, L., “Intra-EU Mergers After...”, *op.cit.*, pp.378-382, ha apuntado que, habida cuenta de que las operaciones de fusión transfronteriza constituyen modalidades de ejercicio de la libertad de establecimiento, el enfoque de corte cuantitativo esgrimido por el TJUE en el asunto *Foggia* debería interpretarse en relación con los principios establecidos en la sentencia *Cadbury Schweppes*.

²⁵⁶⁷ Vid. SSTJUE de 22 de diciembre de 2010, asunto C-103/09, *Weald Leasing Ltd v. The Commissioners for Her Majesty’s Revenue and Customs*, ap.30; de 21 de febrero de 2008, asunto C-425/06, *Part Service Srl v. Ministero dell’Economia e delle Finanze*, ap.45; y de 21 de febrero de 2006, asunto C-255/02, *Halifax plc y otros, v. Commissioners of Customs & Excise*, aps.74-75 y 81.

²⁵⁶⁸ A este respecto, vid. CALDERÓN CARRERO, J.M., “Una vuelta de...”, *op.cit.*, pp.9 y 22-23; o MARTÍN JIMÉNEZ, A., *op.cit.*, p.93, para quien el elemento determinante de la conclusión a la que llega el TJUE en el asunto *Foggia* residía en los indicios de artificiosidad que concurrían en la operación analizada (tales como el origen indeterminado de las pérdidas susceptibles de compensación existentes en sede de la sociedad absorbida, el carácter inactivo de dicha sociedad, o la inexistencia de activos propios).

²⁵⁶⁹ En este sentido, vid. MARTÍN JIMÉNEZ, A., *op.cit.*, p.93.

²⁵⁷⁰ Así lo entiende, CALDERÓN CARRERO, J.M., “Una vuelta de...”, *op.cit.*, p.30. En una línea similar, vid. MARTÍN JIMÉNEZ, A., *op.cit.*, pp.86-87, quien apunta que “la existencia de una ventaja fiscal intensa allí donde realmente se realiza una operación de reestructuración verdadera, no formal o

Ahora bien, lo cierto es que desde la óptica del principio de seguridad jurídica, y con independencia de la interpretación que defendemos, sería conveniente que el TJUE estableciese de forma clara si la aplicación del test de motivos económicos válidos contemplado en el segundo inciso del artículo 15.1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE se encuentra vinculada a la presencia de indicios de artificiosidad en la operación de reorganización empresarial en cuestión (en línea con los principios que se extraen de la propia jurisprudencia del TJUE en relación con el principio de prohibición de abuso del Derecho de la UE) o si pivota exclusivamente sobre la ponderación entre los objetivos/motivos fiscales y no fiscales perseguidos por la misma. De hecho, algún autor incluso ha llegado a apuntar la conveniencia de que los principios interpretativos derivados de la doctrina del TJUE en relación con la cláusula anti-abuso prevista en la Directiva fuesen codificados y, en la medida de lo posible, clarificados por parte de la Comisión Europea o del ECOFIN a través de diferentes instrumentos de *soft-law* como Comunicaciones o Recomendaciones, con el fin de ayudar a determinar qué tipo de operaciones o estructuras abusivas quedarían cubiertos o excluidos del régimen de neutralidad fiscal configurado por la citada norma comunitaria²⁵⁷¹.

Por último, y en otro orden de cosas, cabría señalar como, en la medida en que el tenor literal del artículo 15.1, apartado a) de la Directiva se limita a hacer referencia a que la ausencia de motivos económicos válidos “puede constituir” (“*may constitute*”, “*peut contituer*”, “*può costituire*”, “*pode constituer*”) una presunción de que operación de reorganización empresarial en cuestión tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal, parece que nos encontramos ante una presunción cuya incorporación (o no) a nivel doméstico quedaría en manos de los Estados miembros, debiendo plasmarse, en su caso, en sus respectivas disposiciones nacionales de implementación de la cláusula anti-abuso contenida en citado precepto de la Directiva 2009/133/CE²⁵⁷².

vacía de contenido, debiera ser irrelevante, por más que la magnitud de la ventaja fiscal supere con creces las ventajas comerciales de la operación”.

²⁵⁷¹ En este sentido, *vid.* CALDERÓN CARRERO, J.M., “Una vuelta de...”, *op.cit.*, p.39.

²⁵⁷² A título de ejemplo cabría señalar como, en un primer momento, el legislador español optó por no incorporar explícitamente la citada presunción a la hora de transponer en el ámbito doméstico el contenido de la cláusula anti-abuso contenida originariamente en el artículo 11.1, apartado a) de la Directiva 90/434/CEE, limitándose el artículo 16.2 de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas a establecer que “cuando como consecuencia de la comprobación administrativa de las operaciones a que se refiere el artículo 1.º, se probara que las mismas se realizaron principalmente con fines de fraude o evasión fiscal, se perderá el derecho al régimen tributario establecido en el presente Título y se procederá por la Administración a la regularización de la situación tributaria de los sujetos pasivos, con las correspondientes sanciones e intereses de demora”. De hecho, la introducción “formal” de la presunción de fraude o evasión fiscal basada en la ausencia de “motivos económicos válidos” se produjo casi una década después a través de la modificación del artículo 110.2 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades operada por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, de forma tal que el citado precepto pasó a tener el siguiente tenor literal: “no se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera

En este sentido, se ha apuntado que, en ausencia de una norma interna que establezca la citada presunción no podría existir una presunción “legal” de fraude o evasión fiscal basada en la no concurrencia de motivos económicos válidos en la operación (puesto que lo contrario supondría una suerte de eficacia directa vertical “inversa” de la Directiva frente a particulares), sin perjuicio de que esta circunstancia pudiese tenerse en cuenta como indicio o presunción “de hecho” de la intención del sujeto pasivo de eludir el impuesto²⁵⁷³. De este modo, se exigiría un mayor esfuerzo probatorio a la Administración tributaria que debería acreditar, en todo caso, que la operación de reorganización empresarial en cuestión se orienta al fraude o a la evasión fiscal, no pudiendo acudir a la presunción basada en la ausencia de motivos económicos válidos²⁵⁷⁴.

En todo caso, debe tenerse presente que nos encontramos ante la configuración de una mera presunción *iuris tantum* que puede ser destruida por el contribuyente²⁵⁷⁵. De hecho, algunos Estados miembros como Bélgica, a la hora de implementar la

finalidad de conseguir una ventaja fiscal (...)” (el subrayado es nuestro). Ahora bien, lo cierto es que, aun cuando de una interpretación del actual artículo 89.2 de la LIS alineada con la Directiva 2009/133/CE y con la jurisprudencia del TJUE pueda sostenerse que en su segundo inciso se recoge efectivamente una presunción de fraude o evasión fiscal basada en la falta de motivos económicos válidos y no una regla autónoma que permita excluir directamente la aplicación del régimen de neutralidad fiscal por la mera ausencia de tales motivos (interpretación sostenida, entre otras, por las SSTS de 21 julio 2014, rec. cas. nº 1871/2013; de 18 de noviembre de 2013, rec. cas. nº 654/12; o de 12 de noviembre de 2012, incluso antes de la reforma introducida por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre), debe reconocerse que la redacción del segundo inciso del citado precepto se aparta del tenor literal del artículo 15.1, apartado a) de la Directiva, aspecto que ha sido criticado por la mayoría de la doctrina (en sentido, *vid.*, PITA GRANDAL, A., ANEIROS PEREIRA, J., *op.cit.*, pp.139-140; SANZ GADEA, E., “Fusiones y operaciones...”, *op.cit.*, p.21; GARCÍA PRATS, A., *op.cit.*, p.203; FALCÓN Y TELLA, R., “La nueva redacción de la cláusula antiabuso en el régimen de fusiones, escisiones y aportaciones de activos: artículo 110.2 LIS”, *Quincena Fiscal*, nº4, 2001, p.6; o PALAO TABOADA, C., “Los motivos económicos...”, *op.cit.*, pp.67 y 89; autores todos ellos contrarios a la tesis “autonomista”).

²⁵⁷³ *Ibid.*, p.66. No obstante, cabría señalar como en España, el Tribunal Supremo tuvo ocasión de reconocer que una interpretación del 110.2 de la Ley 43/1995 acorde con la Directiva 90/434/CEE y con la jurisprudencia del TJUE ya permitía aplicar la presunción de fraude o evasión fiscal basada en la falta de motivos económicos válidos incluso con anterioridad a la reforma operada por la Ley 14/2000 antes citada (*vid.*, entre otras, las SSTS de 21 julio 2014, rec. cas. nº 1871/2013; de 18 de noviembre de 2013, rec. cas. nº 654/12; de 12 de noviembre de 2012, rec. cas. nº 4299/10; o de 8 de marzo de 2012, rec. cas. nº 3777/08).

²⁵⁷⁴ A este respecto, no puede perderse de vista como la sentencia del TJUE en el asunto *Leur-Bloem* había afirmado que “a falta de disposiciones comunitarias más precisas relativas a la aplicación de la presunción prevista en la letra a) del apartado 1 del artículo 11, corresponde a los Estados miembros determinar, respetando el principio de proporcionalidad, las modalidades necesarias al objeto de aplicar esta disposición” (*vid.* STJUE de 17 de julio de 1997, asunto C-28/95, *Leur-Bloem v. Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*, ap.43. Esta idea sería reiterada por la STJUE de 8 de marzo de 2017, asunto C-14/16, *Euro Park Service v. Ministre des Finances et des Comptes publics*, ap.24). Sin embargo, a juicio de BOTELLA GARCÍA-LASTRA, C., *op.cit.*, p.21, incluso en aquellos supuestos en los que el Estado miembro en cuestión no hubiese implementado de forma específica la citada presunción “si se prueba la inexistencia de motivación económica válida en una operación concreta, no hay que probar adicionalmente la existencia de fraude o abuso”.

²⁵⁷⁵ En este sentido, *vid.* CALVO VÉRGEZ, J., *op.cit.*, p.46; CALDERÓN CARRERO, J.M., “Una vuelta de...”, *op.cit.*, p.24; HOENJET, F., *op.cit.*, p.213; o WEBER, D., “A closer look...”, *op.cit.*, p.67. En contra de esta planteamiento, se había mostrado en su momento RÄDLER, A.J., *op.cit.*, p.313, quien, sobre la base de la versión en alemán del actual artículo 15.1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE, entendía que la presunción contenida en el citado precepto no admitía prueba en contrario por parte del contribuyente.

cláusula anti-abuso prevista en el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva, recogieron explícitamente que la falta de motivos económicos válidos en la operación “permite presumir, salvo prueba en contrario, que la operación tiene como objetivo principal o como uno de sus objetivos principales el fraude o la evasión fiscal”²⁵⁷⁶ (el subrayado es nuestro).

Ciertamente, y aun cuando el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva no se refiere específicamente a la cuestión relativa a la carga de la prueba, parece que una interpretación de dicho precepto coherente con su estructura y con la jurisprudencia del TJUE²⁵⁷⁷, nos llevaría a afirmar que serán las autoridades tributarias las que, sobre la base de un análisis global de todos los hechos y circunstancias que concurren en el caso concreto, tengan que probar que la operación transfronteriza de reorganización empresarial en cuestión se orienta al fraude o a la evasión fiscal²⁵⁷⁸, para lo cual podrán acudir a la presunción basada en la ausencia de motivos económicos válidos (esto es, la acreditación por parte de la Administración de la no concurrencia de motivos económicos válidos daría lugar a la aplicación de la citada presunción sin que tuviese que probar con carácter adicional la existencia de fraude o abuso²⁵⁷⁹). Una vez acreditado este extremo, será el contribuyente quien, a través de todos los medios admitidos en Derecho que se encuentren a su alcance y sin estar sujeto a restricciones administrativas excesivas²⁵⁸⁰, deba destruir dicha presunción mediante la prueba de la

²⁵⁷⁶ Vid. artículo 183 bis del *Code des impôts sur les revenus* 1992. En relación con este precepto, cabría señalar como las sentencias de la Corte de Casación de 13 de diciembre de 2007 y del Tribunal de Apelación de Gante de 27 de enero de 2009, establecieron en su momento que era la Administración tributaria la que debía soportar la carga de la prueba en relación con la ausencia de motivos económicos válidos (vid. PIERON, A., “The Belgian motive test and its application to reorganisations”, *International Tax Review*, March 2012, p.80).

²⁵⁷⁷ A este respecto, nótese como en la STJUE de 8 de marzo de 2017, asunto C-14/16, *Euro Park Service v. Ministre des Finances et des Comptes publics*, ap.56, el Tribunal ya tuvo la ocasión de declarar la incompatibilidad con el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva de una norma doméstica que, de forma sistemática e incondicional, supeditaba la aplicación de la regla de diferimiento a que el contribuyente acreditase que la operación de reorganización empresarial en cuestión estaba justificada por un motivo económico y que no tenía como objetivo principal o como uno de sus objetivos principales el fraude o la evasión fiscales sin que, por su parte, la Administración tributaria estuviese obligada “a aportar al menos un principio de prueba de la falta de motivos económicos válidos o de indicios de fraude o evasión fiscales”. Por otra parte, aunque dentro del ámbito de los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, también podría traerse a colación la STJUE de 9 de julio de 2009, asunto C-397/07, *Comisión de las Comunidades Europeas v. España*, donde el Tribunal afirmó que los Estados miembros no podrán adoptar disposiciones anti-abuso basadas en una sospecha general de fraude sino que éstas “únicamente pueden adoptarse caso por caso, para hacer frente a montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica y realizados con el objetivo de eludir el impuesto normalmente exigible (...). Se entiende que, en tales supuestos, la carga de la prueba del carácter fraudulento o artificial de la operación de que se trate recae sobre las autoridades nacionales” (el subrayado es nuestro).

²⁵⁷⁸ Vid. MEUSSEN, G., “Burden of proof and European tax law”, en MEUSSEN, G. (ed.), *The Burden of Proof in Tax Law*, EATLP Internacional Tax Series, vol.10, 2011, IBFD, Amsterdam, 2013, pp.35-36; o VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, op.cit., p.293.

²⁵⁷⁹ Ahora bien, y tal y como apuntan CALDERÓN CARRERO, J.M., MARTÍN JIMÉNEZ, A., *Derecho Tributario de...*, op.cit., pp.344-345, la Administración tributaria no podrá limitarse a excluir la aplicación de las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE “invocando presunciones de fraude o evasión fiscal desconectadas de los hechos, ni tampoco argumentando que el contribuyente no ha probado los propósitos no fiscales de la operación”.

²⁵⁸⁰ Vid. SSTJUE de 31 de mayo de 2018, asunto C-382/16, *Hornbach-Baumarkt AG v. Finanzamt Landau*, ap.49; de 21 de enero de 2010, asunto C-311/08, *Société de Gestion Industrielle SA (SGI) v.*

presencia de motivos económicos válidos en la operación de que se trate al margen de los estrictamente fiscales²⁵⁸¹. En este sentido, coincidimos con aquellos autores que apuntan que la persecución de una ventaja fiscal “extrínseca” que resulte compatible con la finalidad de la Directiva podría incluso admitirse como un elemento de prueba contrario al fraude o a la evasión fiscal²⁵⁸².

En definitiva, podría afirmarse que, a los efectos de la aplicación de la cláusula anti-abuso de la Directiva Fiscal de Fusiones, no nos encontramos ante una inversión de la carga de la prueba sino que ésta será compartida entre el contribuyente y las autoridades tributarias nacionales²⁵⁸³.

Asimismo, y desde la perspectiva inversa, conviene señalar como, partiendo del tenor literal del artículo 15.1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE, el hecho de que en la operación de reorganización empresarial en cuestión puedan apreciarse determinados motivos económicos válidos no vendría a excluir *per se* la posibilidad de que los Estados miembros puedan denegar la aplicación del régimen de neutralidad fiscal habida cuenta de que la operación podría tener como uno de sus objetivos principales el fraude o la evasión fiscal²⁵⁸⁴. De este modo, y tal y como pareció reconocer el TJUE en el asunto *Modehuis A. Zwijnenburg BV*, la presencia de motivos económicos válidos simplemente vendría desvirtuar la presunción de fraude o evasión fiscal²⁵⁸⁵. Sin embargo, también pueden encontrarse voces entre la doctrina que entienden que una interpretación del citado precepto a la luz de las sentencias del TJUE en los asuntos *Leur-Bloem* y *Kofoed* parecería excluir la aplicación de la cláusula

Bélgica, ap.71; o de 13 de marzo de 2007, asunto C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation v. Commissioners of Inland Revenue*, ap.82.

²⁵⁸¹ En este sentido, *vid.* GARCÍA PRATS, A., *op.cit.*, pp.203-204. En una línea similar, PITA GRANDAL, A., ANEIROS PEREIRA, J., *op.cit.*, pp.138-139, ha señalado que el sujeto pasivo simplemente tiene que demostrar los hechos que justifican la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a la operación de reorganización empresarial en cuestión, sin que en ningún caso, “pueda exigirse la prueba de que la operación no se destinaba al fraude o a la evasión fiscal (prueba diabólica) por resultar la prueba negativa totalmente desproporcionada y colocar al sujeto pasivo en una situación de indefensión”. Este criterio es el seguido por la Administración tributaria danesa una vez que se ha activado la presunción de fraude o evasión fiscal por ausencia de motivos económicos válidos (sobre esta cuestión, *vid.* BOLANDER, J., NIELSEN, J.G., “Denmark”, en MEUSSEN, G. (ed.), *The Burden of Proof in Tax Law*, EATLP International Tax Series, vol.10, IBFD, Amsterdam, 2013, p.98).

²⁵⁸² *Vid.* CALDERÓN CARRERO, J.M., “Una vuelta de...”, *op.cit.*, pp.13 y 27; y, en la misma línea, VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.294.

²⁵⁸³ En este sentido, *vid.* CALDERÓN CARRERO, J.M., “Una vuelta de...”, *op.cit.*, p.35.

²⁵⁸⁴ En este sentido, *vid.* PITA GRANDAL, A., ANEIROS PEREIRA, J., *op.cit.*, p.135; TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., *European Tax Law*, *op.cit.*, pp.693-694; VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.293; MÁRQUEZ MÁRQUEZ, A., *op.cit.*, p.41; o GARCÍA PRATS, A., *op.cit.*, p.200, quien, refiriéndose a la jurisprudencia del TJUE en el asunto *Leur-Bloem*, afirma en tono crítico que “el TJCE considera, de *motu proprio*, con el fin de salvar el objetivo de la Directiva, que en la medida en que en el caso objeto de enjuiciamiento existen motivos económicos válidos no puede aplicarse una medida general -anti-abuso- que elimine las ventajas fiscales previstas por la Directiva. Esto es, la existencia de motivos económicos válidos impide apreciar fraude o evasión fiscal. De este modo, lo que aparece como una presunción en la Directiva se convierte, por mor de la acción del TJCE, en un elemento negativo definidor del fraude o la evasión fiscal”.

²⁵⁸⁵ *Vid.* STJUE de 20 de mayo de 2010, asunto C 352/08, *Modehuis A. Zwijnenburg BV v. Staatssecretaris van Financiën*, ap.47.

prevista en el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE cuando se pruebe la existencia de motivos económicos válidos²⁵⁸⁶.

2.4. La necesidad de llevar a cabo un análisis caso por caso de la operación de reorganización empresarial en cuestión

Tal y como ya hemos tenido ocasión de señalar en anteriores epígrafes de este trabajo, la idea fundamental que subyace en la configuración de la cláusula anti-abuso prevista en el apartado a) del artículo 15.1 de la Directiva 2009/133/CE pivota sobre la necesidad de evitar que operaciones transfronterizas de fusión, escisión (total o parcial), aportación de activos, canje de valores o traslado del domicilio social de la SE o SCE cuyo principal objetivo o uno de sus principales objetivos sea el fraude o la evasión fiscal puedan beneficiarse de las disposiciones previstas en el citada norma comunitaria.

Pues bien, a este respecto, debe tenerse presente la existencia de un reiterada doctrina del TJUE en virtud de la cual para comprobar si una operación de reorganización empresarial cubierta por el ámbito de aplicación de la Directiva tiene como objetivo principal o como uno de sus objetivos principales el fraude o la evasión fiscal (y, por ende, resulta de aplicación la cláusula contenida en su artículo 15.1, apartado a) se exige que las autoridades tributarias nacionales competentes lleven a cabo, caso por caso, un examen global de la misma (que deberá ser susceptible de control jurisdiccional), no pudiendo limitarse a aplicar criterios generales predeterminados²⁵⁸⁷. De hecho, el propio Tribunal ha tenido ocasión de señalar que el establecimiento por parte de los Estados miembros de normas de alcance general que i) denieguen de forma automática la aplicación de las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE a determinadas categorías de operaciones sin tener en cuenta si se ha producido o no efectivamente la evasión o el fraude fiscal o ii) incluyan una mera posibilidad de excepción cuya aplicación por parte de la Administración fuera facultativa, no sólo excedería de lo necesario para evitar dicho fraude o evasión fiscal sino que iría en detrimento del objetivo perseguido por la propia norma comunitaria²⁵⁸⁸.

²⁵⁸⁶ Vid. RUIZ ALMENDRAL, V., “¿Tiene futuro el...”, *op.cit.*, p.29; o CALDERÓN CARRERO, J.M., “Una vuelta de...”, *op.cit.*, p.20, quien apunta que la cláusula prevista en el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva pivota sobre el elemento subjetivo del abuso como mecanismo para excluir operaciones artificiosas y sin sustancia económica. En una línea similar, *vid.* PETROSOVIC, K., *op.cit.*, p.562; ERNST&YOUNG, *op.cit.*, p.17; o WEBER, D., “A closer look...”, *op.cit.*, p.65.

²⁵⁸⁷ Vid. SSTJUE de 10 de noviembre de 2011, asunto C-126/10, *Foggia-Sociedade Gestora de Participações Sociais SA v. Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais*, ap.37; de 20 de mayo de 2010, asunto C-352/08, *Zwijnenburg*, ap.44; de 11 de diciembre de 2008, asunto C-285/07, *A.T.*, ap.31; y de 17 de julio de 1997, asunto C-28/95, *Leur-Bloem v. Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*, ap.41.

²⁵⁸⁸ Vid. SSTJUE de 8 de marzo de 2017, asunto C-14/16, *Euro Park Service v. Ministre des Finances et des Comptes publics*, ap.55; de 10 de noviembre de 2011, asunto C-126/10, *Foggia-Sociedade Gestora de Participações Sociais SA v. Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais*, ap.37; y de 17 de julio de 1997, asunto C-28/95, *Leur-Bloem v. Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*, ap.44.

En relación con esta cuestión, se ha venido planteando la compatibilidad con la Directiva de aquellas legislaciones nacionales que, con el objetivo de evitar comportamientos abusivos por parte de los contribuyentes, establecen condiciones o requisitos adicionales de naturaleza material y de tipología diversa para la aplicación de las disposiciones contenidas en la misma.

A este respecto, podría traerse a colación el caso de aquellos Estados miembros cuyas legislaciones fiscales domésticas establecen en el marco de operaciones de aportación de activos (aunque, en algunos casos, también tratándose de escisiones o canjes de valores) la obligación de conservar los títulos de la sociedad beneficiaria o dominante recibidos en contrapartida durante un periodo de tiempo que oscila entre los tres y siete años con posterioridad a la realización de la operación de reorganización empresarial en cuestión, siendo la consecuencia generalmente asociada al incumplimiento del citado requisito la denegación de los beneficios previstos en la Directiva 2009/133/CE de forma retroactiva. Dentro de este grupo de Estados podemos encontrar a Alemania²⁵⁸⁹, Dinamarca²⁵⁹⁰, Irlanda²⁵⁹¹, o Países Bajos²⁵⁹², habiendo abandonado Francia dicho grupo en el año 2018²⁵⁹³.

²⁵⁸⁹ En Alemania, tratándose de operaciones de escisión, se establece un periodo mínimo de tenencia de cinco años de forma tal que, si antes del transcurso de dicho plazo se transmiten a un tercero participaciones que representen más de un 20% del valor de la participación original en la sociedad transmitente, se denegará de forma retroactiva la aplicación del régimen de neutralidad fiscal. Por otra parte, y tratándose de aportaciones de activos, la obligación de mantenimiento de los títulos recibidos en contrapartida de la sociedad beneficiaria se extiende hasta los siete años. En estos casos, y antes del 31 de mayo de cada año, el contribuyente deberá probar ante las autoridades tributarias que dichos títulos no han sido transmitidos durante el ejercicio anterior, puesto que de lo contrario se procederá al gravamen de la plusvalía puesta de manifiesto en la operación con carácter retroactivo y de forma proporcional al número de años (hasta siete) que hubiesen transcurrido entre la realización de dicha operación y la transmisión a un tercero de los títulos (esto es, por cada año en el que se cumpla el citado requisito de mantenimiento de los títulos tras la realización de la operación se reducirá en una séptima parte la plusvalía que puede ser objeto de gravamen de forma retroactiva). Sobre esta cuestión, *vid.* KPMG, “Germany”, *Taxation of cross-border mergers and acquisitions. 2018 Edition*, 2018, pp.325-326. El documento resulta accesible a través del siguiente enlace <https://home.kpmg/xx/en/home/insights/2018/04/taxation-of-cross-border-mergers-and-acquisitions-2017.html>

²⁵⁹⁰ En Dinamarca, la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a las operaciones de escisión y aportación de activos (sin necesidad de autorización por parte de la Administración tributaria) queda condicionada a la conservación de los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria durante un periodo mínimo de tres años (*vid.* KPMG, “Denmark”, *Taxation of cross-border mergers and acquisitions. 2018 Edition*, 2018, p.285).

²⁵⁹¹ En Irlanda, la sección 631(4)(a) de la *Taxes Consolidation Act, 1997* establece un periodo de tenencia mínima de seis años en relación con los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria en el marco de operaciones de aportación de activos. De este modo, el incumplimiento de la citada obligación por parte de la sociedad transmitente determinará que el cálculo de la plusvalía derivada de la enajenación de los títulos de la sociedad beneficiaria a efectos del *capital gains tax* se realice tomando como referencia para determinar el coste de los títulos transmitidos el valor fiscal de los activos transmitidos en la operación de aportación de activos (que coincidirá con su coste de adquisición). Por el contrario, si la venta de los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria se realiza pasados seis años desde la operación de aportación de activos, la sección 631(4)(b) permite que, a los efectos del cálculo de la plusvalía, se tome como coste de dichos títulos el valor de mercado de los activos transmitidos en el marco de la operación de aportación de activos. Sobre esta cuestión, *vid.* IRISH TAX AND CUSTOMS, *Notes for Guidance – Taxes Consolidation Act 1997 – Finance Act 2018 Edition - Part 21*, p.3 (el documento resulta accesible a

La introducción de este requisito por parte de los citados Estados se orienta a evitar, o al menos dificultar, que pueda eludirse el pago del impuesto correspondiente a una venta de activos a cambio de efectivo a través de la realización de operaciones de reorganización empresarial de naturaleza artificial acogidas al régimen de neutralidad fiscal (p.ej. aportaciones de rama de actividad o escisiones) seguidas de una rápida transmisión a un tercero (exenta en virtud de la aplicación de un sistema de *participation exemption*) de los títulos de la sociedad beneficiaria recibidos en contrapartida²⁵⁹⁴. Ciertamente, en este tipo de supuestos el resultado final sería que los activos se habrían transmitido a un tercero sin que fuesen objeto de gravamen ni las posibles plusvalías asociadas a los mismos (las cuales se beneficiarían de la aplicación de la regla de diferimiento), ni las derivadas de la venta de los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria.

A este respecto, cabría señalar como en las Actas del Consejo que acompañaron la aprobación de la Directiva 90/434/CEE se incorporó una declaración específica relativa a su artículo 11.1 donde el hecho de que a una aportación de activos o a un canje de valores le siguiese una rápida enajenación de los títulos recibidos en

través del enlace <https://www.revenue.ie/en/tax-professionals/documents/notes-for-guidance/tca/part21.pdf>); y FEENEY, M., *op.cit.*, p.1302.

²⁵⁹² En Países Bajos, tratándose de operaciones de aportación de activos, la transmisión a un tercero de los títulos de la sociedad beneficiaria recibidos en contrapartida antes del transcurso de un periodo de tres años desde el momento de realización de la operación determina el surgimiento de una presunción *iuris tantum* de que dicha operación no se llevó a cabo por motivos económicos válidos. Sobre esta cuestión, *vid.* KPMG, “The Netherlands”, *Taxation of cross-border mergers and acquisitions. 2018 Edition*, 2018, p.416; y MEUSSEN, G, *op.cit.*, p.36.

²⁵⁹³ En relación con el caso de Francia, cabría señalar como, hasta la reforma operada por la *LOI n° 2017-1775 du 28 décembre 2017 de finances rectificative pour 2017* (con efectos a partir del 1 de enero de 2018), la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a las operaciones de escisión y de aportación de rama de actividad quedaba supeditada al mantenimiento por parte de los socios de la sociedad transmitente (escisiones) o de la propia sociedad transmitente (aportación de rama de actividad) de los títulos de la/s sociedad/es beneficiaria/s recibidos en contrapartida durante un periodo mínimo de tres años (*vid.* artículos 210 B y 210 B *bis* del *Code Général des Impôts* en su redacción anterior a la entrada en vigor de la citada ley). Por lo que respecta a las consecuencias derivadas de un posible incumplimiento de este requisito cabría señalar como éstas diferían en función de si nos encontrábamos ante una operación de aportación de rama de actividad, caso en el que la aplicación del régimen de neutralidad fiscal quedaba sin efectos con carácter retroactivo, o ante una operación de escisión, supuesto en el que únicamente se imponía un multa a los socios obligados al deber de conservación de los títulos calculada como un porcentaje sobre el valor real de los títulos atribuidos en el momento de la escisión y de la que eran solidariamente responsables las sociedades beneficiarias de las aportaciones en proporción a los títulos entregados en contrapartida. Por otra parte, nótese como en aquellos supuestos en los que la sociedad transmitente (aportación de activos) o sus socios (escisiones) no asumían desde un primer momento el compromiso de mantenimiento de los títulos recibidos en contrapartida de la sociedad beneficiaria por un periodo de tres años, la aplicación del régimen de neutralidad fiscal quedaba condicionada a la obtención de una autorización previa (*agrément*) por parte de las autoridades tributarias. Sobre esta cuestión, *vid.* SERLOOTEN, P., *op.cit.*, p.520; o GINTER, E., *op.cit.*, p.175.

²⁵⁹⁴ En este sentido, *vid.* BOLANDER, J., NIELSEN, J.G., *op.cit.*, pp.97-99; ENGLISCH, J., *op.cit.*, p.343; SCHELPE, D., “The Denkavit-Vitic-Voormeer case”, *EC Tax Review*, vol.6, nº1, 1997, p.21; o SANZ GADEA, E., “Fusiones y operaciones...”, *op.cit.*, p.20, quien apunta que, en el ámbito de las operaciones de canje de valores, también podría tener cierto sentido la introducción de un periodo mínimo de tenencia con el fin de evitar la transmisión sin tributación de los títulos de la sociedad adquirida a un tercero, lo cual podría suceder “cuando el régimen fiscal de la entidad adquirente eximiera las plusvalías de cartera de valores o el valor fiscal de los valores recibidos fuera el normal de mercado en el momento del canje”.

contrapartida se configuraba como uno de los paradigmas de uso abusivo de la Directiva que permitía la entrada en juego de la cláusula anti-abuso contenida en el citado precepto²⁵⁹⁵. Sin embargo, y en relación con esta cuestión, conviene apuntar que el legislador comunitario optó por no incorporar en el articulado de la Directiva Fiscal de Fusiones una cláusula anti-abuso específica similar a la prevista en el artículo 3.2, apartado b) de la Directiva Matriz-Filial²⁵⁹⁶, cuya finalidad se orienta a evitar comportamientos abusivos consistentes en la adquisición o suscripción de títulos representativos del capital social de una sociedad con el objetivo principal de poder beneficiarse del tratamiento fiscal previsto en la citada norma comunitaria para las distribuciones transfronterizas de dividendos, de forma tal que, una vez realizado el reparto de resultados, se procede a la rápida venta de los títulos previamente adquiridos o suscritos²⁵⁹⁷.

²⁵⁹⁵ Vid. Declaración 9 (a), Documento del Consejo nº 7384/90, de 9 de julio de 1990, p.4 (vid. VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, op.cit., p.285). No obstante, algún autor como BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, op.cit., pp.284-285, partiendo de lo establecido en el Considerando nº 7 de la Directiva 2009/133/CE, se ha planteado la aplicabilidad de la cláusula anti-abuso en este tipo de supuestos en los que únicamente se obtenga el diferimiento en el tiempo del gravamen de unas determinadas plusvalías sin que se produzca una pérdida definitiva de los derechos impositivos del Estado miembro de la sociedad transmitente sobre las mismas. A este respecto, nótese que, en el caso de una aportación de activos acogida al régimen de neutralidad fiscal seguida de una rápida transmisión (exenta) de los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria, más que ante una pérdida definitiva de los derechos de gravamen del Estado miembro de la sociedad transmitente, nos encontraríamos ante un diferimiento “indebido” de las posibles plusvalías asociadas a los elementos patrimoniales transmitidos, los cuales, en todo caso, quedaría efectivamente vinculados a un establecimiento permanente localizado en el Estado miembro de la sociedad transmitente y en relación con los cuales operaría el principio del mantenimiento del valor fiscal previsto en el artículo 4.4 de la Directiva.

²⁵⁹⁶ El citado precepto contempla la posibilidad de que los Estados miembros puedan no aplicar las disposiciones de la Directiva Matriz-Filial “a aquellas de sus sociedades que no conserven, durante un período ininterrumpido de por lo menos dos años, una participación que dé derecho a la calidad de sociedad matriz, ni a las sociedades en las cuales una sociedad de otro Estado miembro no conserve, durante un período ininterrumpido de por lo menos dos años, una participación semejante”.

²⁵⁹⁷ Vid. STJUE de 17 de octubre de 1996, asuntos C-283/94 (*Denkavit Internationaal BV*), C-291/94 (*VITIC Amsterdam BV*) y C-292/94 (*Voormeer BV*), ap.31. Sobre esta cuestión, vid. SCHELPE, D., op.cit., p.17; o WEBER, D., “The first steps...”, op.cit., p.25. La compatibilidad de esta cláusula anti-abuso con el Derecho de la UE ha sido puesta en entredicho en la medida en que parece identificar una situación de falta de continuidad o estabilidad de la participación de la matriz en su filial con una suerte de presunción de abuso que no puede ser destruida por el contribuyente mediante prueba de que el mantenimiento de la participación por un periodo inferior a los dos años se debe a circunstancias imprevistas fuera de su control, ni probando que la participación fue adquirida en su momento con la intención de mantener una vinculación estable con la filial. A este respecto, no puede perderse de vista como, en el ámbito del IVA, la STJUE de 22 de mayo de 2008, asunto C-162/07, *Ampliscientifica Srl y Amplifin SpA v. Ministero dell'Economia e delle Finanze y Agenzia delle Entrate*, estableció que “una normativa nacional que se limite a dispensar un trato distinto a los sujetos pasivos que opten por un régimen de declaración y de pago simplificados del IVA en función de que la entidad o sociedad matriz posea más del 50 % de las acciones o participaciones de las personas subordinadas desde, como mínimo, el comienzo del año natural anterior al de la declaración, o, por el contrario, no cumpla tales condiciones más que con posterioridad a la citada fecha”, no resulta contraria a los principios de neutralidad fiscal, abuso de derecho y proporcionalidad (aps.24-32). Sin embargo, para MAISTO, G., “Current issues on...”, op.cit., p.14, esta jurisprudencia no resulta aplicable al ámbito de la Directiva Matriz-Filial habida cuenta de que la normativa italiana en materia de IVA analizada por el TJUE en la citada sentencia sólo presentaba consecuencias de naturaleza financiera, a diferencia de lo que sucede con la normativa que implementa la Directiva Matriz-Filial.

A nuestro juicio, el establecimiento de un periodo mínimo de tenencia de los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria en el marco de determinadas operaciones reorganización empresarial cubiertas por el ámbito de aplicación de la Directiva cuyo incumplimiento determinase la no aplicación de las disposiciones contenidas en la citada norma de Derecho de la UE no sólo supone un obstáculo a su realización (especialmente cuando dicho deber de conservación presenta una duración considerable²⁵⁹⁸) sino que vendría a operar como una suerte de presunción general de fraude o evasión fiscal y, por ende, no resultaría compatible con la jurisprudencia del TJUE relativa a la necesidad de que las autoridades tributarias nacionales competentes lleven a cabo un análisis caso por caso de la operación de reorganización empresarial en cuestión para determinar si ésta tiene como objetivo principal o como uno de sus objetivos principales el fraude o la evasión fiscal²⁵⁹⁹. En este sentido, cabría señalar como en la sentencia del TJUE en el asunto *Euro Park Service* el Tribunal ya tuvo ocasión de afirmar que “de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, al transponer el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434, los Estados miembros no pueden recurrir a una presunción general de fraude o evasión fiscales”²⁶⁰⁰.

Mayores dudas plantearían, no obstante, aquellos supuestos en los que la normativa doméstica del Estado miembro en cuestión otorgase al contribuyente la posibilidad de probar la existencia de motivos económicos válidos en la operación, ya fuera en el marco de un procedimiento de autorización ante la Administración tributaria que permitiera excepcionar el requisito general relativo al mantenimiento de los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria²⁶⁰¹ o bien ante un posible incumplimiento del

²⁵⁹⁸ A este respecto, incluso se ha llegado a apuntar que el establecimiento de periodos mínimos de tenencia particularmente largos (p.ej. 5 o 7 años) resultaría difícil de justificar sobre la base de la prevención de comportamientos abusivos por parte de los contribuyentes (*vid.* EUROPEAN COMMISSION, “Company taxation in the internal market”, *Commission Staff Working Paper*, SEC (2001) 1681, p.253).

²⁵⁹⁹ En esta misma línea, *vid.* ENGLISCH, J., *op.cit.*, pp.343-344; CHADEFaux, M., *op.cit.*, p.227; VAN DEN BRANDE, E., *op.cit.*, p.127; DIBOUT, P., *op.cit.*, p.999; HAMAEEKERS, H., *op.cit.*, p.14; o SANZ GADEA, E., “Fusiones y operaciones...”, *op.cit.*, pp.20-21, quien, no obstante, apunta que la introducción de un periodo de tenencia mínima en el ámbito de las operaciones de canje de valores podría tener “una cierta justificación” al entender que el origen de la fricción entre las normas domésticas que establecen tal requisito y la Directiva reside en los sistemas de *participation exemption* contemplados en las legislaciones domésticas de algunos Estados miembros por cuanto “procuran la exención de plusvalías obtenidas en la transmisión de carteras de valores que no se corresponden con rentas gravadas en la sociedad participada o que prescinden del importe del impuesto que tales rentas han soportado”.

²⁶⁰⁰ *Vid.* STJUE de 8 de marzo de 2017, asunto C-14/16, *Euro Park Service v. Ministre des Finances et des Comptes publics*, ap.54.

²⁶⁰¹ A favor de la compatibilidad de este tipo de sistemas con la jurisprudencia derivada de la STJUE en el asunto *Leur-Bloem*, *vid.* HOENJET, F., *op.cit.*, p.214. En este sentido, debe tenerse presente que, si bien es cierto que la doctrina del TJUE en su sentencia en el asunto *Euro Park Service* se ha mostrado contraria a la implementación por parte de los Estados miembros de normas que, de forma sistemática e incondicional, supeditan la aplicación del sistema de diferimiento del gravamen de las plusvalías previsto en la Directiva a la obtención de una autorización previa cuya concesión por parte de las autoridades tributarias competentes exige “que el contribuyente acredite que la operación en cuestión está justificada por un motivo económico y que no tiene como objetivo principal o como uno de sus objetivos principales el fraude o la evasión fiscales, sin que la Administración esté obligada a aportar al menos un principio de prueba de la falta de motivos económicos válidos o de indicios de fraude o evasión fiscales” (*vid.* STJUE de 8 de marzo de 2017, asunto C-14/16, *Euro Park Service v. Ministre des Finances et des Comptes publics*, ap.56.) no lo es menos que, por una parte, en el supuesto analizado no estaríamos ante una

citado requisito (de forma tal que dicho incumplimiento no determinase automáticamente la denegación de la aplicación del régimen de neutralidad fiscal con carácter retroactivo)²⁶⁰².

Ahora bien, lo cierto es que, en todo caso, la introducción de un periodo mínimo de tenencia de los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria presenta un difícil encaje con la finalidad última perseguida por la Directiva 2009/133/CE y plasmada en su Considerando nº 2. En este sentido, debe tenerse presente que la idea que subyace tras la configuración del propio régimen de neutralidad fiscal pivota sobre la aplicación de las disposiciones contenidas en la Directiva como una consecuencia inherente a la realización de las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial cubiertas por su ámbito de aplicación y en las que se verifique el cumplimiento de los requisitos establecidos por la norma a tal efecto, salvo en aquellos supuestos en los que pueda probarse que dichas operaciones tienen como principal objetivo o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal.

De hecho, cabría señalar como, en relación a la Propuesta de modificación de la Directiva Fiscal de Fusiones presentada en el año 2003 y con el fin de evitar posibles abusos derivados de una rápida transmisión de los títulos de la sociedad beneficiaria o dominante recibidos en contrapartida por parte de los socios de la sociedad transmitente o dominada, el Parlamento Europeo ya se mostró partidario de introducir en el artículo 8 de la Directiva 90/434/CEE un nuevo apartado (11 *bis*) en virtud del cual se establecía un periodo mínimo de tenencia de un año, ampliable a dos años por parte de los Estados miembros²⁶⁰³. Son embargo, dicha propuesta no fue finalmente incorporada al texto de la Directiva 2005/19/CE.

exigencia generalizada de autorización previa por parte de la Administración tributaria (pues ésta sólo entraría en juego ante el posible incumplimiento del periodo mínimo de tenencia) y, por otra parte, la rápida transmisión de los títulos de la sociedad beneficiaria recibidos en contrapartida puede configurarse en sí misma como un indicio de evasión fiscal.

²⁶⁰² En este sentido, podría traerse a colación la opinión de SEER, R., “Germany”, en MEUSSEN, G. (ed.), *The Burden of Proof in Tax Law*, EATLP Internacional Tax Series, vol.10, IBFD, Amsterdam, 2013, p.135, quien apunta que, desde la óptica de la jurisprudencia del TJUE, el problema no residiría tanto en el establecimiento de un periodo de tenencia mínima sino en el hecho de que la legislación del Estado miembro en cuestión no diese al contribuyente la oportunidad de probar que la operación perseguía motivos económicos válidos, limitándose a denegar la aplicación de las disposiciones de la Directiva como una consecuencia “automática” del incumplimiento del citado requisito. En una línea similar, nótese como en el documento de trabajo elaborado por los servicios de la Comisión Europea en el año 2001 bajo el título “Fiscalidad empresarial en el mercado interior” ya se llamaba la atención acerca de la falta de coherencia o consistencia con la Directiva de aquellas normas nacionales que denegaban de forma generalizada la aplicación de las disposiciones de la Directiva cuando los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria eran enajenados antes del transcurso de un plazo determinado sin darle a los contribuyentes la oportunidad de probar que tal enajenación no resultaba de una naturaleza abusiva (vid. EUROPEAN COMMISSION, “Company taxation in the internal market”, *Commission Staff Working Paper*, SEC (2001) 1681, p.253).

²⁶⁰³ Vid. PARLAMENTO EUROPEO, *Informe del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 90/434/CEE, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros*, COM(2003) 613 final, A5-0121/2004, de 26 de febrero de 2004, p.7.

Asimismo, conviene recordar que, invocando el respecto al principio de proporcionalidad que se exige a los Estados miembros a la hora de implementar lo dispuesto en el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE²⁶⁰⁴, el TJUE ya tuvo ocasión de declarar en el asunto *Leur-Bloem* la incompatibilidad con la Directiva de una normativa doméstica que, en relación con las operaciones de canje de valores, excluía de forma automática la aplicación del régimen de neutralidad fiscal en aquellos supuestos en los que la sociedad dominante no ejerciese por sí misma una actividad empresarial o en los que la finalidad de la operación no fuese la de integrar de forma duradera, desde el punto de vista financiero y económico, la actividad empresarial de dos o más sociedades dominadas en una misma entidad²⁶⁰⁵ (requisitos no previstos en la definición de la operación de canje de valores contemplada en el artículo 2, apartado e) de la Directiva)²⁶⁰⁶.

Por otra parte, aunque en una línea similar, ya hemos visto como la jurisprudencia del TJUE en el asunto *A.T.* ha dejado claro que la imposición por parte de la legislación de un Estado miembro del mantenimiento del valor fiscal en sede de la sociedad dominante de los títulos adquiridos a los socios de la sociedad dominada como requisito para que éstos pudieran otorgar a los títulos recibidos de la sociedad dominante el mismo valor fiscal que tenían los títulos transmitidos de la sociedad dominada (*double roll-over*), y por ende, beneficiarse de la regla de diferimiento prevista en el artículo 8 resulta incompatible con la finalidad y objetivos perseguidos por la Directiva 2009/133/CE²⁶⁰⁷, así como con el propio tenor literal del citado artículo 8 de la norma comunitaria en la medida en que éste “no deja entrever de ninguna manera la voluntad del legislador comunitario de dejar a los Estados miembros un margen en la adaptación de su Derecho interno que les permita someter la neutralidad

²⁶⁰⁴ Vid. SSTJUE de 8 de marzo de 2017, asunto C-14/16, *Euro Park Service v. Ministre des Finances et des Comptes publics*, ap.24; y de 17 de julio de 1997, asunto C-28/95, *Leur-Bloem v. Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*, ap.43.

²⁶⁰⁵ Vid. STJUE de 17 de julio de 1997, asunto C-28/95, *Leur-Bloem v. Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*, ap.48, donde el Tribunal también precisó que el hecho de que la misma persona física que tenía la condición de socia única y directora de las sociedades dominadas pasase a ser socia única y directora de la sociedad dominante no constituía un impedimento para calificar la operación como canje de valores. Por otra parte, cabría señalar como, incluso antes de que el TJUE se pronunciase sobre esta cuestión, algún autor ya se había mostrado crítico con el requisito de “integración duradera” exigido por la legislación neerlandesa en relación con los canjes de valores (el cual no podía eximirse mediante autorización emitida por parte de las autoridades tributarias), llamando la atención acerca de su carácter muy restrictivo y su falta de compatibilidad con la Directiva Fiscal de Fusiones (sobre esta cuestión, vid. DE BRUIN, M., “European Court of Justice hands down decision on EU Merger Directive”, *Tax Notes International*, vol.15, nº6, 1997, p.425).

²⁶⁰⁶ Nótese como este planteamiento está en línea con la posición adoptada por el TJUE en su Sentencia de 17 de octubre de 1996, asuntos acumulados C-283/94 (*Denkavit Internationaal BV*), C-291/94 (*VITIC Amsterdam BV*) y C-292/94 (*Voormeer BV*), acerca de la interpretación del artículo 3.2, apartado b) de la Directiva Matriz-Filial (sobre esta cuestión, vid. SCHELPE, D., *op.cit.*, pp.18-21).

²⁶⁰⁷ Vid. STJUE de 11 de diciembre de 2008, asunto C-285/07, *A.T. v. Finanzamt Stuttgart-Körperschaften*, aps.27-28.

fiscal prevista en favor de los socios de la sociedad dependiente a requisitos suplementarios²⁶⁰⁸.

En cualquier caso, es importante señalar que, a pesar de lo dicho anteriormente, el hecho de que los títulos de la sociedad beneficiaria sean enajenados en un breve periodo de tiempo tras la realización de la operación de reorganización empresarial de que se trate podrá ser tenido en cuenta en el marco de la aplicación de la cláusula anti-abuso prevista en el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva como un elemento indicativo del carácter abusivo de la operación, el cual deberá ser valorado en el marco de un análisis global del conjunto de circunstancias concurrentes en la misma (como, por ejemplo, si dicha transmisión formaba parte de un plan pre-establecido con carácter previo a la operación en virtud del cual la sociedad transmitente hubiese acordado con un tercero la transmisión de los títulos recibidos en contrapartida). Ciertamente, a la hora de valorar el objetivo, finalidad o propósito perseguido por una determinada operación de reorganización empresarial no parece que el análisis antes referido pueda quedar limitado a las circunstancias específicas que concurran en el momento de realización de la misma sino que, por el contrario, deberá extenderse a aquellas circunstancias previas o posteriores a la operación de que se trate²⁶⁰⁹.

En definitiva, podría afirmarse que, desde la óptica de la Directiva 2009/133/CE interpretada a la luz de la doctrina del TJUE antes citada, no resultarían admisibles aquellas legislaciones domésticas de los Estados miembros que “condicionen” la aplicación de la disposiciones de la Directiva 2009/133/CE a una serie de requisitos materiales de naturaleza anti-abuso no previstos por la norma comunitaria y que se aparten del contenido de su artículo 15.1 (como, por ejemplo, el establecimiento de un periodo mínimo de tenencia de los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria o el requisito relativo al doble mantenimiento del valor fiscal)²⁶¹⁰. Ciertamente, el establecimiento de tales requisitos o condiciones adicionales, no sólo podría dar lugar al

²⁶⁰⁸ Vid. STJUE de 11 de diciembre de 2008, asunto C-285/07, A.T. v. *Finanzamt Stuttgart-Körperschaften*, ap.26

²⁶⁰⁹ En este sentido, y a nivel interno, se han manifestado las SSAN de 9 marzo 2011, (rec. nº 110/2008); de 23 diciembre 2010 (rec. nº 336/2007); o de 7 de mayo de 2007 (rec. nº 313/2004); o la STS de 24 de enero de 2013 (rec. cas. nº 1847/2010), en cuyo FJ 4º se afirma que “el análisis de las circunstancias concurrentes en el caso de autos avala la tesis de la sentencia recurrida en cuanto que pone de manifiesto que en la controvertida operación de escisión no existe un motivo económico válido que justifique la misma, sino meramente fiscal: la posibilidad de obtener un beneficio fiscal. A esta conclusión contribuye especialmente el análisis de los actos posteriores a la escisión, tales como, por un lado, la venta de las participaciones de la sociedad beneficiaria PacificInvest por parte de los socios personas físicas D. Ovidio y D. Vicente a las entidades Pronabar S.A., Barcino Promociones Residenciales y D. Lázaro, que tiene lugar el 18 de junio de 1998 y su posterior disolución y liquidación y, por otro lado, la fusión por absorción de Parque Residencial Vistahermosa e Inmobiliaria Los Copihues, el 7 de enero de 1999, produciéndose la extinción de esta última. En definitiva, atendiendo a las circunstancias en que se han producido las tres operaciones societarias de escisión de Central Parc, venta de participaciones de Pacific Invest y posterior disolución y, por último, la fusión por absorción de las dos entidades indicadas y el escaso plazo de tiempo que ha mediado entre ellas, este Tribunal considera que, efectivamente, estas tres operaciones están concatenadas entre sí y se rigen por una misma finalidad, que no es económica, sino fiscal (...).”

²⁶¹⁰ En este sentido, *vid.* CERIONI, L., “Intra-EU Mergers After...”, *op.cit.*, p.375; DAIBER, C., *op.cit.*, p.368; o HOENJET, F., *op.cit.*, p.213.

surgimiento de un obstáculo o distorsión de naturaleza fiscal a la realización de las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial derivado de su propia configuración y carácter heterogéneo, sino que resultaría contrario a la finalidad y objetivos perseguidos por la norma comunitaria.

2.5. La observancia o cumplimiento del Derecho Primario de la UE

Una cuestión relevante que se ha planteado en relación con la facultad de los Estados miembros para denegar la aplicación del régimen de neutralidad fiscal pivota sobre la posibilidad de que las normas adoptadas por dichos Estados con el fin de transponer en Derecho interno la cláusula anti-abuso prevista en el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE puedan ser analizadas a la luz del Derecho Primario de la UE.

En este sentido, conviene recordar que, de acuerdo con la reiterada jurisprudencia del TJUE, las medidas adoptadas por los Estados miembros en aquellos ámbitos que han sido armonizados por el Derecho de la UE con carácter exhaustivo sólo pueden ser analizadas a la luz de la medida de armonización en cuestión (Derecho derivado) sin que, por tanto, pueda examinarse su compatibilidad con el Derecho Primario de la UE²⁶¹¹. Por el contrario, tratándose de ámbitos no armonizados con carácter exhaustivo, las disposiciones de naturaleza doméstica adoptadas por los Estados miembros con el fin de implementar a nivel interno una norma de Derecho de la UE podrán ser escrutadas tanto desde la óptica de dicha norma de Derecho secundario de la UE como desde la óptica del Derecho primario de la UE. De este modo, tal posibilidad podría darse en aquellos supuestos en los que: a) el nivel de armonización comunitaria resulta “mínimo”, pudiendo los Estados miembros introducir requisitos más estrictos o rigurosos que los previstos en la Directiva en cuestión; b) la labor armonizadora presenta limitaciones por lo que respecta a su ámbito de aplicación al no proyectarse sobre determinados supuestos de hecho; o c) la norma de Derecho secundario de la UE en cuestión concede a los Estados miembros un cierto margen de maniobra a la hora de implementar sus disposiciones²⁶¹².

Asimismo, debe tenerse presente que el TJUE ya ha tenido ocasión de declarar que las operaciones comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE “constituyen modalidades particulares de ejercicio de la libertad de

²⁶¹¹ En este sentido, *vid.*, entre otras, las SSTJUE de 7 de septiembre de 2017, asunto C-6/16, *Eqiom SAS y Enka SA v. Ministre des Finances et des Comptes publics*, ap.15; de 12 de noviembre de 2015, asunto C-198/14, *Valev Visnapuu v. Kihlakunnansyyttäjä y Suomen valtio - Tullihallitus*, ap.40; de 1 de julio de 2014, asunto C-573/12, *Ålands Vindkraft AB v. Energimyndigheten*, ap.57; o de 14 de marzo de 2013, asunto C-216/11, *Comisión Europea v. Francia*, ap.27.

²⁶¹² Sobre esta cuestión, *vid.* DEBELVA. F., LUTS, J., *op.cit.*, p.229; y SZUDOCZKY, R., *The sources of EU law and their relationships: lessons for the field of taxation: primary law, secondary law, fundamental freedoms and state aid rules*, IBFD Doctoral Series, vol.32, IBFD, Amsterdam, 2014, sección 7.2.6.

establecimiento, importantes para el buen funcionamiento del mercado interior, y son, por tanto, actividades económicas respecto de las cuales los Estados miembros están obligados a respetar dicha libertad”²⁶¹³.

Por tanto, se trataría de determinar si la armonización efectuada por el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE tiene o no carácter “exhaustivo” en Derecho de la UE. En sentido negativo se pronunciado el TJUE en su sentencia en el asunto *Euro Park Service* argumentando que: i) dicho precepto se limita a reconocer una facultad en favor de los Estados miembros consistente en no aplicar en todo o en parte las disposiciones de la Directiva o de denegar el disfrute de las mismas cuando una operación de reorganización empresarial comprendida dentro de su ámbito de aplicación tenga como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal; ii) en el marco de esta reserva de competencia, incluso se autoriza a los Estados miembros a establecer una presunción de fraude o de evasión fiscales cuando la operación en cuestión no se efectúe por motivos económicos válidos; y iii) de la jurisprudencia del TJUE se extrae que, a falta de disposiciones del Derecho de la UE más precisas en relación con el ejercicio de dicha facultad y la aplicación de la citada presunción, y siempre con respeto al principio de proporcionalidad, corresponde a los Estados miembros establecer las normas necesarias al objeto de aplicar el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva²⁶¹⁴.

De este modo, podría concluirse que las disposiciones adoptadas por los Estados miembros con el fin de transponer a nivel interno el contenido del artículo 15.1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE deben ser respetuosas no sólo con el contenido del citado precepto y su interpretación por parte del TJUE sino también con el Derecho Primario de la UE²⁶¹⁵, de forma tal que no resultarán admisibles aquellas normas anti-abuso que resulten discriminatorias o vulneren las Libertades Fundamentales previstas en el TFUE.

En este sentido, y a título de ejemplo, cabría señalar como, en la sentencia recaída sobre el asunto *Euro Park Service*²⁶¹⁶, el TJUE ya tuvo ocasión de declarar que

²⁶¹³ Vid., entre otras, las SSTJUE de 22 de marzo de 2018, asuntos acumulados C-327/16 (*Marc Jacob v. Ministre des Finances et des Comptes publics*) y C-421/16 (*Marc Lassus v. Ministre des Finances et des Comptes publics*), ap.71; o de 23 de noviembre de 2017, asunto C-292/16, *A Oy*, ap.23.

²⁶¹⁴ Vid. STJUE de 8 de marzo de 2017, asunto C-14/16, *Euro Park Service v. Ministre des Finances et des Comptes publics*, aps.22-25.

²⁶¹⁵ Vid. STJUE de 8 de marzo de 2017, asunto C-14/16, *Euro Park Service v. Ministre des Finances et des Comptes publics*, ap.26.

²⁶¹⁶ Esta sentencia trae causa de un litigio entre la sociedad luxemburguesa “Euro Park Service” (en su condición de sucesora legal de la sociedad francesa “SCI Cairnbulg Nanteuil”) y la Administración tributaria francesa, originado a raíz de una inspección fiscal en el marco de la cual las autoridades tributarias cuestionaron la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a la operación de disolución sin liquidación (asimilada a una fusión por absorción) llevada a cabo por “SCI Cairnbulg Nanteuil” en favor de su socio único la sociedad luxemburguesa “Euro Park Service”. En este sentido, la Administración tributaria francesa alegaba, por una parte, que “SCI Cairnbulg Nanteuil” no había solicitado la aprobación ministerial prevista en el artículo 210 C del CGI (en su redacción vigente en el momento de producirse los hechos) y, por otra parte, que en cualquier caso dicha autorización no le habría concedida habida cuenta de que la operación en cuestión no podía justificarse por motivos económicos sino que tenía por

una norma doméstica anti-abuso que, en el caso de una operación de reorganización empresarial transfronteriza, supedita la aplicación de las disposiciones contenidas en la Directiva 2009/133/CE a un procedimiento de autorización previa en el marco del cual y para la obtención de la misma, el contribuyente debe acreditar que la operación en cuestión está justificada por un motivo económico, que no tiene como objetivo principal o como uno de sus objetivos principales el fraude o la evasión fiscal y que su mecánica permite garantizar el gravamen futuro de las plusvalías que se hayan diferido a efectos fiscales (a diferencia de lo que sucede en el ámbito de las operaciones estrictamente internas donde el contribuyente no está sujeto a tal procedimiento), resulta no sólo contraria al artículo 15.1, apartado a) de la Directiva Fiscal de Fusiones, sino también incompatible con la libertad de establecimiento contemplada en el artículo 49 del TFUE²⁶¹⁷.

A este respecto, el Tribunal señaló que una normativa doméstica de tal naturaleza introduce una restricción a la libertad de establecimiento²⁶¹⁸ que, por una parte, no encuentra justificación en la razón imperiosa de interés general relativa a la necesidad de salvaguardar el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros habida cuenta de que el sistema de diferimiento de gravamen de las plusvalías configurado por la Directiva 2009/133/CE ya garantiza tal objetivo al asegurar la tributación de las plusvalías diferidas en el momento de su realización efectiva y, por otra parte, tampoco puede justificarse sobre la base de la razón imperiosa de interés general relativa a la lucha contra el fraude y la evasión fiscal por cuanto el hecho de que la aplicación del régimen de neutralidad fiscal quede supeditado a un procedimiento de autorización previa, para cuya obtención el contribuyente debe acreditar, de forma sistemática e incondicional, que la operación de reorganización empresarial en cuestión está justificada por un motivo económico y que no tiene como objetivo principal o como uno de sus objetivos principales el fraude o la evasión fiscales, sin que la Administración tributaria esté obligada a aportar al menos un

objeto la comisión de fraude o evasión fiscal. Dicho precepto, establecía que, tratándose de aportaciones de bienes realizadas por personas jurídicas francesas a favor de personas jurídicas extranjeras, la aplicación de la regla de diferimiento del gravamen de las plusvalías prevista en el artículo 210 A del CGI quedaba supeditada a un procedimiento de autorización previa en el marco del cual, para obtener dicha autorización, el contribuyente debía acreditar que la operación en cuestión: i) estaba justificada por un motivo económico, ii) no tenía como objetivo principal o como uno de sus objetivos principales el fraude o la evasión fiscales, y iii) que su configuración permitía garantizar el gravamen futuro de las plusvalías objeto de diferimiento. Por consiguiente, la Administración tributaria practicó a la sociedad “Euro Park Service” (en su condición de sucesora legal de la sociedad francesa “SCI Cairnbulg Nanteuil”) las correspondientes liquidaciones tributarias e impuso las sanciones previstas artículo 1729 del CGI.

²⁶¹⁷ Vid. STJUE de 8 de marzo de 2017, asunto C-14/16, *Euro Park Service v. Ministre des Finances et des Comptes publics*, ap.70.

²⁶¹⁸ Ciertamente, el hecho de que, la normativa francesa supeditase la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a un procedimiento de autorización previa únicamente cuando en el marco de una operación de reorganización empresarial o asimilada se realizaba una aportación de bienes por parte de sociedades francesas en favor de personas jurídicas extranjeras, daba lugar a un diferencia de trato que hacía menos atractivas las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial para las sociedades francesas (al estar sometidas a un requisito adicional que, más allá de aspectos puramente procedimentales, les obligaba a desvirtuar una suerte de presunción general de fraude o evasión fiscal) y, por ende, podía disuadirlas de ejercitar su derecho de establecimiento (Vid. STJUE de 8 de marzo de 2017, asunto C-14/16, *Euro Park Service v. Ministre des Finances et des Comptes publics*, aps.60-62).

principio de prueba de la falta de motivos económicos válidos o de indicios de fraude o evasión fiscal, supone ir más allá de lo necesario para alcanzar tal objetivo²⁶¹⁹.

En relación esta última cuestión, resulta particularmente relevante la afirmación que realiza el TJUE acerca de que el objetivo relativo a la lucha contra el fraude o la evasión fiscales tiene el mismo alcance cuando se invoca en el ámbito de aplicación del artículo 15.1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE o como justificación de una restricción en el ámbito del Derecho primario. De este modo, tal equiparación determinará que aquellas normas domésticas caracterizadas por establecer una presunción general de fraude o evasión fiscales no sólo resultarán incompatibles con el citado precepto de la Directiva sino que, en caso de introducir una restricción a una de las Libertades Fundamentales, no podrá invocarse válidamente como justificación de tal restricción por parte de los Estados miembros la razón imperiosa de interés general relativa a la lucha contra el fraude o la evasión fiscales al no superar la norma en cuestión el test de proporcionalidad exigido por la jurisprudencia del TJUE.

2.6. El uso de las operaciones de reorganización empresarial con el fin de eludir el pago de un impuesto no cubierto por el ámbito de aplicación de la Directiva

La cláusula anti-abuso contemplada en el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE faculta a los Estados miembros para denegar (de forma total o parcial) la aplicación de las disposiciones que integran el régimen de neutralidad fiscal configurado por la norma comunitaria en aquellos supuestos en los que la operación de reorganización empresarial en cuestión “tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal”. Sin embargo, una lectura del citado precepto estrictamente apegada a su tenor literal no permite concluir de forma inequívoca si la cláusula anti-abuso contenida en el mismo i) despliega su eficacia en relación con los impuestos que gravan la renta puesta de manifiesto en sede de las sociedades y de los socios participantes en la operación, ii) queda circunscrita únicamente a los impuestos previstos en el Anexo I parte B de la Directiva, o iii) se proyecta sobre otros tipos de impuestos.

Ciertamente, no se trata de una cuestión baladí ya que podríamos encontrarnos con supuestos en los que, ante una operación de reorganización empresarial cubierta por el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE y articulada con el fin de eludir el pago de impuestos no contemplados en el ámbito de aplicación de la Directiva, los Estados miembros que no dispongan en sus respectivas legislaciones nacionales de disposiciones específicas que permitan combatir la elusión del impuesto en cuestión podrían verse “tentados” a recurrir a la cláusula prevista en el artículo 15.1, apartado a)

²⁶¹⁹ Vid. STJUE de 8 de marzo de 2017, asunto C-14/16, *Euro Park Service v. Ministre des Finances et des Comptes publics*, aps.63-69.

de la Directiva con el fin de que la recaudación derivada de la denegación del régimen de neutralidad fiscal pudiese compensar lo dejado de ingresar a consecuencia del impuesto eludido. De hecho, el TJUE ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en el asunto *Modehuis A. Zwijnenburg BV* concluyendo que los Estados miembros no podían denegar la aplicación de las disposiciones de la Directiva sobre la base de lo dispuesto en su artículo 15.1, apartado a) en aquellos supuestos en los que, a través de un montaje jurídico que incluía una operación de reorganización empresarial, el contribuyente trataba de evitar el pago de un impuesto no incluido en el ámbito de aplicación de la citada norma comunitaria, tal y como sería el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales²⁶²⁰.

A este respecto, cabría señalar como el razonamiento del TJUE se construyó esencialmente sobre los siguientes pilares: 1) en primer lugar, una interpretación del artículo 15.1, apartado a) de la Directiva a la luz de los objetivos perseguidos por dicha norma comunitaria y con referencia explícita a las disposiciones previstas en sus artículo 4 y 8 que, como sabemos, garantizan el diferimiento de las posibles plusvalías puestas de manifiesto con motivo de la realización de la operación de reorganización empresarial en cuestión en sede las sociedades participantes en la misma y de sus socios²⁶²¹; 2) en segundo lugar, la invocación de la reiterada doctrina del propio TJUE en relación con la cláusula anti-abuso en virtud de la cual, por una parte, su aplicación tendrá un carácter excepcional y, por otra parte, su interpretación deberá realizarse de forma restrictiva²⁶²²; 3) en tercer lugar, el recurso al tenor literal del segundo inciso del artículo 15.1, apartado a) de la Directiva para afirmar que de la referencia a la “reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación” en el marco del test de motivos económicos válidos podía extraerse que el citado precepto se aplica únicamente a los impuestos devengados con ocasión de dichas las operaciones de reorganización empresarial²⁶²³; 4) en cuarto lugar, la

²⁶²⁰ Vid. STJUE de 20 de mayo de 2010, asunto C-352/08, *Modehuis A. Zwijnenburg BV v. Staatssecretaris van Financiën*, ap.56. A este respecto, nótese como la citada sentencia trae causa del litigio existente entre la sociedad *Modehuis A. Zwijnenburg BV*, la cual explotaba un comercio de moda en un inmueble de su titularidad y otro alquilado a la sociedad *A. Zwijnenburg Beheer B.V.*, y las autoridades tributarias neerlandesas a raíz de una operación en virtud de la cual la sociedad *Modehuis A. Zwijnenburg BV* (cuyas acciones eran controladas a través de una *holding* por parte del Sr. L.E. Zwijnenburg) aportó su negocio de moda y el inmueble del que era titular a la sociedad *A. Zwijnenburg Beheer B.V.* (controlada indirectamente a través de una *holding* por parte de los padres del Sr. L.E. Zwijnenburg) recibiendo en contrapartida los correspondientes títulos en el capital social de esta última, para a continuación proceder a la adquisición de las restantes acciones de la sociedad *A. Zwijnenburg Beheer B.V.* De este modo, y en la medida en que la operación podía acogerse al régimen de neutralidad fiscal y la adquisición de los títulos de la sociedad *A. Zwijnenburg Beheer B.V.* quedaba exenta del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, la sociedad *Modehuis A. Zwijnenburg BV* conseguiría unificar la titularidad de los inmuebles en los que ejercía su actividad empresarial con un menor coste fiscal que el asociado a una hipotética transmisión directa del inmueble titularidad de *A. Zwijnenburg Beheer B.V.*

²⁶²¹ Vid. STJUE de 20 de mayo de 2010, asunto C-352/08, *Modehuis A. Zwijnenburg BV v. Staatssecretaris van Financiën*, aps.38-40.

²⁶²² Vid. STJUE de 20 de mayo de 2010, asunto C-352/08, *Modehuis A. Zwijnenburg BV v. Staatssecretaris van Financiën*, aps.45-46.

²⁶²³ Vid. STJUE de 20 de mayo de 2010, asunto C-352/08, *Modehuis A. Zwijnenburg BV v. Staatssecretaris van Financiën*, ap.47.

constatación de que, en el estado actual del Derecho de la UE, los impuestos directos no se encuentran incluidos como tales en el ámbito de su competencia²⁶²⁴; y 5) en quinto lugar, el hecho de que la Directiva 2009/133/CE no determina una completa armonización de los impuestos y tributos que pueden devengarse con ocasión de la realización de una operación de reorganización empresarial entre sociedades de Estados miembros diferentes²⁶²⁵.

Sobre la base de estos argumentos, el Tribunal afirmó que los únicos impuestos que pueden acogerse a las “ventajas” establecidas por la Directiva 2009/133/CE y, consiguientemente, entrar en el ámbito de aplicación de su cláusula anti-abuso son los expresamente contemplados por ella (esto es, los impuestos que gravan las rentas, beneficios, o plusvalías que pudieran ponerse de manifiesto en sede de las sociedades participantes en la operación de reorganización empresarial o en sede de sus socios como resultado de la misma, ya sean esto últimos personas físicas o jurídicas²⁶²⁶), sin que exista indicio alguno en dicha norma que permita concluir que el legislador europeo quiso extender las disposiciones de favor contenidas en la misma a otros impuestos. De este modo, y por lo que respecta a los impuestos que quedan al margen de la aplicación de la Directiva Fiscal de Fusiones (p.ej. el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales), la competencia tributaria seguirá correspondiendo íntegramente a los Estados miembros²⁶²⁷. Esta misma idea sería reiterada posteriormente por el auto del TJUE en el asunto *Galeria Parque Nascente*, al que ya nos hemos referido y donde, a pesar de no abordarse de forma directa la interpretación del artículo 15.1 de la Directiva, la posición de la Administración tributaria que fue objeto de análisis por parte del Tribunal reflejaba una suerte de planteamiento anti-abuso encubierto al denegar a la sociedad beneficiaria la deducibilidad de los intereses vinculados a un préstamo suscrito en su momento por la sociedad matriz transmitente (la cual venía deduciéndose los

²⁶²⁴ Vid. STJUE de 20 de mayo de 2010, asunto C-352/08, *Modehuis A. Zwijnenburg BV v. Staatssecretaris van Financiën*, ap.48.

²⁶²⁵ Vid. STJUE de 20 de mayo de 2010, asunto C-352/08, *Modehuis A. Zwijnenburg BV v. Staatssecretaris van Financiën*, ap.49.

²⁶²⁶ En este sentido, ya se había pronunciado la Abogado General Kokott al afirmar que “ciertamente, el artículo 3 de la Directiva 90/434 hace referencia, al objeto de definir el concepto de sociedad, a la sujeción al pago del impuesto de sociedades. Ahora bien, de ello se sigue únicamente que las operaciones de fusión a efectos del artículo 2 de la Directiva 90/434 sólo pueden ser realizadas por las sociedades que están sujetas al impuesto de sociedades o a un impuesto que sustituya a aquél. En cambio, las *ventajas fiscales* que la Directiva 90/434 concede con vistas a tales operaciones de fusión no se limitan en modo alguno al impuesto de sociedades. Así lo pone de manifiesto en buena medida un examen del artículo 8, apartado 1, y del octavo considerando que la Directiva 90/434, que tratan de la *tributación personal de los socios*, lo cual incluye necesariamente el impuesto sobre la renta (véase al respecto la sentencia Kofoed, citada en la nota 11, en particular el apartado 20)” (*vid.* Conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas el 16 de julio de 2009, asunto C-352/08, *Modehuis A. Zwijnenburg BV*, ap.56, nota 29). De este modo, y en el caso de España, la cláusula anti-abuso prevista en el artículo 89.2 de la LIS podría proyectarse (en relación con las disposiciones de favor que integran el régimen de neutralidad fiscal) sobre el Impuesto sobre Sociedades, el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o el Impuesto sobre la Renta de No Residentes (sobre esta cuestión *vid.* LÓPEZ TELLO, J., *op.cit.*, pp.51-53).

²⁶²⁷ Vid. STJUE de 20 de mayo de 2010, asunto C-352/08, *Modehuis A. Zwijnenburg BV v. Staatssecretaris van Financiën*, aps.50-53.

mismos como gastos financieros) y que fue transferido a la sociedad filial beneficiaria en el marco de una operación de fusión inversa²⁶²⁸.

A juicio del TJUE, la aplicación de un criterio diferente al señalado no sólo comprometería la interpretación uniforme y coherente de la Directiva 2009/133/CE, sino que también iría más allá de lo necesario para salvaguardar el interés financiero del Estado miembro de que se trate, el cual quedaría limitado precisamente al cobro del impuesto que se pretende eludir a través de la operación de reorganización empresarial en cuestión²⁶²⁹.

En nuestra opinión, y a pesar de la existencia de algunas voces críticas entre la doctrina que apuntan que la conclusión a la que llegó el TJUE en el asunto *Modehuis A. Zwijnenburg BV* introduciría el riesgo de que operaciones de reorganización empresarial acogidas al régimen de neutralidad fiscal pudiesen ser utilizadas como instrumento al servicio de la elusión de impuestos no cubiertos por el ámbito de aplicación objetivo de la Directiva 2009/133/CE²⁶³⁰, la posición adoptada por el TJUE en la citada sentencia se configura como la más adecuada tanto desde el punto de vista del contexto en el que se enmarca el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva y de los objetivos perseguidos por dicha norma comunitaria²⁶³¹, como desde la óptica del respeto al principio de proporcionalidad²⁶³².

²⁶²⁸ Vid. ATJUE de 15 de julio de 2019, asunto C-438/18, *Galeria Parque Nascente – Exploração de Espaços Comerciais, SA v. Autoridade Tributária e Aduaneira*, aps.47-51.

²⁶²⁹ Vid. STJUE de 20 de mayo de 2010, asunto C-352/08, *Modehuis A. Zwijnenburg BV v. Staatssecretaris van Financiën*, ap.55. En este sentido, resultan ilustrativas las palabras de la Abogado General Kokott cuando afirma que “si el principal objetivo o uno de los principales objetivos de la operación de fusión es eludir un impuesto sobre transmisiones, el interés financiero a proteger del Estado miembro de que se trate se limitará precisamente al cobro de este impuesto sobre transmisiones. Se dará satisfacción a este interés –como subraya acertadamente la Comisión– instando al sujeto pasivo al pago del impuesto sobre transmisiones, y no obligándolo a pagar en su integridad otros impuestos, tales como el impuesto de sociedades” (vid. Conclusiones de la Abogado General J. Kokott presentadas el 16 de julio de 2009, asunto C-352/08, *Modehuis A. Zwijnenburg BV*, ap.66).

²⁶³⁰ En este sentido, vid. PETROSOVIC, K., *op.cit.*, p.561.

²⁶³¹ A este respecto, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con la reiterada jurisprudencia del TJUE, la interpretación de las disposiciones del Derecho de la UE deberá realizarse teniendo en cuenta no solo su tenor literal, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte (vid., entre otras, las SSTJUE de 6 de junio de 2019, asunto C-33/18, *V v. Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants (Inasti)* y *Securex Integrity ASBL*, ap.35; de 7 de junio de 2007, asunto C-76/06 P, *Britannia Alloys & Chemicals Ltd v. Comisión de las Comunidades Europeas*, ap.21; o de 7 de junio 2005, asunto C-17/03, *Vereniging voor Energie y otros v. Directeur van de Dienst uitvoering en toezicht energie*, ap.41). De hecho, en la sentencia en el asunto *Kofoed*, a la hora de interpretar el concepto de “compensación en dinero” que figura en el artículo 2, apartado e) de la Directiva 2009/133/CE el TJUE tuvo en cuenta la “estructura y sistema” de la Directiva, así como el objetivo perseguido por la misma (vid. STJUE de 5 de julio de 2007, asunto C-321/05, *Hans Markus Kofoed v. Skatteministeriet*, aps.29 y 32).

²⁶³² En esta misma línea, vid. VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.291; o MARTÍN JIMÉNEZ, A., *op.cit.*, p.88, quien apunta que “permitir –mediante una suerte de efecto directo inverso extendido- la aplicación de la cláusula anti-abuso más allá del ámbito estricto de aplicación de la Directiva, con efectos sobre el propio ámbito material de la norma comunitaria (la Administración holandesa pretendía denegar la aplicación de sus beneficios), en un supuesto donde no existía una disposición nacional de este carácter, hubiera supuesto un límite demasiado desproporcionado a la

Ciertamente, parece coherente con la estructura y finalidad perseguida por la Directiva Fiscal de Fusiones que los Estados miembros no puedan invocar sus respectivas normas domésticas de implementación de la cláusula anti-abuso prevista en su artículo 15.1, apartado a) para reaccionar frente a supuestos de elusión de impuestos en relación con los cuales pueda concluirse, tras llevar a cabo un análisis del caso concreto, que dicha norma no contempla ninguna disposición de favor susceptible de ser aprovechada de forma abusiva por parte del contribuyente²⁶³³. Sin embargo, debe reconocerse que, ante la falta de un mayor desarrollo de la doctrina del TJUE en el asunto *Zwijnenburg*, podríamos encontrarnos ante supuestos de hecho en los que la posibilidad de aplicar la cláusula anti-abuso prevista en el Directiva 2009/133/CE no resulte del todo clara.

En este sentido, y a título de ejemplo, cabría señalar como a nivel doctrinal se han planteado dudas acerca de si los Estados miembros podrían recurrir a la cláusula prevista en el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva para reaccionar frente a operaciones de fusión cuyo principal objetivo es evitar la retención que debería practicarse sobre la distribución en forma de dividendos de los beneficios existentes en sede de la sociedad transmitente. A este respecto, conviene recordar que fuera de los supuestos cubiertos por el ámbito de aplicación de la Directiva Matriz-Filial las legislaciones fiscales domésticas de los Estados miembros pueden someter las distribuciones transfronterizas de dividendos a una retención en origen, sin perjuicio de lo establecido en el CDI aplicable al caso concreto²⁶³⁴.

Si tenemos en cuenta que, tratándose de operaciones de fusión en las que la sociedad absorbente ostenta una participación en el capital de la sociedad absorbida, la posible plusvalía que sería objeto de gravamen en sede de la sociedad beneficiaria con motivo de la anulación de su participación en la sociedad transmitente no viene sino a representar los beneficios que ésta habría podido distribuir vía dividendos a la sociedad beneficiaria en caso de no llevarse a cabo la operación de fusión en cuestión²⁶³⁵ (lo que a su vez determina la estrecha relación existente entre el umbral de participación establecido en el artículo 7.2 de la Directiva 2009/133/CE y la participación mínima exigida por la Directiva 2011/96/UE para otorgar a una sociedad la condición de “sociedad matriz”), no carece de fundamento la opinión de aquellos autores que

aplicación uniforme del Derecho de la UE y a los derechos que los particulares pueden derivar de la norma comunitaria”.

²⁶³³ Vid. Conclusiones de la Abogado General J. Kokott presentadas el 16 de julio de 2009, asunto C-352/08, *Modehuis A. Zwijnenburg BV*, aps.53 y 58.

²⁶³⁴ Nótese como en aquellos supuestos en los que las disposiciones en materia de dividendos contenidas en el CDI suscrito entre el Estado miembro de la sociedad adquirida y el Estado miembro de la sociedad adquirente resulten más favorables que las previstas en el CDI suscrito entre el Estado miembro de la sociedad adquirida y el Estado miembro de su anterior socio, podría llevarse a cabo una operación de canje de valores con el fin de reducir (o evitar) la retención en origen aplicable a los repartos transfronterizos de dividendos.

²⁶³⁵ De hecho, algún autor como OUDENOT, P, *op.cit.*, p.365, ha empleado el término “último dividendo” para referirse a estos beneficios no distribuidos que se ven reflejados en la diferencia positiva entre el valor neto del patrimonio transmitido y el valor de la participación de la sociedad beneficiaria en el capital de la sociedad transmitente.

sostienen la posibilidad de aplicar la cláusula anti-abuso prevista en el artículo 15.1 apartado a) de la Directiva en este tipo de supuestos²⁶³⁶.

Sin embargo, a nuestro juicio, no puede ignorarse el matiz introducido por el TJUE en el asunto *Zwijnenburg* cuando se refiere específicamente a que “las ventajas establecidas por la Directiva 90/434 no pueden denegarse invocando su artículo 11, apartado 1, letra a), para compensar el no pago de un impuesto, como el controvertido en el procedimiento principal, cuya base impositiva y tipo difieren necesariamente de los aplicables a las fusiones y a las demás operaciones de reorganización de sociedades”(el subrayado es nuestro)²⁶³⁷. De este modo, y aun cuando en los supuestos de fusión por absorción de una sociedad participada ya hemos apuntado como podría existir una coincidencia entre el importe susceptible de gravamen vía retención en origen sobre un hipotético reparto de dividendos y vía gravamen de la plusvalía derivada de la anulación de la participación de la sociedad beneficiaria en la sociedad transmitente, no sucederá lo mismo con los tipos impositivos (normalmente inferiores tratándose de retenciones). Por ello, coincidimos con aquellos autores que, sobre la base de la existencia de elementos diferenciadores entre las retenciones de origen (*withholding tax*) y los impuestos que gravan los beneficios, rentas y plusvalías de los socios en el marco de las operaciones de reorganización empresarial, entienden que los Estados miembros no pueden acudir a la cláusula anti-abuso prevista en el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE para reaccionar ante supuestos en los que se produce una pérdida de su facultad para aplicar una retención en origen como resultado de la realización de una de las operaciones cubiertas por el ámbito de aplicación de la citada norma comunitaria²⁶³⁸.

Por otra parte, aunque en relación con esta cuestión, también debe tenerse presente como si bien la Propuesta de Directiva de 1969 se refería explícitamente a otros impuestos, estableciendo la imposibilidad para los Estados miembros de exigir en relación con los bienes aportados en el marco de una operación de reorganización

²⁶³⁶ Sobre esta cuestión, *vid.* VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.308, quien recoge el debate existente en la doctrina neerlandesa entre los autores que entendían que los artículos 7 y 8 de la Directiva se proyectaban sobre la cuestión relativa a la retención en origen en este tipo de supuestos y, por tanto, se mostraban partidarios de la aplicación de la cláusula anti-abuso cuando a través de una operación de fusión se trataba de eludir la retención que debería practicarse sobre la distribución en forma de dividendos de los beneficios existentes en sede de la sociedad transmitente, y los que se mostraban contrarios a esta posibilidad alegando que la Directiva 2009/133/CE no contenía ninguna disposición al respecto. Por su parte, el citado autor entiende que, sobre la base de los antecedentes y trabajos preparatorios que cristalizaron en la aprobación de la Directiva Fiscal de Fusiones, podría defenderse la aplicabilidad de la cláusula anti-abuso contenida en su artículo 15.1, apartado a) por parte de los Estados miembros en este tipo de supuestos.

²⁶³⁷ *Vid.* STJUE de 20 de mayo de 2010, asunto C-352/08, *Modehuis A. Zwijnenburg BV v. Staatssecretaris van Financiën*, ap.54.

²⁶³⁸ En este sentido, *vid.* BOULOGNE, F., *Shortcomings in the...*, *op.cit.*, pp.290-291, quien apunta que aquellas operaciones de reorganización empresarial cuyo principal objetivo o uno de sus principales objetivos fuese eludir de forma artificiosa la retención en origen que debería practicarse sobre un reparto transfronterizo de dividendos en aplicación de la Directiva Matriz-Filial, deberían combatirse a través de las disposiciones anti-abuso (generales y específicas) contenidas en la citada norma comunitaria y no a través de la cláusula prevista en el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE.

empresarial cualquier Impuesto sobre las Transmisiones (*droit de mutation*)²⁶³⁹, tales referencias no fueron finalmente incorporadas al texto definitivo la Directiva 90/434/CEE. Todo ello, sin perjuicio de que los Estados miembros puedan (y deban) adoptar a nivel interno las medidas que estimen oportunas para combatir este tipo de supuestos en los que a través de una operación de reorganización empresarial se pretende eludir el pago de un impuesto no contemplado en el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE²⁶⁴⁰.

Ahora bien, lo dicho anteriormente no obsta para que deba reconocerse que la sentencia del TJUE en el asunto *Modehuis A. Zwijnenburg BV* se inscribe en un contexto fáctico muy concreto marcado, entre otras cuestiones, por la ausencia de indicios de artificiosidad en la operación analizada²⁶⁴¹. De ahí que, en línea con lo que ya hemos apuntado en anteriores epígrafes de este trabajo, la citada sentencia no parece que pueda interpretarse en el sentido de dar carta de naturaleza, por lo que a la aplicación del régimen de neutralidad fiscal se refiere, a todas aquellas operaciones de reorganización empresarial que, cumpliendo los requisitos establecidos por la Directiva 2009/133/CE, se orienten a la obtención de una ventaja fiscal “extrínseca”, con independencia de si en dichas operaciones pueden apreciarse indicios de artificiosidad²⁶⁴². De hecho, en este tipo de supuestos de naturaleza abusiva y artificiosa en los que la finalidad perseguida resulte contraria a la Directiva, la aplicación del régimen de neutralidad fiscal podría llegar a excluirse sobre la base de la aplicación de una cláusula general anti-abuso inspirada en la prevista en el artículo 6 de la Directiva 2016/1164/UE o, incluso, sobre la base de la aplicación del principio general de prohibición del abuso del Derecho de la UE.

2.7. El sometimiento de la aplicación de las disposiciones contenidas en la Directiva 2009/133/CE a un procedimiento de autorización previa por parte de las autoridades tributarias domésticas

Una de las cuestiones que tradicionalmente se ha venido planteando por parte de la doctrina en la relación con la interpretación e implementación a nivel interno de la cláusula prevista en el actual artículo 15.1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE pivota sobre la compatibilidad con dicha norma comunitaria de aquellas disposiciones normativas adoptadas en un primer momento por algunos Estados miembros como

²⁶³⁹ Vid. artículo 7.2 de la Propuesta de Directiva de 1969.

²⁶⁴⁰ En esta misma línea, ya se había manifestado *vid.* SANZ GADEA, E., “Medidas antielusión fiscal”, *op.cit.*, p.247.

²⁶⁴¹ Así parece reconocerlo el órgano jurisdiccional remitente a pesar de realizar una distinción (rechazada por la propia Abogado General Kokott) entre la finalidad última perseguida por el contribuyente (reunión de los dos inmuebles en los que la sociedad *Modehuis A. Zwijnenburg BV* desarrollaba su negocio de moda), la cual era considerada legítima, y el medio utilizado para tal fin (operación de fusión), el cual era considerado abusivo (*vid.* Conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas el 16 de julio de 2009 en el asunto C-352/08, *Modehuis A. Zwijnenburg BV*, aps-42-44).

²⁶⁴² A este respecto, *vid.* MARTÍN JIMÉNEZ, A., *op.cit.*, p.90.

Francia, Dinamarca²⁶⁴³, o Países Bajos²⁶⁴⁴ que supeditaban la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a la obtención de una autorización previa emitida por las autoridades tributarias domésticas²⁶⁴⁵; cuestión que debe deslindarse de forma clara de aquellos supuestos en los que el ordenamiento interno de un determinado Estado miembro (p.ej. Bélgica o España)²⁶⁴⁶ otorga al contribuyente la posibilidad y, por tanto, el derecho (no la obligación) de someter al juicio de las autoridades tributarias nacionales la operación de reorganización que se va a realizar con el fin de que éstas se pronuncien sobre la aplicabilidad del régimen de neutralidad fiscal a la misma (p.ej. y tratándose del caso de España, a través de la emisión de una Consulta tributaria vinculante).

A este respecto, y con carácter previo, conviene tener presente, por una parte, que del tenor literal del artículo 15.1, apartado a) de la Directiva no puede extraerse que el control del objetivo u objetivos principales de la operación de reorganización empresarial en cuestión (y de los motivos económicos sobre los que se fundamenta) deba realizarse necesariamente *a posteriori*²⁶⁴⁷ y, por otra parte, que si bien el citado precepto no contiene ninguna referencia explícita a la posibilidad de que los Estados miembros adopten estos sistemas de autorización previa, en las Actas del Consejo que acompañaron la aprobación de la Directiva 90/434/CEE se incorporó una declaración específica relativa a su artículo 11.1 donde se establecía que “el Consejo y la Comisión acuerdan que un Estado miembro puede ejercitar la opción prevista en este artículo cuando, por ejemplo, el resultado de una escisión es que la sociedad que se ha escindido se reparte entre sus accionistas, o cuando a una aportación de activos o a un canje de valores le sigue una reventa rápida de los valores recibidos. Con tal fin, [dicho Estado]

²⁶⁴³ Sobre el sistema de autorización previa implementado originariamente en Dinamarca a través del Artículo 15 c, apartado 1, de la *Fusionskattelov* (Ley sobre el régimen fiscal aplicable a las fusiones danesa, Lovbekendtgørelse n°954, de 5 de noviembre de 1996) y su posterior evolución, *vid.* BOLANDER, J., NIELSEN, J.G., *op.cit.*, pp.96-100.

²⁶⁴⁴ Una buena aproximación al procedimiento de autorización previa configurado por la normativa neerlandesa puede encontrarse en KOOPMAN, R.J., DWARKASING, R., “The Netherlands”, en MEUSSEN, G. (ed.), *The Burden of Proof in Tax Law*, EATLP International Tax Series, vol.10, IBFD, Amsterdam, 2013, p.194; y VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.284.

²⁶⁴⁵ En relación con esta cuestión, y a modo de mero apunte de Derecho comparado, cabría señalar como este tipo de sistemas de autorización previa también pueden encontrarse en las legislaciones domésticas de países fuera del ámbito de la UE. En este sentido, podría traerse a colación, por ejemplo, el caso de China cuyo ordenamiento interno supeditaba (hasta el año 2015) la aplicación del régimen de neutralidad fiscal previsto en la Circular 59 y en el Boletín n°4 a las operaciones de reorganización empresarial, no sólo al cumplimiento de una serie de requisitos de naturaleza material, sino también a la obtención de una autorización previa emitida por las autoridades tributarias competentes. No obstante, para aquellas operaciones realizadas en el año 2015 y posteriores, el Boletín n° 48 (24 de junio de 2015) ha sustituido este requisito por: 1) la presentación de un formulario específico por parte del contribuyente junto con su declaración anual del Impuesto sobre Sociedades en el que deberá justificar que la operación persigue motivos económicos válidos, incluyendo información acerca de aspectos tales como el tipo de reorganización, las consecuencias sustantivas de la operación, los posibles cambios relativos a la situación financiera y al tratamiento fiscal de las partes involucradas en la operación, o la participación de sociedades no residentes en la operación de reorganización en cuestión; y 2) el control *a posteriori* por parte de la Administración tributaria, especialmente de las transmisiones de activos y participaciones llevadas a cabo tras la realización de la operación (*vid.* YE, H., YU WAN, G., *op.cit.*, pp.1-4).

²⁶⁴⁶ *Vid.* PETROSOVITCH, K., *op.cit.*, p.564.

²⁶⁴⁷ En este sentido, *vid.* ÖNER, C., *op.cit.*, p.41.

puede hacer que la aplicación de los artículos 4 y 9 quede sujeta a una autorización previa” (el subrayado es nuestro)²⁶⁴⁸.

Ciertamente, y aun cuando algún autor ha puesto de manifiesto que la implementación de estos sistemas de autorización previa podría tener ciertas ventajas tanto para el contribuyente (seguridad jurídica *ex ante* acerca de la aplicación de las disposiciones de la Directiva a la operación de reorganización empresarial en cuestión) como para la Administración tributaria (garantía de que no se lleva a cabo una operación cuyo objetivo es el fraude o la evasión fiscal)²⁶⁴⁹, debe señalarse que la doctrina mayoritaria ha cuestionado desde un primer momento (y, especialmente, a raíz de la decisión del TJUE en el asunto *Leur-Bloem*) la compatibilidad de dichos sistemas con la cláusula anti-abuso prevista en el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE e incluso con la finalidad última perseguida por dicha norma comunitaria, especialmente en aquellos supuestos en los que las causas de concesión/denegación de la autorización en cuestión no vinieran determinadas por una norma y, por ende, las autoridades tributarias dispusieran de un elevado margen de discrecionalidad al respecto²⁶⁵⁰.

En este sentido, se ha llegado a apuntar que: 1) la exigencia de una autorización previa para la aplicación del sistema de diferimiento previsto por la Directiva Fiscal de Fusiones no se configura como un mecanismo adecuado para prevenir posibles supuestos de abuso derivados de la “venta rápida” a un tercero de los títulos recibidos en contrapartida en el marco de operaciones de escisión parcial, aportación de activos o canje de valores, por cuanto dicha transmisión siempre tendría lugar con posterioridad a la realización de la operación en cuestión; y 2) supeditar con carácter general (y, por ende, sin que existan indicios de fraude o abuso) la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a la concesión de una autorización previa por parte de las autoridades tributarias domésticas daría lugar a la introducción de un requisito adicional no previsto por la Directiva que, no sólo resulta desproporcionado, sino que resulta difícilmente

²⁶⁴⁸ Vid. Declaración 9 (a), Documento del Consejo nº 7384/90, de 9 de julio de 1990, p.4. Sobre el proceso que dio origen a la incorporación de esta Declaración en las Actas del Consejo, marcado por la posición de la delegación holandesa que defendía la posibilidad de que los Estados miembros pudieran examinar (y prohibir) con carácter previo determinadas operaciones con el fin de prevenir el fraude y la evasión fiscal, *vid.* VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, pp.284-285, quien apunta que, en todo caso, el tenor literal de la citada Declaración tan sólo permitiría a los Estados miembros someter a autorización previa la aplicación de las disposiciones previstas en los artículos 4 y 9 de la Directiva, no pudiendo extenderse a otras disposiciones contenidas en la misma.

²⁶⁴⁹ Vid. VANISTENDAEL, F., “Taxation of corporate...”, *op.cit.*, pp.915-916.

²⁶⁵⁰ En este sentido, *vid.* NOEL, O., “Implementation of the EC Merger Directive”, *European Taxation*, vol.32, nº7, 1992, pp.230-232; THÖMMES, O., TOMSETT, E., *op.cit.*, p.234; FÉDÉRATION DES EXPERTS COMPTABLES EUROPÉENS, *op.cit.*, pp.15 y 18; o IBFD, *Survey of the implementation of the EC Corporate Tax Directives*, IBFD, Amsterdam, 1995, p.47. No obstante, incluso tras la publicación de la Sentencia del TJUE en el asunto *Leur-Bloem*, DEROUIN, P., *op.cit.*, p.1104, entendía que el sistema de autorización previa contemplado por la legislación francesa resultaba “en lo esencial” compatible con la Directiva y la jurisprudencia del TJUE.

compatible a luz de los principios derivados de las sentencias del TJUE en los asuntos *Leur-Bloem* y *Denkavit-VITIC-Voormeer*²⁶⁵¹.

Pues bien, en nuestra opinión, el análisis de esta cuestión debe partir de la base de que, con independencia de la Declaración incorporada en las Actas del Consejo a la que hemos hecho mención, la Directiva 2009/133/CE no contiene ningún requisito procedimental que los Estados miembros deban seguir o respetar para la aplicación de sus disposiciones. Así, ante el silencio de la Directiva a este respecto y la falta de normativa de la UE en la materia, podría traerse a colación la reiterada doctrina del TJUE acerca del principio de autonomía de procedimiento en virtud de la cual serán los ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados miembros los encargados de determinar las disposiciones procesales dirigidas a garantizar la salvaguarda de los derechos que los contribuyentes deducen del Derecho de la UE.

Ahora bien, es importante tener presente que este principio de autonomía de procedimiento no es absoluto sino que se encuentra limitado por los principios de equivalencia y efectividad. De este modo, el establecimiento de cualquier requisito de naturaleza procedimental por parte de los Estados miembros en relación con la aplicación del régimen de neutralidad fiscal configurado por la Directiva 2009/133/CE sólo podría resultar admisible si: 1) no resulta menos favorable que el aplicable a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia), y 2) no hace imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por la Directiva (principio de efectividad)²⁶⁵².

De este modo, a nuestro juicio, la aplicación del principio de equivalencia, determinaría la inadmisibilidad desde la óptica de la Directiva 2009/133/CE de una normativa interna que supeditase la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a un procedimiento de autorización previa ante las autoridades tributarias nacionales únicamente cuando se tratase de operaciones de reorganización empresarial de naturaleza transfronteriza en la medida en que este requisito daría lugar a una “carga procedimental” adicional frente a las operaciones de naturaleza interna que, en definitiva, se traduciría en que estas últimas serían tratadas de forma más favorable que las reorganizaciones empresariales de naturaleza transfronteriza²⁶⁵³.

Por otra parte, y por lo que respecta a la aplicación del principio de efectividad, el TJUE ya ha señalado que a la hora de analizar en el caso concreto si una disposición nacional dificulta en exceso o imposibilita en la práctica el ejercicio de los derechos que

²⁶⁵¹ Vid. VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, op.cit., pp.284-286.

²⁶⁵² Vid., entre otras, las SSTJUE de 8 de marzo de 2017, asunto C-14/16, *Euro Park Service v. Ministre des Finances et des Comptes publics*, ap.36; de 18 de octubre de 2012, asunto C-603/10, *Pelati d.o.o. v. Eslovenia*, ap.23; o de 30 de junio de 2011, asunto C-262/09, *Wienand Meilicke, Heidi Christa Weyde, Marina Stöffler v. Finanzamt Bonn-Innenstadt*, ap.55.

²⁶⁵³ Todo ello, sin perjuicio de que los propios requisitos materiales a los que se sujeta la concesión de la citada autorización por parte de las autoridades nacionales competentes pueda dar lugar al surgimiento de una restricción a la libertad de establecimiento incompatible con el artículo 49 del TFUE, tal y como ya hemos apuntado a la hora de referirnos a la sentencia del TJUE en el asunto *Euro Park Service*.

el ordenamiento jurídico de la UE confiere a los particulares deberán tenerse en cuenta los principios básicos sobre los que se basa el sistema jurisdiccional del Estado miembro en cuestión, tales como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento²⁶⁵⁴. En relación con esta cuestión, cobra especial relevancia la reiterada doctrina del TJUE donde se afirma que el principio de seguridad jurídica exige que los interesados puedan conocer, sin ambigüedad, los derechos y obligaciones derivados de una norma de Derecho de la UE²⁶⁵⁵ (especialmente cuando la misma pueda implicar consecuencias financieras²⁶⁵⁶), pudiendo extenderse dicha afirmación a las medidas adoptadas por los Estados miembros en aplicación del Derecho comunitario que impongan obligaciones a los particulares²⁶⁵⁷ o, de forma más genérica, “al contexto de la adaptación del Derecho interno a una directiva en materia fiscal”²⁶⁵⁸.

En el ámbito de la Directiva 2009/133/CE, el TJUE ya ha tenido ocasión de afirmar, por una parte, que los objetivos perseguidos por dicha norma comunitaria “deben realizarse en Derecho nacional con respeto a las exigencias de seguridad jurídica”²⁶⁵⁹ y, por otra parte, que, en cuanto al principio de efectividad se refiere, el cumplimiento de la exigencia de seguridad jurídica requiere que las normas procesales de aplicación de la Directiva 2009/133/CE adoptadas por los Estados miembros resulten lo “suficientemente precisas, claras y previsibles para permitir a los contribuyentes conocer con exactitud sus derechos a fin de garantizarles que estarán en condiciones de beneficiarse de ventajas fiscales en virtud de dicha Directiva y de hacerlas valer, en su caso, ante los órganos jurisdiccionales nacionales”²⁶⁶⁰.

Partiendo de estas consideraciones, cabría señalar como en la sentencia del TJUE dictada sobre el asunto *Pelati*²⁶⁶¹, el Tribunal llegó a la conclusión de que una

²⁶⁵⁴ Vid. SSTJUE de 6 de octubre de 2015, asunto C-69/14, *Dragoș Constantin Târșia v. Statul român y Serviciul public comunitar regim permise de conducere și înmatriculare a autovehiculelor*, ap.37; de 27 de junio de 2013, asunto C-93/12, *ET Agroconsulting-04-Velko Stoyanov v. Izpalnitelen direktor na Darzhaven fond «Zemedelie» – Razplashtatelna agentsia*, ap.48; o de 14 de diciembre de 1995, asunto C-312/93, *Peterbroeck, Van Campenhout y Cie SCS v. Bélgica*, ap.14.

²⁶⁵⁵ Vid. SSTJUE de 15 de julio de 2010, asunto C-582/08, *Comisión Europea v. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, ap.49; de 10 de marzo de 2009, asunto C-345/06, *Gottfried Heinrich*, ap.44; o de 21 de junio de 2007, asunto C-158/06, *Stichting ROM-projecten v. Staatssecretaris van Economische Zaken*, ap.25.

²⁶⁵⁶ Vid. SSTJUE de 21 de junio de 2007, asunto C-158/06, *Stichting ROM-projecten v. Staatssecretaris van Economische Zaken*, ap.26; de 16 de marzo de 2006, asunto C-94/05, *Emsland-Stärke GmbH v. Landwirtschaftskammer Hannover*, ap.43; o de 21 de febrero de 2006, asunto C-255/02, *Halifax plc y otros v. Commissioners of Customs & Excise*, ap.72. Ciertamente, éste sería el caso de la Directiva 2009/133/CE por cuanto sus disposiciones se proyectan sobre el tratamiento fiscal de las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial cubiertas por su ámbito de aplicación.

²⁶⁵⁷ Vid. STJUE de 10 de marzo de 2009, asunto C-345/06, *Gottfried Heinrich*, ap.45.

²⁶⁵⁸ Vid. STJUE de 15 de julio de 2010, asunto C-582/08, *Comisión Europea v. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, ap.50.

²⁶⁵⁹ Vid. STJUE de 18 de octubre de 2012, asunto C-603/10, *Pelati d.o.o. v. Eslovenia*, ap.36.

²⁶⁶⁰ Vid. STJUE de 8 de marzo de 2017, asunto C-14/16, *Euro Park Service v. Ministre des Finances et des Comptes publics*, ap.40.

²⁶⁶¹ Esta sentencia trae causa de un litigio entre la sociedad “Pelati d.o.o.” y las autoridades tributarias eslovenas derivado de la desestimación por parte de éstas de la solicitud de aplicación del régimen de neutralidad fiscal presentado por la citada sociedad en relación con una operación de escisión parcial que

normativa nacional que, sin realizar distinción alguna entre el carácter interno o transfronterizo de la operación de reorganización empresarial en cuestión, supedita la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a la obtención de una autorización previa de las autoridades fiscales competentes cuya solicitud debe presentarse dentro de un plazo determinado antes de la realización de la misma, no resulta contraria *per se* al artículo 15.1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE. Ahora bien, los órganos jurisdiccionales nacionales deberán comprobar “si las modalidades de aplicación de dicho plazo, y más concretamente la determinación del punto de partida de éste, son suficientemente precisas, claras y previsibles para permitir que los sujetos pasivos conozcan sus derechos y garantizar que puedan beneficiarse de las ventajas fiscales previstas en las disposiciones de esta Directiva”²⁶⁶².

Así, en el asunto *Pelati*, el TJUE consideró que, si bien la exigencia de que la citada solicitud de autorización se presentase por parte de la sociedad transmitente con una antelación de al menos 30 días respecto de la operación de reestructuración prevista resultaba compatible con el principio de efectividad por lo que respecta a su duración, las modalidades de aplicación de dicho plazo podrían determinar una vulneración del citado principio²⁶⁶³. De hecho, y aun cuando en el caso concreto el propio Tribunal encomienda de forma explícita a los órganos jurisdiccionales nacionales la labor de determinar si nos encontramos ante un plazo configurado de una forma lo suficientemente precisa, clara y previsible que verifique las exigencias del principio de seguridad jurídica, a nuestro juicio, parece que aquellos supuestos en los que, tal y como sucedía en el asunto *Pelati*, el contribuyente no tenga la posibilidad de conocer con exactitud ni el punto de partida del plazo de presentación de la solicitud de autorización para la aplicación del régimen de neutralidad fiscal ni su término²⁶⁶⁴ resultan

había llevado a cabo. A este respecto, cabría señalar como el artículo 47 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades eslovena (*Zakon o davku od dohodkov pravnih oseb*, Uradni list RS, nº 17/05), puesto en relación con el artículo 363 de la Ley relativa al procedimiento fiscal (*Zakon o davčnem postopku*, Uradni list RS, nº 25/05), supeditaba la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a un procedimiento de autorización previa cuya solicitud debería presentarse, bien por parte de la sociedad transmitente o bien por parte de la sociedad beneficiaria, al menos 30 días antes de que se llevara a cabo la operación en cuestión. No obstante, y en la medida en que la norma fiscal no precisaba en qué momento se entendía realizada la operación, las autoridades tributarias eslovenas entendían, sobre la base de lo establecido en el artículo 533 de la Ley de sociedades mercantiles (*Zakon o gospodarskih družbah*, Uradni list RS nº 30/1993), que la fecha de realización de la operación venía dada por la fecha de la inscripción de la operación de escisión en el Registro de las sociedades mercantiles.

²⁶⁶² En este sentido, *vid.* STJUE de 18 de octubre de 2012, asunto C-603/10, *Pelati d.o.o. v. Eslovenia*, ap.37.

²⁶⁶³ En este sentido, *vid.* STJUE de 18 de octubre de 2012, asunto C-603/10, *Pelati d.o.o. v. Eslovenia*, aps.32-33.

²⁶⁶⁴ *Vid.* STJUE de 18 de octubre de 2012, asunto C-603/10, *Pelati d.o.o. v. Eslovenia*, aps.34-35. En este sentido, nótese como, de acuerdo con la legislación doméstica eslovena analizada por el TJUE, el cómputo del plazo para la solicitud de la aplicación del régimen de neutralidad fiscal se realizaba hacia atrás a partir del día en que se realizaba la operación de reestructuración, fecha que a su vez se identificaba con la inscripción de la operación en el registro de sociedades mercantiles por parte de la autoridad competente, lo que en última instancia determinaba que el periodo durante el que transcurría el citado plazo no dependía del contribuyente al no poder éste conocer con exactitud el inicio y término del mismo.

difícilmente compatibles con el principio de efectividad puesto en relación con el principio de seguridad jurídica²⁶⁶⁵.

Asimismo, debe tenerse presente que, incluso cuando nos encontremos ante un plazo de solicitud de autorización configurado de forma precisa, clara y previsible por parte de la norma doméstica en cuestión, la duración del mismo podría determinar *per se* una vulneración del principio de efectividad en la medida en que pueda entenderse que dificulta en exceso o hace prácticamente imposible el acceso a las disposiciones contenidas en la Directiva 2009/133/CE²⁶⁶⁶.

De este modo, y a la luz de la jurisprudencia del TJUE en el asunto *Pelati*, podría afirmarse que el establecimiento por parte de los Estados miembros de un sistema de autorización previa en virtud del cual la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a las operaciones de reorganización empresarial (internas o transfronterizas) queda supeditado a la obtención de una autorización previa de las autoridades fiscales competentes cuya solicitud debe presentarse dentro de un plazo determinado antes de la realización de la misma no resultaría necesariamente contrario al artículo 15.1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE siempre que: i) la duración de dicho plazo resulte razonable al objeto de no hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por la Directiva; y ii) las modalidades de aplicación de dicho plazo resulten suficientemente precisas, claras y previsibles.

No obstante, esta conclusión debe matizarse y completarse a la vista de la más reciente doctrina del TJUE en asunto *Euro Park Service*, donde el Tribunal tuvo ocasión de analizar la compatibilidad con la Directiva 2009/133/CE del artículo 210 C del *Code Général des Impôts* francés, el cual, en su redacción vigente en el momento de producirse los hechos, condicionaba la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial en las que la sociedad transmitente era francesa a la obtención de una autorización previa por parte de las autoridades tributarias competentes, la cual debía concederse necesariamente cuando de los datos aportados por el contribuyente se verificase que: i) la operación estuviese justificada por un motivo económico; ii) la operación no tuviese como objetivo principal o como uno de sus objetivos principales el fraude o la evasión fiscales; y iii) la mecánica de la operación permitiese garantizar el gravamen futuro de las plusvalías que se hubiesen diferido a efectos fiscales²⁶⁶⁷.

²⁶⁶⁵ Sobre la importancia del principio de seguridad jurídica en el ámbito de la configuración de cláusulas anti-abuso en materia tributaria, *vid.* CALDERÓN CARRERO, J.M., “La seguridad jurídica como límite comunitario a la articulación de cláusulas de prevención y lucha contra el fraude y la evasión fiscal: una nota sobre la STJUE de 5 de julio de 2012, Asunto SIAT, C-318/10”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº356, 2012, pp.81-104.

²⁶⁶⁶ *Vid.* STJUE de 18 de octubre de 2012, asunto C-603/10, *Pelati d.o.o. v. Eslovenia*, aps.30-31.

²⁶⁶⁷ *Vid.* STJUE de 8 de marzo de 2017, asunto C-14/16, *Euro Park Service v. Ministre des Finances et des Comptes publics*, aps.8-11.

A este respecto, la primera gran idea que puede extraerse del razonamiento del TJUE en citado asunto pivota sobre la identificación de una serie de elementos que apreciados de forma conjunta (o incluso, en nuestra opinión, concurriendo en el caso concreto de forma individual) podrían determinar una vulneración del principio de efectividad puesto en relación con el principio de seguridad jurídica en el sentido antes señalado y, por ende, la incompatibilidad con la Directiva 2009/133/CE de los sistemas de autorización previa implementados por los Estados miembros, a saber: a) la falta de ajuste entre la práctica seguida por la Administración tributaria y los criterios fijados por la norma donde se configura el sistema de autorización previa en cuestión²⁶⁶⁸; y b) la posibilidad de que el transcurso de un determinado plazo desde la solicitud de autorización presentada por el contribuyente sin respuesta por parte de las autoridades tributarias equivalga a una decisión denegatoria tácita, la cual sólo se motiva si el contribuyente así lo solicita²⁶⁶⁹.

Por otra parte, también cabría destacar como, de acuerdo con el criterio del TJUE, no resultarían admisibles desde la óptica del artículo 15.1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE aquellos sistemas de autorización previa implementados por los Estados miembros que, para conceder el beneficio de las disposiciones de la Directiva, exijan al contribuyente de forma sistemática e incondicional acreditar que la operación de reorganización empresarial en cuestión está justificada por un motivo económico y que no tiene como objetivo principal o como uno de sus objetivos principales el fraude o la evasión fiscal sin que, por su parte, las autoridades tributarias nacionales estén obligadas a aportar al menos un principio de prueba de la falta de motivos económicos válidos o de indicios de fraude o evasión fiscal²⁶⁷⁰. A juicio del Tribunal, una norma

²⁶⁶⁸ Vid. STJUE de 8 de marzo de 2017, asunto C-14/16, *Euro Park Service v. Ministre des Finances et des Comptes publics*, aps.41-42. A título de ejemplo, cabría señalar como, en el caso concreto, la práctica seguida por las autoridades tributarias francesas consistía en conceder la autorización para la aplicación del régimen de neutralidad fiscal cuando el contribuyente acreditaba únicamente la existencia de motivos económicos en la operación de reorganización empresarial en cuestión, a pesar de que el apartado 3 del artículo 210 B del CGI (en su redacción vigente en el momento de producirse los hechos) supeditaba la concesión de dicha autorización a la acreditación por parte del contribuyente de que la operación: 1) estaba justificada por un motivo económico; 2) no tenía como objetivo principal o como uno de sus objetivos principales el fraude o la evasión fiscal; y 3) la mecánica de la misma permitía garantizar el gravamen futuro de las plusvalías que se hubiesen diferido a efectos fiscales.

²⁶⁶⁹ Vid. STJUE de 8 de marzo de 2017, asunto C-14/16, *Euro Park Service v. Ministre des Finances et des Comptes publics*, aps.43-44. De hecho, el propio Tribunal matiza que “para que el contribuyente pueda conocer con exactitud el alcance de los derechos y de las obligaciones que se derivan para él de la Directiva 90/434 y adoptar las medidas oportunas en consecuencia (...), una resolución de la Administración tributaria que deniegue a ese contribuyente el beneficio de una ventaja fiscal con arreglo a dicha Directiva debe estar siempre motivada para que éste pueda verificar el carácter fundado de las razones que han hecho que la referida Administración no le conceda la ventaja prevista en esa Directiva y, en su caso, hacer valer su derecho ante los órganos jurisdiccionales competentes” (ap.45).

²⁶⁷⁰ Vid. STJUE de 8 de marzo de 2017, asunto C-14/16, *Euro Park Service v. Ministre des Finances et des Comptes publics*, aps.56-57. A este respecto, debe tenerse presente como el Tribunal también tuvo en cuenta el hecho de que la norma francesa obligara al contribuyente a acreditar que “la mecánica de la operación permita garantizar el gravamen futuro de las plusvalías que se hayan diferido a efectos fiscales”, por cuanto se trataba de un requisito no previsto en el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva y que no podía justificarse por la lucha contra el fraude o la evasión fiscal al ya estar contemplado este objetivo de forma expresa en el segundo de los requisitos establecidos por el artículo 210 B, apartado 3, del CGI (ap.52).

doméstica de esta naturaleza estaría estableciendo una suerte de presunción general de fraude o evasión fiscal que resultaría contraria a la citada norma comunitaria, tal y como ya se declaró en las sentencias recaídas sobre los asuntos *Leur-Bloem* y *Foggia*²⁶⁷¹.

En definitiva, y a modo de síntesis, podría afirmarse que el hecho de que los Estados miembros supediten la aplicación de las disposiciones contenidas en la Directiva 2009/133/CE a un requisito de naturaleza procedimental consistente en la obtención de una autorización previa emitida por las autoridades tributarias nacionales competentes no resulta *per se* contrario al artículo 15.1, apartado a) de la citada norma comunitaria siempre que se verifique el cumplimiento de los principios de equivalencia y efectividad en el sentido antes señalado. De este modo, y aun cuando cada caso concreto deberá analizarse a la luz del conjunto de circunstancias que concurran en el mismo, no parece que resulten admisibles desde la óptica de la norma comunitaria aquellos sistemas de autorización previa que sólo se proyecten sobre las operaciones de reorganización empresarial de naturaleza transfronteriza o que, aun resultando de aplicación tanto a las reorganizaciones empresariales transfronterizas como a aquéllas de carácter estrictamente interno se caractericen por la presencia de los siguientes elementos: i) establecimiento de un plazo de presentación de la solicitud cuya duración no resulte “razonable” (y, por ende, dificulte en exceso o imposibilite en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos al contribuyente por la Directiva); ii) imposibilidad para el contribuyente de conocer con exactitud el inicio y término de dicho plazo; iii) posibilidad de que la autorización en cuestión pueda denegarse sin una decisión motivada por parte de las autoridades tributarias nacionales competentes; o iv) existencia de una falta de ajuste o divergencia entre los requisitos establecidos por la norma donde se configura el sistema de autorización previa y la práctica seguida por la Administración tributaria.

Ahora bien, en todo caso, debe tenerse presente que, tal y como se puso de manifiesto en la sentencia del TJUE en el asunto *Euro Park Service*, la incompatibilidad con el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE de las normas domésticas que establecen dichos sistemas de autorización previa también puede venir dada por los requisitos de naturaleza material exigidos al contribuyente para la obtención de la autorización en cuestión. En concreto, ya hemos apuntado que no resultarán admisibles desde la óptica de la Directiva aquellos sistemas que exijan al contribuyente, de forma sistemática e incondicional, acreditar que la operación se encuentra justificada por un motivo económico y que no tiene como objetivo principal o como uno de sus objetivos principales el fraude o la evasión fiscal sin que, por su parte, la Administración tributaria tenga que realizar un mínimo esfuerzo probatorio en relación con la falta de motivos económicos válidos o con la existencia de indicios de fraude o evasión fiscal. De un modo similar, parece que también resultarían incompatibles con la Directiva

²⁶⁷¹ Vid. SSTJUE de 8 de marzo de 2017, asunto C-14/16, *Euro Park Service v. Ministre des Finances et des Comptes publics*, ap.55; de 10 de noviembre de 2011, asunto C-126/10, *Foggia-Sociedade Gestora de Participações Sociais SA v. Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais*, ap.37; y de 17 de julio de 1997, asunto C-28/95, *Leur-Bloem v. Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*, aps.41 y 44.

aquellos sistemas de autorización previa en los que la concesión de la autorización en cuestión quedase supeditada al cumplimiento por parte del contribuyente de requisitos no previstos por la propia norma comunitaria.

En nuestra opinión, la sentencia del TJUE en el *Euro Park Service* no refleja un cambio radical en la posición mantenida por el Tribunal en el asunto *Pelati* frente a los sistemas de autorización previa implementados por los Estados miembros en relación con la aplicación del régimen de neutralidad fiscal configurado por la Directiva 2009/133/CE. Así, el diferente resultado al que llega el TJUE en los asuntos *Euro Park Service* y *Pelati* por lo que respecta a la compatibilidad con el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva de los sistemas de autorización previa implementados respectivamente por la normativa interna francesa y eslovena parece que viene determinado por las características propias del sistema francés que, como hemos visto, no sólo limitaba la exigencia de autorización previa a las operaciones de reorganización empresarial de naturaleza transfronteriza (con la consiguiente problemática desde la óptica del artículo 49 del TFUE), sino que supeditaba su concesión a una serie de requisitos materiales que, o bien no se encontraban previstos en la propia Directiva, o bien se traducían en el establecimiento de una presunción general de fraude o evasión fiscal contraria a la doctrina reiterada del propio TJUE.

De hecho, y como bien reconoció el Abogado General en sus conclusiones presentadas en el asunto *Euro Park Service*, debe tenerse presente que, por una parte, en el asunto *Pelati* no se abordaron los requisitos de fondo a los que se supeditaba la obtención de la autorización previa por parte de las autoridades tributarias competentes (los cuales no se describen en la sentencia) y, por otra parte, en el asunto *Euro Park Service* “lo que parece criticable no es la existencia como tal de un procedimiento de aprobación sino los requisitos de fondo y de prueba exigidos para obtener dicha aprobación y, más concretamente, su conformidad con el principio de proporcionalidad (...)”²⁶⁷². En cualquier caso, resulta claro que la doctrina del TJUE en el asunto *Euro Park Service* ha estrechado de forma considerable el campo de aquellos sistemas de autorización previa implementados por los Estados miembros que pueden considerarse compatibles con la Directiva 2009/133/CE y, más en concreto, con su artículo 15.1, apartado a).

Ciertamente, y más allá del criterio que se extrae de la doctrina del TJUE en los asuntos antes señalados, no debe perderse de vista como, a nuestro juicio, este tipo de sistemas de autorización previa presentan un difícil encaje con la finalidad última perseguida por la Directiva y plasmada en su Considerando nº 2²⁶⁷³. En este sentido, cabría señalar como el razonamiento que subyace tras la configuración del propio régimen de neutralidad fiscal contemplado en la Directiva 2009/133/CE parece pivotar sobre la aplicación de las disposiciones contenidas en dicha norma comunitaria como

²⁶⁷² Vid. Conclusiones del Abogado General M. Wathelet presentadas el 26 de octubre de 2016 en el asunto C-14/16, *Euro Park Service v. Ministre des finances et des comptes publics*, aps.50-51.

²⁶⁷³ En esta misma línea, vid. FERNÁNDEZ-VELILLA, J.A., *op.cit.*, p.48.

una consecuencia inherente a la realización de las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial cubiertas por su ámbito de aplicación y en las que se verifique el cumplimiento de los requisitos establecidos por la norma a tal efecto, salvo en aquellos supuestos en los que pueda probarse que dichas operaciones tienen como principal objetivo o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal²⁶⁷⁴.

Por ello, desde la óptica del cumplimiento de la finalidad esencial perseguida por la Directiva 2009/133/CE, resultaría más adecuado el planteamiento seguido por algunos Estados miembros como España donde, tras la reforma operada por la Ley 27/2014 de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, el régimen de neutralidad fiscal resulta de aplicación “por defecto” a las operaciones de reorganización empresarial cubiertas por su ámbito de aplicación salvo que expresamente se indique lo contrario a la hora de comunicar la realización de la operación en cuestión a la Administración tributaria²⁶⁷⁵; todo ello sin perjuicio de la facultad que asiste a las autoridades tributarias para denegar la aplicación del citado régimen en aquellos supuestos en los que, tras las actuaciones de comprobación oportunas, se constate que la operación realizada tenía como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal²⁶⁷⁶.

A este respecto, conviene señalar que, si bien la falta de presentación en plazo de la citada comunicación constituye una infracción tributaria grave susceptible de ser sancionada con una multa pecuniaria fija de 10.000 euros por cada operación respecto de la que hubiese de suministrarse información²⁶⁷⁷, en ningún caso dará lugar a la exclusión del régimen de neutralidad fiscal. Ciertamente, el sistema vigente en la actualidad contrasta con el previsto anteriormente en el hoy derogado TRLIS²⁶⁷⁸, no sólo por su menor complejidad²⁶⁷⁹, sino especialmente porque bajo el sistema anterior se requería manifestar de forma explícita la opción por el régimen de neutralidad

²⁶⁷⁴ Vid. STJUE de 17 de julio de 1997, asunto C-28/95, *Leur-Bloem v. Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*, ap.40. En esta misma línea, vid. GINTER, E., *op.cit.*, p.171.

²⁶⁷⁵ Vid. artículo 89.1 de la LIS. En esta misma línea, vid. GARCÍA-OLÍAS JIMÉNEZ, C., “La eliminación de la obligación de optar por la aplicación del régimen fiscal especial de reestructuraciones”, *Actualidad jurídica Uría-Menéndez*, nº49, 2018, p.54. Por otra parte, nótese que dicha comunicación deberá ser efectuada por parte de la sociedad beneficiaria o dominante salvo que ésta no sea residente en territorio español, en cuyo caso esta obligación recaerá en la sociedad transmitente o dominada. Ahora bien, si esta última tampoco reside en territorio español, serán los socios los que deban comunicar que la operación realizada se ha acogido a un régimen fiscal similar al establecido en este Capítulo VII del Título VII de la LIS.

²⁶⁷⁶ Vid. artículo 89.2 de la LIS.

²⁶⁷⁷ A este respecto, CALDERÓN CARRERO, J.M., MARTÍN JIMÉNEZ, A., *Derecho Tributario de...*, *op.cit.*, p.310, han expresado sus dudas acerca de la compatibilidad de esta sanción con el Derecho de la UE.

²⁶⁷⁸ Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

²⁶⁷⁹ A este respecto, podría traerse a colación la simplificación que se ha operado en el ámbito de la comunicación a la Administración tributaria de la realización de la operación de reorganización empresarial en cuestión en el nuevo Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (*cf.* artículos 42 a 45 del Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades v. artículos 48 y 49 del Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades).

fiscal²⁶⁸⁰ y comunicar al Ministerio de Economía y Hacienda el ejercicio de dicha opción de forma tal que, de no ejercitarse tal derecho de opción, el régimen de neutralidad fiscal no resultaba de aplicación, lo cual, como mínimo, entraba en contradicción con el objetivo fundamental de la Directiva Fiscal de Fusiones en el sentido antes señalado²⁶⁸¹.

2.8. La posibilidad de que los Estados miembros puedan imponer sanciones derivadas de la denegación de la aplicación del régimen de neutralidad fiscal

Por último, aunque íntimamente relacionado con la facultad de los Estados miembros para denegar la aplicación total o parcial de las disposiciones que integran el régimen de neutralidad fiscal inspirado en la Directiva 2009/133/CE en aquellos supuestos en los que la operación tenga como principal objetivo o uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal, podría plantearse si la posible imposición de sanciones tributarias por parte de los Estados miembros en este tipo de supuestos resulta compatible con la norma comunitaria.

A este respecto, y con carácter previo, cabría señalar como, en el plano del Derecho societario, la Directiva 2019/2121/UE contempla explícitamente la necesidad de que los Estados miembros, por una parte, establezcan el régimen de sanciones aplicables a cualquier infracción de las disposiciones nacionales adoptadas en implementación de la Directiva²⁶⁸² y, por otra parte, adopten todas las medidas

²⁶⁸⁰ En función de la operación de reorganización empresarial de que se tratase y de la residencia de las sociedades participantes en la misma, la opción por el régimen de neutralidad fiscal debía figurar en el proyecto, en los acuerdos sociales, o en la escritura pública en la que se documentase el oportuno acto/contrato o la transmisión realizada (*vid.* artículo 96.1 del TRLIS).

²⁶⁸¹ De hecho, para algunos autores como GRACIA ESPINAR, E., VIÑAS RUEDA, L., *op.cit.*, p.77, la necesidad de ejercitar el derecho de opción se configuraba como un requisito no previsto en la norma comunitaria susceptible de introducir un obstáculo a su aplicación. A este respecto, no puede perderse de vista como, en relación con el sistema introducido originariamente por el artículo 16.1 de la Ley 29/1991 y en virtud del cual la aplicación del régimen de neutralidad fiscal quedaba supeditada a la comunicación previa al Ministerio de Economía y Hacienda de la operación que se iba a realizar así como de la voluntad de acogerse al citado régimen especial, la STS de 16 de junio de 2010 (rec. cas. nº 3300/2004) ya tuvo ocasión de afirmar que “resulta con claridad meridiana que el establecimiento de la comunicación al MEH constituye un obstáculo contrario a la Directiva 90/434, al restringir la normativa nacional un derecho incondicionalmente reconocido por la norma europea, pudiendo esta Sala desplazar la aplicación del derecho interno como expresamente lo ha señalado la doctrina del Tribunal de Justicia en reiteradas sentencias”. Dicha doctrina sería reiterada por las SSTS de 13 de enero de 2011 (rec. cas. nº 1451/2006) y de 14 de mayo de 2012 (rec.cas. nº 7012/2009). En esta misma línea, aunque en relación con el artículo 96 del TRLIS donde se mantenía la exigencia del ejercicio del derecho de opción y la comunicación previa al Ministerio de Economía y Hacienda como requisitos formales para la aplicación del régimen de neutralidad fiscal, podría traerse a colación la SAN de 10 de junio de 2019 (rec. nº 16/2016) donde se reconoció de forma explícita que el incumplimiento de tales requisitos no puede determinar la no aplicación del citado régimen (al no tener estos carácter o efecto constitutivo), puesto que lo contrario iría en contra de la Directiva 2009/133/CE.

²⁶⁸² Nótese como, tratándose de infracciones consideradas como “graves”, las sanciones aplicables por los Estados miembros podrían ser incluso de naturaleza penal.

necesarias para garantizar su ejecución, con el único límite de que dichas medidas y sanciones sean efectivas, proporcionadas y disuasorias²⁶⁸³. De este modo, y en la medida en que la cláusula anti-abuso prevista actualmente en los artículos 86 *quaterdecies* (transformaciones transfronterizas), 127 (fusiones transfronterizas), y 160 *quaterdecies* (escisiones transfronterizas) de la Directiva 2017/1132/UE fue introducida por la Directiva 2019/2121/UE, podría entenderse que se estaría abriendo la puerta a que, tratándose de operaciones con fines abusivos o fraudulentos que tengan por efecto u objeto sustraerse o eludir el Derecho nacional o de la UE, o con fines delictivos, el Estado miembro competente para emitir el certificado previo exigible en el marco del control de legalidad aplicable a estas operaciones no sólo no expida dicho certificado sino que pueda imponer las correspondientes sanciones.

No obstante, y dejando al margen de aquellas operaciones transfronterizas de reorganización empresarial llevadas a cabo con fines delictivos (las cuales en buena lógica podrán ser merecedoras de un castigo de índole penal), a la hora de configurar posibles sanciones administrativas aplicables a supuestos en los que la operación en cuestión se lleva a cabo con fines abusivos o fraudulentos que tengan por efecto u objeto sustraerse o eludir el Derecho nacional o de la UE debe tenerse presente que, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de la Directiva 2009/133/CE, la aplicación de la cláusula anti-abuso prevista en la Directiva 2017/1132/UE se traduce directamente en la imposibilidad de realizar la operación de fusión, escisión, o transformación transfronteriza en cuestión (habida cuenta de su naturaleza *ex ante*) de forma tal que ésta no llega a desplegar sus efectos. A nuestro juicio, esta circunstancia resulta especialmente relevante desde la óptica del principio de proporcionalidad.

Ciertamente, a la vista del silencio de la Directiva 2009/133/CE a este respecto parece que nos encontramos ante una cuestión que queda en manos de las legislaciones domésticas de los diferentes Estados miembros. De hecho, en países como España o Francia, la denegación del régimen de neutralidad fiscal por parte de las autoridades tributarias nacionales viene, en ocasiones, acompañada de la imposición de sanciones vinculadas al defecto de ingreso de la cuota del impuesto indebidamente diferido²⁶⁸⁴. En este sentido, se ha apuntado²⁶⁸⁵ que la facultad de los Estados miembros para imponer sanciones en este ámbito podría encontrar cierto sustento en la sentencia del TJUE de 21 de septiembre de 1989, asunto C-68/88, *Comisión de las Comunidades Europeas v.*

²⁶⁸³ Vid. artículo 2 de la Directiva 2019/2121/UE.

²⁶⁸⁴ En este sentido, y por lo que respecta al caso de Francia, ya hemos apuntado como en el marco de la inspección fiscal que dio origen al litigio del que trae causa la Sentencia del TJUE en el asunto *Euro Park Service*, la denegación de la aplicación del régimen de neutralidad fiscal por parte de la Administración tributaria francesa a la operación de disolución sin liquidación llevada a cabo por la sociedad “SCI Cairnbulg Nanteuil”, vino acompañada no sólo de la correspondiente liquidación tributaria a la sociedad “Euro Park Service” (en su condición de sucesora legal de la sociedad “SCI Cairnbulg Nanteuil”) sino también de la imposición de la sanción prevista en el artículo 1729 del CGI por incumplimiento deliberado.

²⁶⁸⁵ Vid. PETROSOVITCH, K., *op.cit.*, p.566.

Grecia donde, sobre la base de lo establecido en el artículo 4 del TUE²⁶⁸⁶, el Tribunal afirmó que en aquellos supuestos en los que una norma comunitaria no contenga disposición específica alguna que prevea una sanción en caso de infracción o cuando remita en este aspecto, a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas nacionales, los Estados miembros deberán adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar el alcance y la eficacia del Derecho comunitario²⁶⁸⁷. En particular, dichos Estados miembros (que serán competentes para elegir las sanciones adecuadas) deberán procurar que “las infracciones del Derecho comunitario sean sancionadas en condiciones análogas de fondo y de procedimiento a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional cuando tengan una índole y una importancia similares y que, en todo caso, confieran un carácter efectivo, proporcionado y disuasorio a la sanción”²⁶⁸⁸.

Sin embargo, a nuestro juicio, la doctrina derivada de la sentencia antes citada resulte difícilmente extrapolable al ámbito de la Directiva 2009/133/CE por cuanto no nos encontramos ante un norma de Derecho de la UE cuyo objetivo principal es el establecimiento de una serie de obligaciones para los contribuyentes cuyo incumplimiento podría ser calificado *stricto sensu* como una infracción del Derecho comunitario, sino que se orienta a la configuración de un régimen de neutralidad fiscal destinado a eliminar los obstáculos fiscales que afectan a las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial e integrado por una serie de disposiciones de favor de las que podrán beneficiarse los contribuyentes siempre que así lo estimen oportuno y se dé cumplimiento a una serie de requisitos fijados por la norma.

De este modo, y aun cuando la posibilidad de imponer sanciones asociadas o derivadas de la denegación de la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a una operación de reorganización empresarial pudiera resultar compatible *stricto sensu* con el tenor literal del artículo 15.1 de la Directiva 2009/133/CE, lo cierto es que podría presentar problemas de encaje con una interpretación restrictiva del citado precepto sostenida por el TJUE en diversas ocasiones, e incluso con la finalidad perseguida por dicha norma de Derecho de la UE puesta en relación con el principio de proporcionalidad²⁶⁸⁹. En esta misma línea, también cabría apuntar como, en materia de IVA, el TJUE ya tuvo ocasión de señalar que la imposición de sanciones ante la constatación de la existencia de una práctica abusiva requerirá de “una base legal clara y

²⁶⁸⁶ Nótese como el citado precepto establece el párrafo segundo de su apartado tercero que “los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión”.

²⁶⁸⁷ Vid. STJUE de 21 de septiembre de 1989, asunto C-68/88, *Comisión de las Comunidades Europeas v. Grecia*, ap.23.

²⁶⁸⁸ Vid. STJUE de 21 de septiembre de 1989, asunto C-68/88, *Comisión de las Comunidades Europeas v. Grecia*, ap.24.

²⁶⁸⁹ A este respecto, y a nivel interno, algunos autores como CALVO VÉRGEZ, J., *op.cit.*, p.40; o FALCÓN Y TELLA, R., *op.cit.*, p.8, ya han puesto de manifiesto sus dudas acerca de la compatibilidad de la imposición de sanciones en este tipo de supuestos con la Directiva 2009/133/CE.

exenta de ambigüedad”²⁶⁹⁰, la cual no puede extraerse del contenido del artículo 15.1, de la Directiva.

En relación con esta cuestión, podría traerse colación el caso de España donde, en un primer momento, el artículo 16.2 de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas en virtud del cual se implementaba a nivel interno la cláusula anti-abuso contenida originariamente en el artículo 11.1 de la Directiva 90/434/CEE establecía que “cuando como consecuencia de la comprobación administrativa de las operaciones a que se refiere el artículo 1.º, se probara que las mismas se realizaron principalmente con fines de fraude o evasión fiscal, se perderá el derecho al régimen tributario establecido en el presente Título y se procederá por la Administración a la regularización de la situación tributaria de los sujetos pasivos, con las correspondientes sanciones e intereses de demora” (el subrayado es nuestro). De este modo, la imposición de sanciones por parte de las autoridades tributarias parecía configurarse como una suerte de automatismo o consecuencia necesaria en aquellos supuestos en los que se denegaba la aplicación del régimen de neutralidad fiscal.

Dicha expresión ya fue suprimida por la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades²⁶⁹¹, estableciendo la redacción actual del párrafo segundo del artículo 89.2 de la LIS que “las actuaciones de comprobación de la Administración tributaria que determinen la inaplicación total o parcial del régimen fiscal especial por aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior, eliminarán exclusivamente los efectos de la ventaja fiscal”, lo que, a nuestro juicio, resulta más adecuado desde la óptica de la Directiva 2009/133/CE. Sin embargo, lo cierto es que, el Tribunal Supremo, a pesar de reconocer la existencia de una doctrina favorable a la no imposición de sanciones vinculadas a la aplicación de la cláusula prevista en el citado precepto (la cual se construía sobre la base de que la LGT excluía expresamente la imposición de sanciones en los supuestos de declaración de fraude de ley)²⁶⁹², ha llegado a afirmar que esta posibilidad no puede descartarse de forma automática sino que será necesario llevar a cabo un análisis de cada caso concreto con el fin de examinar si concurre el elemento subjetivo del tipo infractor en cuestión (p.ej. el contenido en los artículos 191 o 195 de la LGT).

Así, en la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2016 (rec. cas. nº 2211/2015) se admitió la imposición de sanciones en el marco de una operación de reorganización empresarial acogida al régimen de neutralidad fiscal en la que se apreció

²⁶⁹⁰ Vid. STJUE de 21 de febrero de 2006, asunto C-255/02, *Halifax plc y otros v. Commissioners of Customs & Excise*, ap.93, donde se establece que “además, procede recordar que la comprobación de que existe una práctica abusiva no debe llevar a una sanción, para la cual sería necesaria una base legal clara y exenta de ambigüedad, sino a una obligación de devolución como simple consecuencia de esta comprobación, haciendo que las deducciones del IVA soportado sean, en parte o en su totalidad, indebidas (véase, en este sentido, la sentencia *Emsland-Stärke*, antes citada, apartado 56)”.

²⁶⁹¹ Vid. artículo 110.2 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.

²⁶⁹² En este sentido, *vid.*, entre otras, las SSTS de 23 de febrero de 2016 (rec. cas. nº 877/2014); o de 3 de julio de 2012 (rec. cas. nº 3703/2009).

la existencia de simulación relativa²⁶⁹³. En esta misma línea, y aun sin apreciar la existencia de simulación, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2016 (rec. cas. nº 1164/2016) también confirmó la sanción impuesta por la comisión de la infracción contenida en el artículo 191 de la LGT en el marco de una operación de aportación no dineraria (acogida inicialmente al régimen de neutralidad fiscal) en la que se incorporaban deudas que no estaban vinculadas directamente con la organización o el funcionamiento de los elementos transmitidos, al concluir el Tribunal que existía culpabilidad a título de negligencia en la actuación del contribuyente, la cual no podía ampararse en una interpretación razonable de la norma²⁶⁹⁴.

De hecho, esta necesidad de analizar todas las circunstancias concurrentes en el caso en cuestión con el fin de determinar la concurrencia del elemento subjetivo de la infracción en la conducta del contribuyente ha sido reconocida por el Tribunal Supremo incluso en supuestos donde finalmente se determinaba la improcedencia de las sanciones impuestas como resultado de la aplicación de la cláusula prevista en el artículo 89.2 LIS, tal y como muestran las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2017 (rec. cas. nº 351/2016) o de 14 de junio de 2014 (rec. cas. nº 848/2012).

Por último, es importante tener presente como el Considerando nº 11 de la Directiva 2016/1164/UE dispone específicamente que “no debería impedirse a los Estados miembros aplicar sanciones” cuando resulten de aplicación las normas generales anti-abuso previstas en sus respectivos ordenamientos internos. De este modo, se estaría abriendo la puerta a la imposición de sanciones por parte de los Estados miembros en aquellos supuestos en los que entren en juego las normas anti-abuso domésticas derivadas de la implementación a nivel interno de la cláusula prevista en el artículo 6 de la citada Directiva, las cuales, como ya hemos apuntado anteriormente, también podrán proyectarse sobre las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial cubiertas por el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE. En cualquier caso, y como bien han apuntado algunos autores, la jurisprudencia del TJUE podría actuar como límite al ejercicio de dicha facultad por parte de los Estados miembros al requerirse “cuando menos una base legal clara respecto de los supuestos donde tales sanciones pueden ser impuestas”²⁶⁹⁵.

²⁶⁹³ Nótese como, a pesar de la conclusión alcanzada por el Tribunal Supremo, uno de los magistrados formuló un voto particular (al que se adhirió otro magistrado) en el que, en síntesis, y negando la existencia de simulación en el caso concreto, se aboga por “tesis tradicional” contraria a la imposición de sanciones en los supuestos de exclusión del régimen de neutralidad fiscal por aplicación de la cláusula contenida en el artículo 89.2 de la LIS y fijada en las SSTS de 23 de febrero de 2016 (rec. cas. nº 877/2014); de 16 de enero de 2014 (rec. cas. nº 390/2011); o de 3 de julio de 2012 (rec. cas. nº 3703/2009).

²⁶⁹⁴ En este sentido, cabría traer a colación las palabras del Tribunal cuando afirma que “no se trata aquí de apreciar exclusivamente si la operación regularizada respondió o no a motivos económicos válidos, sino en valorar a efectos sancionadores una conducta consistente en aprovechar la aportación no dineraria a una sociedad (un inmueble destinado a hotel) para “adjuntar” a esa aportación unas deudas que nada tenían que ver con la adquisición de dicho bien, en clara oposición a la doctrina sentada por la Dirección General de Tributos en varias consultas vinculantes”.

²⁶⁹⁵ En este sentido, *vid.* CALDERÓN CARRERO, J.M., MARTÍN JIMÉNEZ, A., “La Directiva 2016/1164 contra las prácticas de elusión fiscal que inciden en el Mercado Interior: ¿el principio del final

3. La modalidad prevista en el artículo 15.1 apartado b) de la Directiva 2009/133/CE

3.1. Finalidad y estructura

Tal y como ya hemos apuntado, la “reserva de competencia” contemplada en el artículo 15.1 de la Directiva 2009/133/CE y en virtud de la cual los Estados miembros podrán negarse a aplicar las disposiciones contenidas en los artículos 4 a 14 de la Directiva o retirar el beneficio de las mismas, de forma total o parcial, no se proyecta exclusivamente sobre aquellos supuestos en los que se verifique que la operación transfronteriza de reorganización empresarial en cuestión cubierta por su ámbito de aplicación tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal, sino que también se proyecta sobre aquellas operaciones que tengan por resultado que una sociedad, participante o no en la operación de que se trate, deje de reunir las condiciones necesarias para la representación de los trabajadores en los órganos de la sociedad según las modalidades aplicables con carácter previo a la operación²⁶⁹⁶.

A este respecto, cabría señalar que nos encontramos ante una modalidad de la cláusula anti-abuso cuya introducción en el contenido originario de la Directiva 90/434/CEE responde a la preocupación mostrada desde un primer momento por la delegación alemana en relación con la posibilidad de que a través de una operación de reorganización empresarial de naturaleza transfronteriza las sociedades pudiesen eludir el sistema de cogestión alemán o *Mitbestimmung*, dando lugar a una restricción o incluso supresión de los derechos de participación de los trabajadores en los órganos de representación de la sociedad²⁶⁹⁷. Sin embargo, la configuración de una cláusula anti-abuso de tal naturaleza en el marco de la Directiva Fiscal de Fusiones (que, dicho sea de paso, no se proyecta sobre la protección de otros derechos de los trabajadores como los de información o consulta) no fue vista con buenos ojos por parte de la gran mayoría de Estados miembros ni de la propia Comisión. De hecho, la delegación francesa llegó a llamar la atención acerca del riesgo de que la citada cláusula pudiese desplegar un cierto efecto proteccionista al permitir que los Estados miembros con normativas domésticas más exigentes en materia de derechos de representación de los trabajadores pudiesen

de un IS nacional o una pieza más de descoordinación en el nuevo orden post-BEPS?”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº407, 2017, pp.30 y 34, quienes traen a colación la doctrina derivada de la sentencia del TJUE en el asunto *Halifax* antes señalada.

²⁶⁹⁶ Vid. artículo 15.1, apartado b), de la Directiva 2009/133/CE.

²⁶⁹⁷ Vid. HAMAEEKERS, H., *op.cit.*, p.10; GOERGEN, R., *op.cit.*, pp.313-314; WIDMANN, S., *op.cit.*, 413; y THÖMMES, O., TOMSETT, E., *op.cit.*, p.230. De hecho, la importancia de la protección de los derechos de participación de los trabajadores para la delegación alemana ha quedado patente en el proceso de elaboración de otras normas de Derecho de la UE como la Directiva 2005/56/CE o el Reglamento (CE) nº 2157/2001.

oponerse “casi de forma sistemática” a la aplicación de las disposiciones de la Directiva (especialmente tratándose de operaciones de fusión), frustrando así el objetivo perseguido por la misma²⁶⁹⁸.

Por lo que respecta al contenido del actual artículo 15.1, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE, ya hemos adelantado que los Estados miembros podrán invocar la cláusula anti-abuso prevista en el mismo en aquellos supuestos en los que la operación de reorganización empresarial en cuestión “tenga por resultado que una sociedad, que participe o no en la operación, ya no reúna las condiciones necesarias para la representación de los trabajadores en los órganos de la sociedad según las modalidades aplicables antes de la operación en cuestión”. De este modo, y al menos desde un punto de vista formal, debe señalarse en primer lugar como la aplicación de esta modalidad de cláusula anti-abuso pivota específicamente sobre el “resultado” de la operación (elemento de naturaleza eminentemente objetiva), y no sobre el hecho de que la misma tenga como “principal objetivo o como uno de los principales objetivos” la privación o el menoscabo de los derechos de representación que ostentaban los trabajadores con carácter previo a la operación.

Sin embargo, la redacción del citado precepto no resulta clara acerca de cuál es la sociedad en la que debe producirse tal resultado, habida cuenta de que *a priori* el uso de la expresión “una sociedad, que participe o no en la operación” podría referirse tanto a la sociedad transmitente como a la sociedad beneficiaria, o incluso a una sociedad no participante directamente en la operación como, por ejemplo, una filial de la sociedad transmitente. A este respecto cabría señalar como, en relación con aquellas operaciones de reorganización empresarial cubiertas por el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE que se caracterizan por la extinción de la sociedad transmitente como resultado de las mismas (p.ej. fusiones y escisiones totales), si entendiésemos que la citada expresión se proyecta sobre la sociedad transmitente llegaríamos a la conclusión de que la realización de dichas operaciones siempre verificaría el presupuesto de hecho que abre la puerta a la aplicación de la cláusula anti-abuso prevista en el artículo 15.1, apartado b) de la Directiva con independencia de que los antiguos trabajadores de la sociedad transmitente pudiesen ver incluso reforzados sus derechos de representación en la sociedad beneficiaria. Ciertamente, parece evidente que tal resultado resultaría inconsistente con el objetivo que inspiró la introducción de esta modalidad de cláusula anti-abuso en la norma comunitaria.

Por ello, coincidimos con aquellos autores que entienden que, más allá de la imprecisa redacción del artículo 15.1, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE, una interpretación del citado precepto a la luz de los trabajos preparatorios que cristalizaron en su aprobación definitiva nos llevaría a concluir que, en este tipo de supuestos, la finalidad perseguida no es otra que garantizar que la “transferencia” de trabajadores

²⁶⁹⁸ Vid. Documento del Consejo nº 7247/89, de 8 de junio de 1989, p.4. Una buena aproximación al origen y a los trabajos preparatorios que dieron lugar a la modalidad de la cláusula anti-abuso contemplada en actual artículo 15.1, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE puede encontrarse en VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, op.cit., pp.310-312.

desde la sociedad transmitente (que se extingue como resultado de la operación) hacia la sociedad beneficiaria no se traduzca en un menoscabo de los derechos de representación de los que disfrutaban en sede de la sociedad transmitente. De este modo, se ha apuntado que la modalidad de la cláusula anti-abuso prevista en el artículo 15.1, apartado b) de la Directiva podría entrar en juego en aquellos casos en los que, por ejemplo, de acuerdo con la legislación aplicable en el Estado miembro de la sociedad beneficiaria se vea reducido el porcentaje de los representantes de los trabajadores en los órganos de dirección o administración de dicha sociedad (frente al existente en sede de la sociedad transmitente), o directamente la legislación doméstica aplicable a la sociedad beneficiaria no confiera a los trabajadores la posibilidad de nombrar representantes en sus órganos de dirección o administración (a diferencia de lo que sucedía con la legislación aplicable a la sociedad transmitente)²⁶⁹⁹.

En nuestra opinión, esta misma conclusión podría resultar aplicable, en términos generales, a aquellas operaciones de reorganización empresarial caracterizadas por la no extinción de la sociedad transmitente como resultado de su realización (p.ej. escisiones parciales o aportaciones de activos), de forma tal que la aplicación del artículo 15.1, apartado b) de la Directiva se orientaría a evitar que los trabajadores vinculados a la rama de actividad transmitida pudiesen ver menoscabados sus derechos de representación en sede de la sociedad beneficiaria. No obstante, la supervivencia de la sociedad transmitente determinaría que, al menos desde un punto de vista formal, también podría dejar de reunir “las condiciones necesarias para la representación de los trabajadores en los órganos de la sociedad según las modalidades aplicables antes de la operación en cuestión”²⁷⁰⁰. Ahora bien, este supuesto parece poco probable en la práctica por cuanto dicha sociedad seguirá sujeta a la legislación del mismo Estado miembro antes y después de la operación. Ciertamente, y habida cuenta de las divergencias existentes entre las normativas domésticas de los Estados miembros en esta materia²⁷⁰¹, será precisamente el cambio de la legislación aplicable lo que, con carácter general, determinará que en sede de la sociedad beneficiaria los trabajadores puedan ver afectados los derechos de participación de los que disfrutaban en la sociedad transmitente.

²⁶⁹⁹ Sobre esta cuestión, *vid.* VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, pp.313-315.

²⁷⁰⁰ De hecho, la Declaración 9 (b) incorporada a por petición de Alemania a las Actas del Consejo establece que, tratándose de operaciones de aportación de activos, la aplicación del artículo 15.1, apartado b) se proyectará sobre la sociedad transmitente, lo cual, tal y como bien se ha apuntado por parte de algún autor, podría resultar inconsistente con la propia estructura del artículo 15.1, apartado b) de la Directiva y carecer de vigencia cuando la transmisión por parte de la sociedad transmitente de todas sus ramas de actividad determine la “transferencia” de la totalidad de sus trabajadores a la sociedad beneficiaria (en este sentido, *vid.* VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.314).

²⁷⁰¹ A título ilustrativo, y en relación con las divergencias en los Estados miembros de la UE por lo que respecta participación de los representantes de los trabajadores en los órganos de dirección de las empresas, *vid.* UGT, *Participación de los representantes de los trabajadores en los Consejo de Administración de las empresas. Documento de trabajo*, 2014, p.2 (el documento resulta accesible a través del enlace <http://portal.ugt.org/actualidad/2014/diciembre/boletin20/IS-008.pdf>).

3.2. Límites a la aplicación de esta modalidad de cláusula anti-abuso: la excepción prevista en el artículo 15.2 de la Directiva

En cualquier caso, debe tenerse presente que la propia Directiva circunscribe el ámbito de aplicación de esta modalidad de la cláusula anti-abuso a aquellos casos en los que “no pueda aplicarse a las sociedades a las que se refiere la presente Directiva ninguna normativa comunitaria que incluya disposiciones equivalentes en materia de representación de los trabajadores en los órganos de la sociedad”²⁷⁰².

Así, en primer lugar, cabría señalar que, tal y como ya hemos apuntado en anteriores epígrafes de este trabajo, la Directiva 2001/86/CE establece normas relativas a la participación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea. De este modo, no parece que los Estados miembros puedan invocar la cláusula prevista en el artículo 15.1, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE en el ámbito de aquellas operaciones de fusión transfronteriza que tengan por objeto la constitución de una SE de acuerdo con lo establecido en el Reglamento (CE) n° 2157/2001. Ciertamente, y aun cuando en determinados supuestos particulares la Directiva 2001/86/CE podría no resultar suficiente para garantizar el mantenimiento de los derechos de participación de los trabajadores en la SE, coincidimos con aquellos autores que, sobre la base de la finalidad perseguida por dicha norma²⁷⁰³, entienden que podría ser calificada como “normativa comunitaria que incluya disposiciones equivalentes” a los efectos de aplicación del artículo 15.2 de la Directiva 2009/133/CE²⁷⁰⁴.

Esta misma conclusión resultaría extensible al ámbito de la Sociedad Cooperativa Europea habida cuenta de que la Directiva 2003/72/CE también establece normas relativas a la participación de los trabajadores en sede de dicha forma societaria de naturaleza europea. No obstante, y por lo que respecta a la creación de una SCE mediante fusión transfronteriza de sociedades cooperativas nacionales regulada en el Reglamento (CE) n° 1435/2003, cabría matizar como, en la medida que estas formas societarias no han sido incorporadas por parte de todos los Estados miembros a la lista que figura en el anexo I, parte A de la Directiva 2009/133/CE, la citada operación de creación de una SCE por fusión podría quedar directamente extramuros del ámbito de aplicación de la citada norma comunitaria.

Por su parte, la Directiva 2017/1132/UE (en su versión modificada por la Directiva 2019/2121/UE) también se refiere a los derechos de participación de los trabajadores en el marco de las operaciones transfronterizas de fusión y escisión de sociedades de capital cubiertas por su ámbito de aplicación estableciendo que, en determinados supuestos²⁷⁰⁵ y frente a la regla general de que la sociedad resultante de estas operaciones estará sujeta a las normas relativas a la participación de los

²⁷⁰² Vid. artículo 15.2 de la Directiva 2009/133/CE.

²⁷⁰³ Vid. Considerandos n° 3 y 7 de la Directiva 2001/86/CE.

²⁷⁰⁴ Sobre esta cuestión, vid. VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, op.cit., pp.316-317, y doctrina citada.

²⁷⁰⁵ Vid. artículos 133.2, y 160 *tercedies*, apartado 2 de la Directiva 2017/1132/UE.

trabajadores vigentes en el Estado miembro en que se encuentre su domicilio social²⁷⁰⁶, los Estados miembros deberán regular la participación de los trabajadores en la sociedad resultante de la operación de conformidad (*mutatis mutandis*) con una serie de disposiciones contenidas en el Reglamento (CE) n° 2157/2001 y en la Directiva 2001/86/CE²⁷⁰⁷. De este modo, y en la medida en que nos encontramos ante una norma comunitaria que contiene disposiciones orientadas específicamente a evitar que los derechos de participación de los trabajadores puedan verse menoscabados como resultado de estas operaciones, entendemos que el hecho de que exista la posibilidad de que, en algún supuesto particular, los trabajadores puedan ver efectivamente limitados sus derechos de representación²⁷⁰⁸ no es óbice para considerar que nos encontramos ante una “normativa comunitaria que incluya disposiciones equivalentes” a los efectos de aplicación del artículo 15.2 de la Directiva 2009/133/CE²⁷⁰⁹.

Es por ello que, tratándose de operaciones a las que resulte de aplicación lo dispuesto en la Directiva 2017/1132/UE, los Estados miembros deberían de abstenerse de aplicar la modalidad de cláusula anti-abuso prevista en el artículo 15.1, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE. Sin embargo, a este respecto, conviene recordar que no existe una identidad plena entre las definiciones de las operaciones cubiertas por el ámbito de aplicación objetivo de ambas normas comunitarias, de forma tal que, si bien todas las modalidades de fusión previstas en el artículo 2, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE (fusión por absorción, fusión por constitución, y fusión impropia) tienen su equivalente en el artículo 119.2 de la Directiva 2017/1132/UE, no sucede lo mismo en el ámbito de las operaciones de escisión (total o parcial), pudiendo encontrar modalidades de las mismas previstas en el artículo 2, apartados b y c) de la Directiva 2009/133/CE que no tendrían acceso a las disposiciones de la Directiva 2017/1132/UE, a saber, las escisiones totales o parciales en las que la sociedad o sociedades beneficiarias no son de nueva creación. Del mismo modo, las operaciones de aportación de activos contempladas en el artículo 2, apartado d) de la Directiva 2009/133/CE quedarían extramuros de la Directiva 2017/1132/UE cuando la sociedad transmitente aportase la totalidad de sus ramas de actividad.

Por tanto, y más allá de la problemática que presentan tales divergencias, podría afirmarse que la extensión del ámbito de aplicación objetivo de la Directiva 2017/1132/UE llevada a cabo por la Directiva 2019/2121/UE ha contribuido a limitar aun más el radio de acción de la cláusula anti-abuso prevista en el 15.1, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE.

²⁷⁰⁶ Vid. artículos 133.1, y 160 *tercedies*, apartado 1 de la Directiva 2017/1132/UE.

²⁷⁰⁷ Vid. artículos 133.3, y 160 *tercedies*, apartado 3 de la Directiva 2017/1132/UE.

²⁷⁰⁸ Vid. artículo 133.4, subapartado c) y 160 *tercedies*, apartado 4, subapartado b) de la Directiva 2017/1132/UE.

²⁷⁰⁹ En esta misma línea, ya se había manifestado en su momento VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.318.

3.3. Reflexiones finales

A nuestro juicio, y sobre la base de lo anteriormente expuesto, cabría señalar que nos encontramos ante una modalidad de la cláusula anti-abuso de redacción imprecisa, contornos difusos, y difícil encaje dentro de la Directiva 2009/133/CE habida cuenta de su estructura y finalidad. En este sentido, no parece muy adecuado que sobre la base de cuestiones propias del ámbito del Derecho laboral pueda llegar a determinarse por parte de los Estados miembros la inaplicación del régimen de neutralidad fiscal configurado por la Directiva Fiscal de Fusiones²⁷¹⁰, especialmente a la luz de la doctrina del TJUE en el asunto *Zwijnenburg* a la que ya nos hemos referido.

Asimismo, conviene apuntar que esta modalidad de la cláusula anti-abuso prevista en el artículo 15.1, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE presenta una escasa relevancia práctica habida cuenta de que, por una parte, los Estados miembros no han implementado a nivel doméstico el contenido del citado precepto (ni siquiera Alemania) y, por otra parte, no parece que dispongan de principios generales o disposiciones normativas en sus respectivos ordenamientos domésticos susceptibles de ser interpretadas de conformidad con el citado precepto, de forma tal que, en aplicación de la doctrina del TJUE en el asunto *Kofoed* a la que ya nos hemos referido les permitan denegar la aplicación de las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE a aquellas operaciones de reorganización empresarial que impacten negativamente en los derechos de representación de los trabajadores²⁷¹¹.

Por tanto, en nuestra opinión, y aun cuando debe reconocerse que una posible labor de “clarificación” de los apartados 1.b) y 2 del artículo 15 de la Directiva 2009/133/CE podría contribuir a una interpretación uniforme de los mismos por parte de los Estados miembros (con el consiguiente impacto positivo en términos de seguridad jurídica), los motivos antes señalados ponen de manifiesto que la cláusula anti-abuso configurada a través de los citados preceptos presenta un importante problema de encaje dentro de la propia Directiva Fiscal de Fusiones a luz de su finalidad y estructura, así como de su interpretación por parte del TJUE lo que, unido a su escasa relevancia práctica, aconsejaría la eliminación de esta modalidad de la cláusula anti-abuso del contenido de la Directiva 2009/133/CE.

²⁷¹⁰ En esta misma línea, *vid.* HOFSTÄTTER, M., HOHENWARTER-MAYR, D., *op.cit.*, p.179; STORM, P., “Cross-border Mergers, the Rule of Reason and Employee Participation”, *European Company Law*, vol.3, nº3, 2006, p.138; HERZIG, N., GRIEMLA, S., “Steuerliche Aspekte der Europäischen aktiengesellschaft / Societas Europaea (SE)”, *Steuer und Wirtschaft*, nº1, 2002, p.60, citado por LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., HERRERA MOLINA, P., *op.cit.*, p.38; o CHOWN, J., “The mergers Directive...”, *op.cit.*, p.410.

²⁷¹¹ *Vid.* VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers...*, *op.cit.*, p.310.

CONCLUSIONES

I. El proceso de armonización del Derecho societario europeo en materia de operaciones de reorganización empresarial

A lo largo de estos últimos cincuenta años se han dado pasos importantes en la armonización del Derecho societario de los Estados miembros en materia de operaciones de reorganización empresarial, ya fuera con el objetivo de homogeneizar en la medida de lo posible el régimen jurídico aplicable a las fusiones o escisiones de sociedades anónimas realizadas en el ámbito estrictamente doméstico (Directivas 78/855/CEE y 82/891/CEE), o con el fin de permitir la adaptación de la dimensión y estructura de las empresas de los diferentes Estados miembros a las nuevas necesidades del mercado interior así como a las mayores exigencias de productividad y competitividad derivadas del proceso de globalización económica, bien a través de la realización de operaciones de fusión, escisión o transformación transfronteriza (Directivas 2005/56/CE y 2019/2121/UE), o bien mediante la creación de formas societarias de naturaleza europea (Reglamento (CE) n° 2157/2001).

a) Fusiones y escisiones internas

Si nos centramos en las disposiciones contenidas originariamente en las Directivas 78/855/CEE y 82/891/CEE en materia, respectivamente, de fusiones y escisiones internas, cabría destacar la aportación de un concepto “europeo” de estas operaciones, la configuración de su régimen jurídico fundamental, así como su contribución a garantizar a los accionistas y terceros un nivel mínimo (y homogéneo) de protección y seguridad jurídica en el ámbito de estas operaciones, especialmente por lo que respecta a la “Tercera Directiva” habida cuenta de que, a diferencia de la “Sexta Directiva”, no se configuraba como una norma de armonización imperativa relativa. No obstante, en nuestra opinión, el paso de los años y la experiencia práctica de su aplicación ha puesto de manifiesto como todavía existen algunas cuestiones susceptibles de mejora cuya modificación podría repercutir positivamente no sólo en el ámbito de las fusiones y escisiones internas, sino también en el plano transfronterizo.

En este sentido, y por lo que respecta a las disposiciones en materia de fusiones internas contenidas actualmente en los artículos 87 a 117 de la Directiva 2017/1132/UE, debe resaltarse la conveniencia de extender su ámbito de aplicación subjetivo a las “sociedades de capital” que figuran en el anexo II de citada Directiva y que *a priori* pueden beneficiarse de las disposiciones en materia de fusiones transfronterizas previstas en dicha norma de Derecho de la UE. Por otra parte, y aun cuando entendemos que el ámbito de aplicación objetivo del artículo 117 de la Directiva 2017/1132/UE podría proyectarse sobre las operaciones de aportación total de activos contempladas en las legislaciones societarias domésticas de los Estados miembros, lo cierto es que la redacción escueta y ambigua del citado precepto no resulta clara al respecto. A nuestro

juicio, la ampliación explícita del ámbito de aplicación de la Directiva a estas operaciones en el ámbito interno contribuiría a la extensión del proceso armonizador a las aportaciones totales de activos llevadas a cabo en el ámbito transfronterizo, las cuales, a pesar de tener acceso a régimen previsto por la Directiva 2009/133/CE, no tienen encaje ni dentro las modalidades de operaciones de fusión previstas en el artículo 119.2 de la Directiva 2017/1132/UE ni en la definición de “escisión por segregación” contenida en su artículo 160 *ter* que, por el contrario, sí que permite dar cobertura a las operaciones transfronterizas de aportación parcial de activos.

En relación con las disposiciones en materia de escisiones internas contempladas actualmente en los artículos 135 a 160 de la Directiva 2017/1132/UE, la primera cuestión sobre la que cabría llamar la atención pivota sobre la necesidad de establecer la obligación para los Estados miembros de configurar un régimen jurídico aplicable a estas operaciones que necesariamente deberá estar sujeto a sus disposiciones (al igual que sucede en el ámbito de las fusiones llevadas a cabo a en el ámbito interno). Asimismo, y aun cuando la mayoría de Estados miembros ya ha extendido de forma unilateral la aplicación de las disposiciones contenidas en los citados preceptos a otras figuras societarias, entendemos que debería ser la propia Directiva la que amplíe su aplicación subjetivo a las “sociedades de capital” que figuran en el anexo II de la Directiva 2017/1132/UE y que *a priori* tienen acceso a las disposiciones en materia de escisiones transfronterizas previstas en dicha norma de Derecho de la UE. Por otra parte, debería plantearse la conveniencia de extender explícitamente el ámbito de aplicación de las disposiciones contenidas en los preceptos anteriormente citados a las escisiones parciales (cubiertas actualmente por el escueto artículo 159 de la Directiva), así como a las aportaciones parciales de activos que se llevan a cabo en el ámbito de doméstico, habida cuenta de que nos encontramos ante operaciones que ya han sido incorporadas al proceso de armonización en el plano del Derecho societario europeo cuando se desarrollan en un contexto transfronterizo.

b) Operaciones transfronterizas de fusión, escisión, y traslado de la sede social

Si nos trasladamos al ámbito de las fusiones transfronterizas, cabría señalar como la Directiva 2005/56/CE abrió definitivamente la puerta a la realización de estas operaciones en el ámbito de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo, configurando un régimen jurídico que permitía a las sociedades de capital de los diferentes Estados miembros llevarlas a cabo en adecuadas condiciones de seguridad jurídica (sin necesidad de recurrir, en el ámbito intra-europeo, a la *Societas Europaea*) a la vez que trataba de garantizar la protección de los derechos de los socios minoritarios, acreedores, y trabajadores afectados por las mismas. De este modo, nos encontramos ante una norma que ha contribuido de forma decisiva a desarrollar la libertad de establecimiento de las sociedades de los diferentes Estados miembros, así como a incrementar el grado de movilidad transfronteriza de las empresas de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo (incluyendo a las PYMEs), eliminando los

principales obstáculos jurídicos que afectaban negativamente a la realización de estas operaciones y reduciendo los costes asociados a las mismas.

Asimismo, cabría destacar como la reforma operada por la Directiva 2019/2121/UE en el conjunto de disposiciones relativas a las fusiones transfronterizas previstas actualmente en los artículos 118 a 134 de la Directiva 2017/1132/UE ha permitido corregir alguno de los defectos originarios que afectaban a su correcto funcionamiento (clarificando y desarrollando algunos de los preceptos contenidos en la Directiva 2005/56/CE cuya aplicación práctica había planteado problemas desde la óptica del principio de seguridad jurídica), así como perfeccionar el régimen jurídico aplicable a estas operaciones. En este sentido, y más allá de la ampliación de su ámbito de aplicación objetivo, se ha incrementado el nivel de protección de los derechos de los acreedores, trabajadores, y socios que se hubiesen pronunciado en contra de la operación de fusión (reduciendo asimismo la heterogeneidad existente en relación con las medidas implementadas por los Estados miembros para proteger los intereses de estos colectivos), y se profundizado en el nivel de armonización de aspectos tales como el contenido del proyecto de fusión transfronteriza o del informe que deben elaborar los órganos de dirección o administración, el procedimiento de obtención del certificado previo a la fusión, el control de legalidad, o la publicidad registral de la operación.

Por lo que respecta a las operaciones de escisión y traslado de la sede social llevadas a cabo por sociedades de capital de los diferentes Estados miembros en el ámbito intra-europeo, cabría señalar como el establecimiento por parte de la Directiva 2019/2121/UE de un régimen jurídico aplicable a las escisiones y transformaciones transfronterizas ha configurado una vía para que su realización pueda llevarse a cabo en adecuadas condiciones de seguridad jurídica, simplificando el procedimiento, y garantizando la protección de los intereses de los principales colectivos afectados por las mismas, sin que, por tanto, resulte necesario acudir a fórmulas indirectas (más costosas en términos de tiempo y recursos); todo lo cual contribuye a que las empresas europeas puedan adaptar su estructura a los cambios del mercado o bien elegir contexto legislativo que mejor se adapte a sus necesidades, así como a la realización y buen funcionamiento del mercado interior.

En este sentido, es importante tener presente que, aun cuando la jurisprudencia del TJUE ya había sentado las bases para posibilitar (o, en su caso, facilitar) su realización al amparo de la libertad de establecimiento, no resultaba suficiente para eliminar los obstáculos jurídicos que afectaban a dichas operaciones. Ciertamente, a falta de una norma europea de referencia en la materia, las limitaciones inherentes a dicha jurisprudencia (que pivota sobre supuestos fácticos concretos y cuya interpretación por parte de los Estados miembros está sujeta a un cierto margen de discrecionalidad), así como el carácter heterogéneo de las disposiciones contenidas en las legislaciones domésticas de algunos de estos Estados con el fin de posibilitar estas operaciones, seguían constituyendo un importante hándicap para su realización, especialmente desde la óptica de la seguridad jurídica y de la protección de los socios minoritarios, trabajadores, y acreedores de las sociedades participantes en las mismas.

Ahora bien, y sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, conviene apuntar que, por una parte, habrá que esperar a la implementación a nivel doméstico de las disposiciones contenidas en la Directiva 2019/2121/UE por parte de los Estados miembros para poder evaluar con mayor precisión en qué medida se da cumplimiento a la finalidad y objetivos perseguidos por la citada norma; y, por otra parte, existen algunas cuestiones en la regulación de las operaciones de fusión, escisión y transformación transfronteriza por parte de la Directiva 2017/1132/UE que presentan un cierto margen mejora.

A este respecto, cabría comenzar destacando la exclusión de su ámbito de aplicación objetivo de las operaciones transfronterizas de aportación global de activo y pasivo en las que la sociedad transmitente continúa existiendo como sociedad *holding* tras la aportación de todo su patrimonio a la sociedad beneficiaria, así como de las operaciones transfronterizas de escisión total, parcial, o por segregación en las que la sociedad o sociedades beneficiarias no son de nueva creación sino que existen con anterioridad a la misma. Asimismo, cabría señalar como determinados aspectos de la fusión transfronteriza todavía siguen gobernados por las legislaciones societarias de los Estados miembros (tales como la mayoría necesaria para la aprobación de la operación, el plazo para llevar a cabo el control de legalidad por lo que respecta a la parte del procedimiento relativa a la realización de la fusión transfronteriza y, en su caso, a la constitución de la nueva sociedad resultante de la operación, o la fecha a partir de la cual las operaciones de las sociedades que se fusionen se considerarán, desde el punto de vista contable, como realizadas por la sociedad resultante de la fusión transfronteriza), de forma tal que las divergencias a la hora de regular tales aspectos por parte de los Estados miembros puede traducirse en un incremento del tiempo necesario para completar la fusión transfronteriza, en unos menores niveles de seguridad jurídica, así como en mayores costes de asesoramiento legal para las sociedades participantes. Esta misma crítica podría trasladarse al ámbito de las escisiones transfronterizas en la medida en que algunos elementos relevantes vinculados a estas operaciones han quedado al margen del proceso de armonización llevado a cabo por el legislador europeo en este ámbito (tales como el plazo para efectuar el control de legalidad por parte de las autoridades nacionales de los Estados miembros de las sociedades beneficiarias, o la fecha a partir de la cual las operaciones de la sociedad escindida se considerarán, a efectos contables, operaciones de las sociedades beneficiarias).

Por otra parte, y en relación a la cláusula anti-abuso introducida por la reforma operada por la Directiva 2019/2121/UE en la Directiva 2017/1132/UE, y aplicable en el ámbito de las fusiones, escisiones y transformaciones transfronterizas, cabría señalar que aspectos tales como la amplitud con la que está formulada o su carácter previo a la realización de la operación, podrían dificultar la valoración acerca del carácter abusivo de la misma por parte de las autoridades nacionales e introducir divergencias a la hora de aplicar esta cláusula por parte de los diferentes Estados miembros (los cuales, podrían encontrar incentivos a la adopción de enfoques “restrictivos” orientados a evitar la salida de sociedades de sus respectivas jurisdicciones), sin perjuicio de que su

interpretación deba realizarse a la luz de la jurisprudencia del TJUE en relación con el principio general de prohibición de abuso del Derecho de la UE.

c) El papel de la Sociedad Europea

Las mejoras en el nivel de movilidad transfronteriza de las sociedades nacionales derivadas de la jurisprudencia del TJUE en materia de libertad de establecimiento y de la aprobación, en su momento, de la Directiva 2005/56/CE y, más recientemente, de la Directiva 2019/2121/UE han supuesto un duro revés para la Sociedad Europea que, encorsetada en un estricto y poco flexible régimen jurídico, ha visto disminuir en gran medida el atractivo que presentaba en el momento de su aparición frente a las sociedades constituidas con arreglo al Derecho nacional de los Estados miembros como instrumento al servicio de las operaciones de fusión transfronteriza y traslado de la sede social entre Estados miembros (con mantenimiento de la personalidad jurídica). A este resultado también ha contribuido en el ámbito fiscal la aprobación de la Directiva 2016/1164/UE, en particular, por lo que respecta a sus disposiciones en materia de impuestos de salida.

Ciertamente, el importante papel que la Sociedad Europea estaba llamada a desempeñar, no sólo en el ámbito de las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial, sino como una suerte de elemento catalizador de la actividad de las empresas de los diferentes Estados miembros en el mercado interior, no ha llegado a finalmente consolidarse debido fundamentalmente a una serie de problemas derivados del régimen previsto en el Reglamento (CE) nº 2157/2001 (tales como la elevada cifra de capital mínimo exigido, la imposibilidad de crear una Sociedad Europea de forma originaria, la limitación de las formas societarias que pueden crear una Sociedad Europea por fusión o transformación, la obligación de que el domicilio social y la sede de administración central de la Sociedad Europea se encuentren en el mismo Estado miembro), a los que se une el la incertidumbre derivada de las numerosas remisiones a los ordenamientos de los Estados miembros, así como la lentitud, complejidad y elevados costes asociados al procedimiento para su constitución. Por ello, y al objeto de que la Sociedad Europea pueda recuperar parte del terreno perdido frente a las formas societarias nacionales, debería plantearse la posibilidad de acometer una reforma del Reglamento (CE) nº 2157/2001 orientada a dar respuesta a alguna de las cuestiones apuntadas, de forma tal que la flexibilización de su contenido permita adaptarlo al estado de evolución actual del Derecho societario europeo, especialmente en el ámbito de las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial.

II. El cumplimiento de los fines perseguidos por la Directiva 2009/133/CE

La Directiva 90/434/CEE (actual Directiva 2009/133/CE), a pesar de tener que hacer frente a una serie de problemas a su implementación efectiva en los primeros años desde su aprobación derivados no sólo de las lagunas presentes en el articulado, de la delimitación insuficiente de alguna de sus disposiciones, o de problemas de naturaleza lingüística por lo que respecta a la equivalencia y significado de algunos términos entre

las diferentes versiones de la Directiva, sino también de la falta de reconocimiento por parte de las normativas societarias de algunos Estados miembros de determinadas operaciones que quedaban cubiertas bajo su ámbito de aplicación objetivo, ha contribuido a superar los principales obstáculos que en el ámbito de la imposición directa afectaban negativamente a la realización de las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial cubiertas por su ámbito de aplicación, tanto en sede de la sociedad transmitente y de sus socios, como en sede de la sociedad beneficiaria, y cuyo máximo exponente residía en el gravamen inmediato de las plusvalías latentes puestas de manifiesto como resultado de la operación, al determinar el surgimiento de un importante coste fiscal que, al impactar directamente sobre la posición financiera de la sociedad transmitente y de sus socios (salvo que pudieran beneficiarse de un régimen de *participation exemption*), podía frustrar su realización efectiva aun cuando éstas resultasen viables (y deseables) desde una perspectiva económica y/o comercial.

En relación con esta cuestión, conviene apuntar que, si bien todavía subsisten problemas de transposición de la Directiva Fiscal de Fusiones derivados especialmente de la introducción por parte de algunos Estados miembros, generalmente con una finalidad anti-abuso, de elementos o requisitos adicionales no previstos por la norma que “estrechan” o “restringen” la definición de las operaciones cubiertas por su ámbito de aplicación o el alcance de las medidas fiscales previstas en su articulado, la labor interpretativa del TJUE, no sólo en el ámbito de la propia Directiva Fiscal de Fusiones sino también en relación con las Libertades Fundamentales previstas en el Tratado ha permitido dar respuesta a un buen número de problemas vinculados a la implementación (incorrecta) de la Directiva a nivel doméstico.

De este modo, se han eliminado o, cuanto menos, mitigado las posibles distorsiones de naturaleza fiscal que pudieran afectar a las decisiones de los agentes económicos en esta materia, facilitando a las empresas europeas el ejercicio de las Libertades Fundamentales previstas en el Tratado (especialmente el derecho de establecimiento), los procesos de cooperación transfronteriza, así como la adaptación de su tamaño y estructura a las necesidades de un mercado interior inscrito en un contexto de creciente globalización económica, con el consiguiente impacto positivo sobre la productividad y competitividad de las mismas en el plano internacional.

A este respecto, no puede perderse de vista que, con anterioridad a la aprobación de la Directiva 90/434/CEE, las legislaciones fiscales de los Estados miembros, inspiradas por un cierto temor a perder o ver enormemente dificultada la posibilidad de gravar las rentas o plusvalías generadas en su territorio, contemplaban las operaciones de reorganización empresarial bajo una suerte de doble rasero en función del carácter interno o transfronterizo de las mismas, de forma tal que las medidas o regímenes fiscales especiales previstos para reducir la elevada carga tributaria asociada a las primeras en el ámbito de la imposición directa en raras ocasiones resultaban extensibles a las segundas. De hecho, incluso en aquellos supuestos en los que se contemplaba la extensión, con matices y sujeto al cumplimiento de una serie de requisitos, de las medidas o regímenes fiscales especiales previstos para determinadas operaciones de

reorganización empresarial de naturaleza doméstica al plano transfronterizo, el importante grado de heterogeneidad existente entre los mismos seguía constituyendo un obstáculo a su realización efectiva.

De ahí la importancia de la configuración de un régimen fiscal común aplicable a las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos, canje de acciones, y traslado transfronterizo de la sede social de la SE o SCE en el que destaca el establecimiento de un sistema de diferimiento del gravamen de las plusvalías surgidas en sede de la sociedad transmitente y de sus socios hasta el momento de su realización efectiva, así como una serie de medidas en diferentes ámbitos destinadas a garantizar la neutralidad fiscal de la operación, tanto a nivel de las sociedades participantes como desde la perspectiva de los socios de la sociedad transmitente o dominada, y a evitar, en la medida de lo posible, que las consecuencias tributarias de las operaciones de reorganización empresarial de carácter transfronterizo resultasen más onerosas que las asociadas a estas operaciones cuando eran llevadas a cabo por sociedades de un mismo Estado miembro; todo ello, sin que se derivase un perjuicio para los derechos impositivos de los Estados miembros involucrados en la operación. En este sentido, y sobre la base del carácter opcional del régimen de neutralidad fiscal, cabría señalar que la Directiva 2009/133/CE se limita a poner a disposición de los operadores económicos una serie de medidas que el legislador europeo ha considerado adecuadas para eliminar los obstáculos fiscales a las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial, dejando en manos de las sociedades participantes y de sus socios la decisión final acerca de si, teniendo en cuenta sus circunstancias e intereses particulares, les interesa beneficiarse del régimen de neutralidad fiscal y dar cumplimiento a las obligaciones y requisitos que el acceso al mismo lleva aparejados.

Ahora bien, en todo caso es importante tener presente que la Directiva 2009/133/CE: i) no aborda todos los problemas que presentan las operaciones de reorganización empresarial de naturaleza transfronteriza, limitándose esencialmente a aquéllos estrechamente vinculados al coste fiscal de la operación, dejando fuera de su ámbito de aplicación la problemática fiscal que, a largo plazo, podrían plantear algunas de estas operaciones en el ámbito de los socios de la sociedad transmitente o dominada, principalmente con respecto al régimen fiscal aplicable a las posteriores distribuciones de beneficios cuando como resultado de la operación de reorganización empresarial en cuestión no resultase de aplicación la Directiva Matriz-Filial; ii) presenta una serie de limitaciones por lo que respecta a sus ámbitos de aplicación objetivo y subjetivo; y iii) plantea algunas cuestiones controvertidas en relación con la interpretación de determinados términos contenidos en su articulado (derivadas de la falta de definición de los mismos o del hecho de que presenten contornos imprecisos), o con el alcance y configuración de las medidas fiscales contempladas en alguna de sus disposiciones.

III. Sobre el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 2009/133/CE

Por lo que respecta al ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 2009/133/CE, cabría comenzar señalando que, aun cuando todavía pueden encontrarse

entidades jurídicas nacionales sujetas al Impuesto sobre Sociedades en algunos Estados miembros que llevan a cabo actividades transfronterizas en el seno de la Unión Europea pero que quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva por no figurar en la lista recogida en su anexo I, lo cierto es que su ámbito de aplicación subjetivo debe ser calificado como amplio (p.ej. si lo comparamos con el de las disposiciones contenidas en la Directiva 2017/1132/UE en materia de fusiones y escisiones transfronterizas).

a) Problemática específica que presentan los OICVM

Ahora bien, y en relación con esta cuestión, debe llamarse la atención acerca de los obstáculos fiscales que en la actualidad siguen afectado a las fusiones transfronterizas entre organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM) establecidos en el territorio de los Estados miembros y regulados por la Directiva 2009/65/CE ya que, en la medida en que se trata de entidades no cubiertas, con carácter general, por el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 2009/133/CE, nos encontramos ante operaciones que pueden llevar aparejadas consecuencias tributarias negativas para las propias entidades participantes y, muy especialmente, para sus inversores. Por ello, y frente a la posición tradicionalmente sostenida por la Comisión Europea de abordar esta problemática a través de la jurisprudencia del TJUE (planteamiento que, no obstante, puede resultar útil para eliminar supuestos de discriminación en el tratamiento fiscal por parte de los Estados miembros de las fusiones de OICVM a nivel doméstico y transfronterizo), resultaría conveniente garantizar la neutralidad fiscal de estas operaciones y eliminar las divergencias en su tratamiento fiscal por parte de las legislaciones domésticas de los Estados miembros, bien mediante la extensión del ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE o, preferentemente, a través de una norma específica de Derecho positivo europeo inspirada en el contenido de ésta última que permita tener en cuenta las particularidades propias de estas entidades jurídicas.

b) Las divergencias existentes entre el ámbito de aplicación subjetivo de las Directivas 2009/133/CE y 2017/1132/UE

Asimismo, no puede dejar de señalarse que, en la medida en que algunas de las formas jurídicas nacionales contempladas en el anexo de la Directiva 2009/133/CE no tienen acceso a las disposiciones de la actual Directiva 2017/1132/UE en materia de fusiones y escisiones transfronterizas por no encajar en el concepto de “sociedad de capital” al que se refieren sus artículos 119.1 y 160 *ter*, podría verse frustrada la finalidad de la ampliación del ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva Fiscal de Fusiones llevada a cabo en su momento por parte de la Directiva 2005/19/CE en el marco de dichas operaciones debido a la existencia de obstáculos jurídico-procedimentales que vendrían a dificultar o incluso imposibilitar en la práctica su realización efectiva. No obstante, es importante tener presente que algunas de las formas societarias recogidas en el anexo de la Directiva 2009/133/CE a las que *a priori* no resultarían de aplicación las disposiciones contenidas en la Directiva 2017/1132/UE en materia de fusiones y escisiones transfronterizas podrían beneficiarse de las mismas en

virtud de la extensión unilateral de su ámbito de aplicación subjetivo llevado a cabo por parte de los Estados miembros. Desde la perspectiva inversa, también debe señalarse la existencia de determinadas formas societarias recogidas en el anexo II de la Directiva 2017/1132/UE que no figuran explícitamente en el anexo I de la Directiva 2009/133/CE ni pueden ser incluidas en el mismo vía cláusula de apertura, lo cual determina que, aun cuando las operaciones de fusión y escisión transfronteriza en las que participen dichas entidades puedan acceder a las disposiciones que en el plano del Derecho societario contiene la Directiva 2017/1132/UE, quedarían extramuros del régimen de neutralidad fiscal configurado por la Directiva 2009/133/CE.

c) Problemas asociados a la fórmula prevista en el anexo de la Directiva 2009/133/CE

En cualquier caso, debe apuntarse como la fórmula prevista en el anexo de la Directiva Fiscal de Fusiones como mecanismo para delimitar el ámbito de aplicación subjetivo de dicha norma presenta una serie de problemas derivados de su propia naturaleza.

Así, en primer lugar, el uso de una lista cerrada o *numerus clausus* de interpretación estricta donde se relacione de forma nominativa el conjunto de formas societarias de un determinado Estado miembro que pueden acceder al régimen de neutralidad fiscal previsto por la Directiva 2009/133/CE se traduce en su falta de flexibilidad, no sólo ante el surgimiento de nuevas formas societarias (tanto nacionales como europeas), sino también ante posibles cambios de criterio por parte de los Estados miembros en relación con figuras societarias que, aun existiendo en el momento de elaboración de la norma en cuestión, fueron excluidas inicialmente de su ámbito de aplicación y, por otra parte, podría plantear problemas desde la óptica de la libertad de establecimiento e incluso desde la óptica de la libre circulación de capitales cuando en la operación participasen sociedades constituidas, respectivamente, en un Estado miembro de la Unión Europea o en un tercer Estado que, cumpliendo el resto de requisitos previstos en el artículo 3 de la Directiva, no figurasen en el anexo de la Directiva 2009/133/CE, especialmente si tenemos en cuenta que los Estados miembros han extendido el régimen de neutralidad fiscal a operaciones de naturaleza estrictamente doméstica en las que participan formas societarias nacionales que no figuran en el anexo de la misma.

En segundo lugar, cabría señalar como la presencia de fórmulas genéricas y cláusulas de apertura en el anexo de la Directiva 2009/133/CE constituye un arma de doble filo ya que, si bien amplían el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva y contribuyen a evitar posibles conflictos desde la óptica de la libertad de establecimiento, podrían introducir un “plus” de complejidad tanto a la hora de planificar la operación como desde la óptica de su tratamiento fiscal por parte de las autoridades tributarias de los Estados miembros de residencia de las sociedades participantes en la misma debido al posible surgimiento de dudas y conflictos de interpretación acerca de si una determinada entidad jurídica extranjera tiene encaje en la fórmula genérica o en la

cláusula de apertura prevista en el anexo de la Directiva en relación con el Estado miembro conforme a cuya legislación fue constituida.

d) Las diferencias existentes entre el ámbito de aplicación subjetivo de las Directivas 2011/96/UE, 2009/133/CE y 2003/49/CE

Asimismo, conviene destacar como, desde la óptica del buen funcionamiento del mercado interior, y aun cuando las principales formas societarias de los Estados miembros se encuentran cubiertas por el ámbito de aplicación subjetivo de las Directivas 2011/96/UE, 2009/133/CE, y 2003/49/CE, no parece adecuado que la elección por parte de los agentes económicos de una determinada forma societaria para canalizar su inversión o llevar a cabo su actividad pueda suponer, en ciertos casos, la renuncia a los beneficios de alguna de estas normas de Derecho de la UE debido a la falta de coordinación entre las listas de sociedades recogidas en sus respectivos anexos. A este respecto, y partiendo del reconociendo la singularidad de los fines perseguidos por dichas normas, la existencia de tales divergencias entre sus ámbitos de aplicación subjetivo resulta particularmente criticable en el caso de la Directiva Fiscal de Fusiones y la Directiva Matriz-Filial habida cuenta de su naturaleza complementaria. Por ello, sería recomendable homogeneizar en la medida de lo posible el catálogo de formas societarias nacionales que pueden acceder a los beneficios contemplados en las citadas Directivas en materia de fiscalidad directa.

e) El requisito previsto en el artículo 3, apartado c) de la Directiva 2009/133/CE

Por otra parte, y en relación con el requisito contemplado en el artículo 3, apartado c) de la Directiva 2009/133/CE, cabría señalar como, en nuestra opinión, la exclusión de determinadas formas societarias nacionales del ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva por el simple hecho de tener reconocido un derecho de opción que les permite tributar por uno de los impuestos recogidos en la parte B del anexo I de la Directiva o bien por otro impuesto diferente, no resulta adecuada desde la óptica de los objetivos perseguidos por la propia norma comunitaria ni puede justificarse sobre la base de la protección de los intereses financieros de los Estados miembros, y más bien parece reflejar el interés de estos últimos de eludir la carga de verificar si una sociedad constituida con arreglo a la legislación de otro Estado miembro ha optado efectivamente por someterse al Impuesto sobre Sociedades. De este modo, y en la medida en que lo particularmente relevante a efectos de la aplicación de la Directiva 2009/133/CE será si la forma societaria nacional está exenta o no del Impuesto sobre Sociedades, convendría platearse la extensión de su ámbito de aplicación subjetivo a las formas societarias nacionales que hubiesen quedado sujetas (y no exentas) a uno de los impuestos contemplados en la parte B del anexo I de la Directiva en virtud del ejercicio del derecho de opción que les reconoce la legislación tributaria doméstica del Estado miembro en cuestión.

Asimismo, y en relación con la inclusión en el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 2009/133/CE de aquellas formas societarias nacionales sujetas al Impuesto sobre Sociedades, sin posibilidad de opción y sin estar exentas, pero sometidas a un tipo de gravamen del 0%, cabría señalar que, aun cuando este tipo de formas societarias encajarían formalmente en el tenor literal del artículo 3, apartado c) de la Directiva Fiscal de Fusiones, lo cierto es que una interpretación del citado precepto acorde con su finalidad y alineada con la doctrina del TJUE en el asunto *Wereldhave Belgium Comm. VA y otros*, nos llevaría a excluirlas de su ámbito de aplicación en la medida en que la aplicación de un tipo de gravamen del 0% desplegaría, en la práctica y desde el punto de vista de la garantía de los derechos de gravamen de los Estados miembros sobre las plusvalías diferidas, unos efectos similares a la exención del impuesto.

f) La participación en la operación de sociedades residentes en un mismo Estado miembro

En otro orden de cosas, y más allá de la problemática para determinar de qué Estado “son” las sociedades participantes en la operación a los efectos de verificar la presencia del elemento transfronterizo exigido por el artículo 1 de la Directiva a falta de indicaciones claras al respecto por parte de dicha norma, cabría señalar que la participación en la operación de reorganización empresarial en cuestión de dos o más sociedades residentes en un mismo Estado miembro junto con otras sociedades residentes en Estados miembros diferentes podría plantear dudas acerca de si las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE resultarían de aplicación a la operación en su conjunto o sólo a la “parte transfronteriza” de la misma, sin perjuicio de que, en todo caso, la “parte doméstica” de la operación pudiese quedar cubierta por las disposiciones de la Directiva en virtud de una extensión unilateral de su ámbito de aplicación por parte de los Estados miembros. En nuestra opinión, el hecho de que en una operación de reorganización empresarial de las contempladas en el artículo 2 de la Directiva Fiscal de Fusiones intervengan dos o más sociedades residentes en el mismo Estado miembro no debería impedir el acceso de la operación en su conjunto al régimen de neutralidad fiscal siempre que todas las sociedades participantes en la misma cumplan los requisitos previstos en el artículo 3 de la Directiva 2009/133/CE. Todo ello, sin perjuicio de que, en relación con aquellos supuestos en los que pudiera constatarse que la incorporación de una sociedad residente en otro Estado miembro a una determinada operación de reorganización empresarial de naturaleza estrictamente interna persiguiese únicamente dotar a dicha operación de un carácter transfronterizo que no le corresponde por sus características económicas con el único fin de acceder a los beneficios de la Directiva 2009/133/CE, pudiera recurrirse a la cláusula anti-abuso contemplada en su artículo 15.1.

g) La participación en la operación de sociedades de terceros Estados

Desde otra perspectiva, conviene apuntar que, partiendo de una interpretación conjunta del tenor literal de los artículos 1, apartado a) y 3 de la Directiva 2009/133/CE, resulta que las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial en las que

participen sociedades cuya residencia fiscal esté localizada en Estados no miembros quedarían excluidas del ámbito de aplicación de la citada Directiva con independencia de que en la misma operación también interviniesen sociedades residentes en dos o más Estados miembros de la Unión Europea y sin que exista la posibilidad de una aplicación “parcial” del régimen de neutralidad fiscal. Asimismo, también quedarían excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE aquellas operaciones de reorganización empresarial en las que participasen sociedades constituidas de acuerdo con la legislación de un Estado no miembro.

No obstante, y con independencia de que los Estados miembros puedan extender unilateralmente (aunque sujeto a una serie de requisitos) sus respectivos regímenes de neutralidad fiscal inspirados en las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE a alguno de los supuestos anteriormente mencionados, lo cierto es que tratándose de sociedades residentes en Estados miembros del Espacio Económico Europeo o sociedades constituidas de acuerdo con la legislación de uno de estos Estados pero residentes fiscales en un Estado miembro de la Unión Europea, podría afirmarse que, sobre la base del principio de no discriminación y de la libertad de establecimiento prevista en los artículos 31 y 34 del AEEE, los Estados miembros deberán extender, con carácter general, el tratamiento fiscal previsto en sus respectivas legislaciones nacionales para las operaciones de reorganización empresarial de carácter interno a aquellas operaciones de reorganización empresarial comparables en las que participen sociedades establecidas en un Estado parte del Espacio Económico Europeo, sin que esto conlleve una ampliación del ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE. De hecho, y a la luz de la doctrina derivada de la sentencia del TJUE en el asunto *SECIL-Companhia Geral de Cal e Cimento SA* podría incluso plantearse la posibilidad de extender esta afirmación a aquellos supuestos en los que en la operación de reorganización empresarial en cuestión participasen sociedades de terceros Estados con los que la Unión Europea hubiese suscrito un Acuerdo comercial o de inversión (p.ej. los Acuerdos Euromediterráneos de Asociación) que se proyectase sobre el derecho de establecimiento de forma clara y precisa, especialmente cuanto existan mecanismos eficaces de asistencia mutua e intercambio de información entre las autoridades competentes de los Estados parte de dicho Acuerdo.

En nuestra opinión, y aun cuando la “aplicación indirecta” de las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE (vía principio de no discriminación) a supuestos que *a priori* quedarían excluidos de su ámbito de aplicación podría plantear algunos problemas vinculados al carácter heterogéneo de las legislaciones fiscales domésticas de los Estados miembros, lo cierto es que el hecho de que la mayoría de los mismos haya optado por extender unilateralmente el régimen de neutralidad fiscal previsto en la Directiva 2009/133/CE a supuestos puramente internos contribuiría, por una parte, a extender de forma efectiva el mercado interior a todo el Espacio Económico Europeo y, por otra parte, a la vigencia práctica de las disposiciones en materia de fusiones y escisiones transfronterizas contenidas Directiva 2017/1132/UE cuyo su ámbito de aplicación se proyecta sobre el conjunto del Espacio Económico Europeo.

IV. Sobre el ámbito de aplicación objetivo de la Directiva 2009/133/CE

a) Las divergencias existentes entre el ámbito de aplicación objetivo de las Directivas 2009/133/CE y 2017/1132/UE

Si nos centramos ahora en el ámbito de aplicación objetivo de la Directiva 2009/133/CE cabría comenzar destacando las divergencias existentes con respecto al ámbito de aplicación objetivo de la Directiva 2017/1132/UE (especialmente tras la reforma operada por la Directiva 2019/2121/UE). En este sentido cabría señalar que: i) determinadas operaciones de reorganización empresarial contempladas actualmente por la Directiva 2017/1132/UE no figuran recogidas como tales en la Directiva 2009/133/CE, pudiendo observarse asimismo la situación inversa; y ii) las diferencias existentes entre las definiciones de escisión parcial y segregación (o aportación parcial de activos) previstas en Directiva 2017/1132/UE y las contempladas en la Directiva 2009/133/UE se traducen en que, por una parte, determinadas operaciones transfronterizas de escisión parcial o aportación de activos realizadas al amparo del régimen jurídico previsto en la Directiva 2017/1132/UE quedarán extramuros del régimen de neutralidad fiscal configurado por la Directiva 2009/133/CE y, por otra parte, determinadas operaciones transfronterizas de aportación de activos susceptibles de acceder a las disposiciones de la Directiva 2009/133/CE no podrán realizarse al amparo de las disposiciones previstas en la Directiva 2017/1132/UE, tal y como sería el caso de la aportación total de activos.

A este respecto, y aun reconociendo la ausencia de una identidad entre los fines y objetivos perseguidos por la Directiva 2017/1132/UE (en relación con sus disposiciones en materia de fusiones, escisiones y transformaciones transfronterizas) y por la Directiva 2009/133/CE, debería considerarse la necesidad de flexibilizar alguno de los elementos que integran las definiciones autónomas de las operaciones de reorganización empresarial contempladas en la Directiva 2009/133/CE al objeto de mitigar el impacto de las divergencias anteriormente señaladas ya que, por una parte, no puede ignorarse la estrecha relación existente entre el proceso de armonización llevado en el plano del Derecho societario y del Derecho tributario por lo que respecta a las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial como modalidades de ejercicio de la libertad de establecimiento y, por otra parte, debe tenerse presente que la no aplicación del régimen de neutralidad fiscal a alguna de las operaciones previstas por la Directiva 2017/1132/UE podría determinar, en la práctica, una pérdida de la vigencia efectiva de sus disposiciones.

b) La extensión del ámbito de aplicación objetivo de la Directiva a otras operaciones de reorganización empresarial

Más allá de los problemas de interacción con la Directiva 2017/1132/UE, cabría señalar la conveniencia de que la Directiva 2009/133/CE, siguiendo el planteamiento adoptado por algunos Estados miembros, diese cobertura bajo su ámbito de aplicación objeto a las siguientes operaciones: i) fusiones en las que los socios de la sociedad o sociedades transmitentes reciben títulos de otra sociedad que no es la beneficiaria de los

elementos patrimoniales transmitidos (fusiones “triangulares”); ii) fusiones en las que la sociedad transmitente y la sociedad beneficiaria se encuentran íntegramente participadas de forma directa por el mismo socio o por varios socios en la misma proporción (fusiones “gemelares” o “entre hermanas”), más aún si tenemos en cuenta que tras la reforma operada por la Directiva 2019/2121/UE estas operaciones ya se encuentran cubiertas por el ámbito de aplicación de la Directiva 2017/1132/UE; iii) escisiones totales o parciales en las que atribución de títulos de alguna de las sociedades beneficiarias de la operación a los socios de la sociedad transmitente se lleva a cabo en una proporción distinta a la que tenían previamente en sede dicha sociedad (“escisiones subjetivas”); y iv) fusiones, escisiones, y canjes de valores en las que la compensación adicional en efectivo a los socios de la sociedad transmitente o dominada sea superior al 10% (para lo cual debería elevarse ligeramente el citado límite previsto actualmente en la Directiva Fiscal de Fusiones, teniendo presente que en todo caso se trataría de evitar abrir la puerta del régimen de neutralidad fiscal a operaciones cuyos fines reorganizativos estuviesen muy diluidos o resultasen prácticamente inexistentes, asemejándose más a una mera compra-venta de elementos patrimoniales).

A nuestro juicio, la extensión de las disposiciones contempladas en la Directiva 2009/133/CE a este conjunto de operaciones no plantearía especiales inconvenientes desde la óptica de la finalidad perseguida por dicha norma y, de cumplirse los requisitos previstos por la misma (con las adaptaciones pertinentes), tampoco debería traducirse en un perjuicio para los derechos impositivos de los Estados miembros. En cualquier caso, conviene tener presente que si los Estados miembros otorgasen un tratamiento fiscal menos favorable a las operaciones anteriormente mencionadas por el simple hecho de desarrollarse en el ámbito transfronterizo nos encontraríamos ante una restricción de la libertad de establecimiento difícilmente compatible con el Tratado.

c) La exclusión del ámbito de aplicación objetivo de la Directiva de las operaciones de traslado de la sede social llevadas a cabo por formas societarias nacionales

Asimismo, tampoco debe pasar desapercibida la limitación del acceso a los beneficios de la Directiva Fiscal de Fusiones a aquellas operaciones de traslado transfronterizo del domicilio social llevadas a cabo por Sociedades Europeas o por Sociedades Cooperativas Europeas, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de la imposición indirecta donde la Directiva 2008/7/CE establece la prohibición para los Estados miembros de someter a las sociedades de capital (ya sean de naturaleza europea o constituidas con arreglo al Derecho nacional de un Estado miembro) a cualquier forma de imposición indirecta derivada de la modificación de sus escrituras de constitución o estatutos y, en particular, del traslado, de un Estado miembro a otro Estado miembro, de su sede de dirección efectiva o de su domicilio social. En nuestra opinión, y a pesar de lo ya establecido por el artículo 5.1, apartado c) de la Directiva 2016/1164/UE, resultaría conveniente extender el ámbito de aplicación objetivo de la Directiva 2009/133/CE para dar cobertura bajo el régimen de neutralidad fiscal a la realización de estas operaciones con independencia de que se produzca o no un cambio

en su residencia fiscal, tal y como sucede con la SE y la SCE. Este planteamiento permitiría eliminar posibles diferencias de trato con respecto a la SE y a la SCE en relación con el tratamiento fiscal de las provisiones o reservas constituidas con exención total o parcial del impuesto, así como de las pérdidas no compensadas a efectos fiscales, aportaría un mayor nivel de seguridad jurídica al reducir el impacto negativo derivado de las divergencias entre las legislaciones fiscales de los Estados miembros, garantizaría la neutralidad fiscal de estas operaciones en sede de los socios de la sociedad en cuestión, y contribuiría, junto con la Directiva 2016/1164/UE, a reforzar la vigencia efectiva de las disposiciones en materia de transformaciones transfronterizas incorporadas en plano del Derecho societario europeo por parte de la Directiva 2019/2121/UE.

d) La conveniencia de flexibilizar la definición de algunas operaciones cubiertas por la Directiva

Por otra parte, y partiendo de la base de que uno de los fines esenciales que persigue la Directiva Fiscal de Fusiones reside en el aumento de la productividad y competitividad a nivel internacional de las empresas europeas a través de la eliminación de los obstáculos fiscales que afectan a las operaciones de reorganización empresarial, también convendría revisar las definiciones de algunas de las operaciones cubiertas por su ámbito de aplicación con el fin de hacerlas más flexibles pero sin que esto suponga comprometer su naturaleza. Así, y en relación con las escisiones parciales, la exigencia del requisito de rama de actividad por partida doble restringe en gran medida dicho concepto dejando fuera del mismo auténticas operaciones de reorganización empresarial que, en la actualidad, podrían beneficiarse en el plano del Derecho societario europeo del régimen previsto por la Directiva 2017/1132/UE, pudiendo plantearse al menos la eliminación del requisito relativo al mantenimiento de una rama de actividad en sede de la sociedad transmitente. A este respecto, debe reconocerse que, aun cuando la interpretación de la cláusula prevista en el artículo 15.1 de la Directiva 2009/133/CE no está exenta de dificultades (como tampoco lo está el propio concepto de rama de actividad), podría resultar suficiente para combatir aquellas operaciones de escisión parcial que no presenten una auténtica finalidad reorganizativa.

En relación con esta cuestión, conviene señalar que si bien la jurisprudencia del TJUE en el asunto *Andersen og Jensen* contribuyó a perfilar el significado del concepto de rama de actividad, configuró una interpretación del mismo particularmente restrictiva y en la que se aprecian algunas aristas y zonas grises. A nuestro juicio, y frente a la exigencia de que la sociedad transmitente transfiera a la sociedad beneficiaria todos los elementos de activo y de pasivo que integran la rama o ramas de actividad transferidas en el marco de una escisión parcial o de aportación de activos, se impone la necesidad de una interpretación menos teórica y más apegada a la realidad empresarial del concepto de rama de actividad que pasaría por admitir la no transmisión de aquellos elementos de activo y pasivo afectos a la rama de actividad transferida que no resultasen esenciales para su funcionamiento autónomo desde el punto de vista organizativo, funcional, y económico-financiero. De hecho, y siguiendo la doctrina del TJUE en

relación con la regla de no sujeción prevista en el artículo 19 de la Directiva 2006/112/CE, incluso podría plantearse la posibilidad de permitir el acceso al régimen de neutralidad fiscal de que aquellas operaciones de escisión parcial y aportación de activos en las que no se transmitiese la propiedad de algunos elementos afectos a la rama de actividad transmitida y necesarios para su funcionamiento autónomo, siempre que la sociedad beneficiaria pudiera seguir haciendo uso de los mismos al objeto de no comprometer el funcionamiento autónomo del conjunto patrimonial transmitido. Todo ello, sin perjuicio de que a través de la aplicación de la cláusula prevista en el artículo 15 de la Directiva los Estados miembros puedan reaccionar frente a posibles supuestos abusivos.

e) La necesidad de clarificar o desarrollar el concepto de rama de actividad

Asimismo, y en relación con el concepto de rama de actividad, deberían desarrollarse o clarificarse aspectos tales como: i) los criterios para determinar cuáles son los pasivos efectivamente vinculados a los activos que integran una determinada rama de actividad y su importe; ii) la necesidad de que el conjunto patrimonial transmitido tenga que presentar un funcionamiento autónomo ya en sede de la propia sociedad transmitente o si, por el contrario, bastaría con que dicho conjunto patrimonial analizado desde una suerte de perspectiva “neutra” (esto es, al margen de la función que los elementos de activo y pasivo que lo integran desempeñaban en sede de la sociedad transmitente) fuese susceptible de funcionar por sí mismo como una empresa autónoma (sin necesidad de inversiones o aportaciones adicionales por parte de la sociedad beneficiaria); o iii) la exigencia de que un determinado conjunto patrimonial de activos y pasivos deba estar vinculado a la obtención de ingresos de naturaleza activa para constituir una rama de actividad propiamente dicha a efectos de aplicación de la Directiva o si, por el contrario, tal condición se verificaría aunque dicho conjunto patrimonial estuviese orientado a la obtención de ingresos de naturaleza pasiva, especialmente en aquellos casos en los que nos encontramos ante una cartera de control transmitida por una entidad cuyo objeto es precisamente la gestión de participaciones.

f) Las operaciones de aportación de activos

Por su parte, y en relación con las operaciones de aportación de activos, la Directiva 2009/133/CE debería no sólo reconocer de forma explícita que la aportación de activos puede realizarse en favor de una o varias sociedades beneficiarias (tal y como establece la definición de segregación prevista en el artículo 160 *ter*, apartado 4, subapartado c) de la Directiva 2017/1132/UE), clarificando que dichas sociedades podrán ser de nueva creación o ya existentes, sino también admitir la posibilidad de que, de forma similar a lo que acontece en el ámbito de las operaciones de fusión, escisión o canje de valores, la sociedad beneficiaria pueda entregar a la sociedad transmitente, en contrapartida de la aportación patrimonial recibida, y con carácter complementario, una compensación adicional en efectivo.

g) Las operaciones de canje de valores

En relación con las operaciones de canje de valores, debería clarificarse si resulta de aplicación el régimen de neutralidad fiscal configurado por la Directiva 2009/133/CE en aquellos supuestos en los que: i) la sociedad dominante adquiere más del 50% de los derechos de voto en el capital de la sociedad dominada pero no obtiene el control efectivo de dicha sociedad debido a la existencia de restricciones estatutarias que limiten el número máximo de derechos de voto que puede ejercitar cada accionista; ii) la sociedad dominante adquiere una participación en el capital social de otra sociedad que le permite obtener la mayoría de sus derechos “ordinarios” de voto o, en su caso, incrementar dicha mayoría, pero la existencia de acciones privilegiadas (*priority shares*) o incluso de la denominada “acción de oro” (*golden share*) en el capital de la sociedad dominada determina que sus socios originarios siguen manteniendo con posterioridad a la operación de canje de valores, entre otros privilegios, un derecho de veto que puede impedir, o cuanto menos, dificultar la toma de control efectivo de la sociedad dominada por parte de la sociedad dominante; iii) la mayoría de los derechos de voto de la sociedad dominada se obtiene de forma progresiva a través de múltiples transacciones realizadas a lo largo de un determinado periodo de tiempo (p.ej. a través de una oferta pública de adquisición); o iv) una sociedad que ya posee la mayoría de los derechos de voto de otra sociedad adquiere un paquete de acciones sin voto de dicha sociedad, de forma tal que, si bien se incrementa su participación en el capital de la misma, ésta no se traduce en un incremento de sus derechos de voto.

h) Sobre el origen de los títulos entregados en contrapartida y la compensación adicional en efectivo

Asimismo, y por lo que respecta al origen de los títulos representativos del capital social que la sociedad beneficiaria o dominante tiene que entregar a los socios de la sociedad transmitente (fusiones y escisiones) o dominada (canjes de valores), o a la propia sociedad transmitente (aportaciones de activos) en contrapartida por la transmisión patrimonial efectuada, la Directiva 2009/133/CE también debería reconocer de forma explícita la posibilidad de que dichos títulos puedan ser “creados” *ad hoc* a través de una ampliación de capital o bien tratarse de títulos que la sociedad beneficiaria o dominante tuviera en autocartera en el momento de llevarse a cabo la operación.

Por último, y en relación con la compensación adicional en efectivo que pueden percibir los socios de la sociedad transmitente (fusiones y escisiones) o dominada (canje de acciones) cabría señalar que: i) el hecho de que el cálculo del límite del 10% se realice sobre el valor nominal de los títulos de la sociedad beneficiaria entregados en contrapartida (en lugar de sobre su valor de mercado) resulta perjudicial para aquellas sociedades cuyos títulos presentan un bajo valor nominal en relación con su valor de mercado; y ii) a la vista del tenor literal de la fórmula empleada por el artículo 2, apartados a), b), c), y e) de la Directiva 2009/133/CE pueden plantearse dudas acerca de si el límite del 10% resulta de aplicación en relación con cada uno de los socios de la

sociedad transmitente o dominada y no sólo desde el punto de vista de la operación contemplada en su conjunto.

V. Sobre las medidas que integran el régimen de neutralidad fiscal configurado por la Directiva 2009/133/CE

Más allá de las limitaciones y aspectos problemáticos vinculados a los ámbitos de aplicación objetivo y subjetivo de la Directiva 2009/133/CE, conviene señalar que las medidas que integran el régimen de neutralidad fiscal configurado por la citada norma de Derecho de la UE tampoco están exentas de cuestiones conflictivas o que presentan un cierto margen de mejora.

a) La falta de definición del concepto del “valor real”

Así, en relación con la regla de diferimiento prevista en el artículo 4.1 de la Directiva 2009/133/CE, y con el fin de evitar posibles divergencias de interpretación entre los Estados miembros derivadas de la no equivalencia entre los conceptos de “valor real” y “valor de mercado”, la referencia al concepto de “valor real” que figura en el citado precepto debería sustituirse por el concepto de “valor de mercado” a la vez que se aporta una definición del mismo, tal y como sucede en el ámbito de la Directiva 2016/1164/UE.

b) Problemas asociados al requisito previsto en el artículo 4.2, apartado b) de la Directiva y a la falta de una definición del concepto de establecimiento permanente

Asimismo, y por lo que respecta al requisito previsto en el artículo 4.2, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE, cabría señalar como en algunas ocasiones podría no ser suficiente para garantizar los derechos impositivos del Estado miembro de la sociedad transmitente (p.ej. tratándose de sociedades dedicadas al transporte aéreo o marítimo internacional, en aquellos supuestos en los que el Estado miembro de la sociedad transmitente contemple en su normativa fiscal doméstica una disposición inspirada en los artículos 8 o 13.3 del MCOCDE o haya suscrito con el Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria un CDI que contenga dicha cláusula), y en otras ocasiones podría resultar excesivo a estos efectos (p.ej. en relación con los bienes inmuebles cuando el CDI suscrito entre el Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria y el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente siga lo establecido en el artículo 13.1 MCOCDE). En este sentido, no puede perderse de vista que, desde la óptica de la salvaguarda de los derechos impositivos del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente, lo verdaderamente relevante será que la regla de diferimiento sólo se aplique en relación con aquellos elementos patrimoniales que con posterioridad a la operación queden efectivamente sujetos a imposición en su territorio.

En relación con esta cuestión, también cabría señalar como el hecho de que la Directiva 2009/133/CE no contenga una definición del concepto de establecimiento

permanente ni realice remisión alguna a las legislaciones domésticas de los Estados miembros, a los CDIs suscritos entre los Estados miembros de las sociedades participantes en la operación, al MCOCDE, o a otra norma de Derecho de la UE, introduce un componente de incertidumbre o inseguridad jurídica acerca de la verificación del requisito previsto en el artículo 4.2, apartado b) de la Directiva que en nada contribuye al buen funcionamiento del régimen de neutralidad fiscal. A este respecto, no puede perderse de vista que mientras en el ámbito del MCOCDE el concepto de establecimiento permanente ha sido objeto de un notable desarrollo, en el plano del Derecho de la UE todavía no puede ser considerado como un concepto autónomo propiamente dicho, de forma tal que su interpretación por parte del TJUE quedará circunscrita al ámbito específico de la norma en la que se encuentre definido.

Ciertamente, el recurso a la definición contenida en el CDI aplicable al supuesto concreto (y, en su defecto, a la prevista en la legislación fiscal doméstica de los Estados miembros) para precisar su significado presenta la ventaja de que las autoridades fiscales del Estado miembro en cuestión ya se encuentran familiarizadas con la misma por lo que respecta a su aplicación e interpretación. Sin embargo, las divergencias existentes a nivel interno, e incluso en el plano de los CDIs suscritos por los diferentes Estados miembros, entre las definiciones de dicho concepto (los Estados miembros podrían incluso no ponerse de acuerdo acerca de la interpretación del concepto de establecimiento permanente contenido en el CDI aplicable al caso concreto, lo que determinaría el recurso a los mecanismos de resolución de litigios fiscales establecidos en la Directiva 2017/1852/UE), así como la posibilidad de que éstas puedan ser modificadas al margen de la voluntad del legislador europeo, introducen un componente de heterogeneidad en la aplicación práctica de la Directiva e incluso pueden dar lugar a situaciones problemáticas especialmente en operaciones transfronterizas de reorganización empresarial que presenten un carácter multilateral.

A nuestro juicio, desde la óptica del proceso de aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de fiscalidad directa en el que se enmarca la Directiva 2009/133/CE, resultaría conveniente introducir en la propia norma una definición del concepto de establecimiento permanente susceptible de una interpretación autónoma por parte del TJUE. En este sentido, la “transposición” al ámbito de la Directiva 2009/133/CE del contenido íntegro del artículo 5 del MCOCDE resultaría problemática debido, por una parte, a las divergencias que existirían con respecto a la definición de establecimiento permanente que opera en el ámbito de la Directiva Matriz-Filial y de la Directiva de Intereses y Cánones (ya que ninguna de las mismas reproduce el contenido de los apartados 2 a 8 del artículo 5 del MCOCDE) y, por otra parte, a posibles conflictos entre la definición de establecimiento permanente que operaría en el ámbito de la Directiva 2009/133/CE y la prevista en los CDIs suscritos entre los Estados miembros, en relación con aspectos tales como, las obras o proyectos de instalación o las actividades de naturaleza auxiliar.

Por ello, somos partidarios de trasladar al ámbito de la Directiva 2009/133/CE la definición de establecimiento permanente contenida en el artículo 2, apartado b) de la

Directiva 2011/96/UE que, a su vez, presenta un importante grado de similitud con el concepto de establecimiento permanente recogido en el artículo 5.1 del MCOODE. En favor de esta posibilidad podría apuntarse el hecho de que el TJUE en su sentencia en el asunto *Punch Graphix* haya recurrido a la definición de la operación de fusión impropia que figura en la Directiva 2009/133/CE para interpretar el concepto de “liquidación” contemplado en el artículo 4.1 de la Directiva 2011/96/UE, aludiendo precisamente al carácter complementario de ambas normas de Derecho de la UE. Asimismo, la cláusula prevista en el último inciso del artículo 2, apartado b) de la Directiva 2011/96/UE vendría a reforzar la exigencia contemplada en el artículo 4.2, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE y relativa a la necesidad de que los elementos patrimoniales transmitidos en el marco de una operación transfronteriza de reorganización empresarial que queden vinculados a un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria en el Estado miembro de la sociedad transmitente contribuyan a la obtención de los resultados integrados en la base imponible de los impuestos. Todo ello, sin perjuicio de que una vez incorporada al texto de la Directiva 2009/133/CE, nos encontremos ante una definición cuyos contornos puedan ser perfilados por el TJUE a través de su interpretación.

c) El gravamen de los elementos patrimoniales no vinculados al establecimiento permanente localizado en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente

Por otra parte, cabría señalar como el silencio de la Directiva Fiscal de Fusiones acerca de las facultades del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente en relación con el gravamen de las posibles plusvalías vinculadas a los elementos patrimoniales transmitidos en el marco de una de las operaciones de reorganización empresarial cubiertas por su ámbito de aplicación que no quedan vinculados a un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria localizado en el Estado miembro de la sociedad transmitente no puede interpretarse como que la falta de cumplimiento del requisito previsto en su artículo 4.2, apartado b) faculta al Estado miembro de la sociedad transmitente para proceder al gravamen de dichas plusvalías en el momento de realización de la operación y exigir de forma inmediata el pago del impuesto correspondiente, sino que, en este tipo de supuestos, así como en aquellos otros en los que posteriormente cesa la vinculación de un activo inicialmente afecto al establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria situado en el Estado miembro de la sociedad transmitente, la exigencia de impuestos de salida por parte de dicho Estado miembro deberá realizarse de conformidad con lo establecido en la jurisprudencia del TJUE en esta materia y, en su caso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5 de la Directiva 2016/1164/UE.

d) Tratamiento fiscal de las posibles minusvalías puestas de manifiesto como resultado de la operación

Asimismo, es importante tener presente que la regla prevista en el artículo 4 de la Directiva 2009/133/CE no aborda la cuestión relativa al tratamiento fiscal de las

posibles minusvalías puestas de manifiesto como resultado de las fusiones, escisiones, y aportaciones de activos cubiertas por el ámbito de aplicación de la Directiva, de forma tal que ésta quedará en manos de las legislaciones fiscales domésticas de los Estados miembros, sin perjuicio del necesario respeto a las Libertades Fundamentales previstas en el Tratado. No obstante, a nuestro juicio, una aplicación simétrica del régimen de neutralidad fiscal exigiría que incluso aquellos elementos transmitidos en el marco de la operación transfronteriza de reorganización empresarial en cuestión sobre los que no se proyectase la regla de diferimiento (por ser su valor de mercado inferior a su valor fiscal) fuesen incorporados por su valor fiscal en sede del establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria localizado en el Estado miembro de la sociedad transmitente.

e) La insuficiencia de las reglas de valoración contenidas en la Directiva

Por otra parte, también resulta criticable el silencio de la Directiva 2009/133/CE en relación con cuestiones tales como: i) el valor por el que la sociedad beneficiaria debe incorporar en su Estado miembro de residencia los activos recibidos y afectos a su establecimiento permanente localizado en el Estado miembro de la sociedad transmitente; ii) el valor que la sociedad transmitente deberá atribuir a los títulos de la sociedad beneficiaria recibidos en contrapartida de la aportación de la rama de actividad; o iii) el valor por el que la sociedad dominante deberá incorporar a su balance los títulos adquiridos de la socios de la sociedad dominada. Esta circunstancia no sólo podría dar lugar en determinados supuestos al fenómeno de la doble imposición (que afecta negativamente a la consecución de los objetivos perseguidos por la Directiva 2009/133/CE) sino que, en el mejor de los casos, introduce un componente de heterogeneidad en la aplicación de la Directiva derivado de las diferentes medidas adoptadas por los Estados miembros para dar respuesta a este problema que no resulta deseable desde el punto de vista del principio de seguridad jurídica.

Así, en el primero de los supuestos apuntados, la Directiva debería establecer la necesidad de que la sociedad beneficiaria incorporase en su Estado miembro de residencia los elementos patrimoniales recibidos por su valor de mercado, pues lo contrario supondría otorgar a dicho Estado, en el momento en que los elementos patrimoniales fuesen transmitidos a un tercero, el derecho potencial a gravar unas posibles plusvalías que no se habrían generado en su territorio. Por lo que respecta al segundo de los supuestos apuntados, y teniendo en cuenta que la jurisprudencia del TJUE en el asunto *3D I Srl* no resuelve esta cuestión, entendemos que las instituciones europeas deberían imponer a la sociedad transmitente la obligación de valorar los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria por el valor de mercado de la rama de actividad aportada, habida cuenta de que los derechos impositivos del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente sobre las posibles plusvalías puestas de manifiesto como resultado de la operación ya se encuentran garantizados por el requisito previsto en el artículo 4.2, apartado b) de la Directiva en conjunción con el denominado “principio del mantenimiento del valor fiscal” contemplado en el artículo 4.4 de la citada norma. En relación con el tercero de los supuestos apuntados, y partiendo de la base de que sentencia del TJUE en el asunto *A.T.* tampoco no resuelve

esta cuestión, creemos que, al igual que sucedía en el ámbito de las operaciones aportación de activos, la Directiva debería establecer la obligación de que la sociedad dominante incorpore a su balance los títulos adquiridos de la sociedad dominada su valor de mercado. Todo ello, sin perjuicio de que los Estados miembros puedan recurrir a la cláusula prevista en el artículo 15 de la Directiva para combatir posibles comportamientos abusivos llevados a cabo por parte de los contribuyentes, especialmente en relación con los dos últimos supuestos apuntados.

f) Sobre la regla relativa a la transmisión de “provisiones y reservas” prevista en el artículo 5 de la Directiva

Por lo que respecta a la regla contenida en el artículo 5 de la Directiva 2009/133/CE cabría comenzar señalando que, ante la falta de una definición del término “provisiones o reservas” se plantean dudas acerca de si el citado precepto sólo resulta de aplicación en relación con las provisiones o reservas que ostenten esta calificación específica por parte de las legislaciones domésticas de los Estados miembros, con independencia de la finalidad para la que fueron constituidas o si puede defenderse una interpretación amplia del citado precepto que permita dar cobertura a otros incentivos o ventajas fiscales de naturaleza recuperable de los que se hubiera podido beneficiar la sociedad transmitente (por la vía de una reducción de su base imponible). En nuestra opinión, esta última opción interpretativa contribuiría al objetivo perseguido por la norma comunitaria de garantizar la neutralidad fiscal de las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial, si bien podría plantear problemas desde el punto de vista de la seguridad jurídica; de ahí la necesidad de un mayor grado de precisión por parte de la Directiva.

Asimismo, debe apuntarse que, si partimos de un concepto amplio del término provisiones y reservas que figura en el artículo 5 de la Directiva, la exclusión de la aplicación de esta regla en aquellos supuestos en los que las provisiones o reservas constituidas en sede de la sociedad transmitente con exención total o parcial del Impuesto sobre Sociedades proceden de establecimientos permanentes localizados en el extranjero (al encontrarse vinculadas a sus elementos de activo y pasivo) podría presentar problemas de compatibilidad con la libertad de establecimiento prevista por el Tratado si la legislación fiscal doméstica del Estado miembro de la sociedad transmitente que opta por un sistema de imposición de los beneficios globales no contempla una excepción similar en el ámbito de las reorganizaciones empresariales de carácter interno.

g) El aprovechamiento fiscal de las pérdidas existentes en sede de la sociedad transmitente

Si nos detenemos ahora en la regla prevista en el artículo 6 de la Directiva 2009/133/CE, cabría apuntar en primer lugar que nos encontramos ante una simple medida de no discriminación que no aporta nada en relación con el resultado que podría alcanzarse a través de la aplicación directa de las Libertades Fundamentales previstas en

el Tratado a la luz del principio de no discriminación y se ha visto superada por la jurisprudencia del TJUE. Por ello, a nuestro juicio, y con el fin de eliminar los obstáculos fiscales que en este ámbito siguen afectando negativamente a las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial, el legislador europeo debería abordar una reforma del artículo 6 de la Directiva 2009/133/CE orientada al establecimiento de una obligación general para los Estados miembros de permitir que las pérdidas de la sociedad transmitente no compensadas a efectos fiscales puedan ser asumidas por parte del establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria localizado en el territorio del Estado miembro de la sociedad transmitente para su posterior compensación con arreglo a la normativa fiscal doméstica vigente en dicho Estado; todo ello, sin perjuicio de que, sobre la base de la cláusula contenida en el artículo 15 de la Directiva, los Estados miembros pudiesen rechazar esta posibilidad en aquellos supuestos de carácter abusivo. Ciertamente, y aun cuando una reforma de tal naturaleza pudiera llegar a ver la luz, quedaría por resolver la problemática vinculada a las divergencias existentes entre las legislaciones fiscales de los Estados miembros por lo que respecta a los requisitos y condiciones a los que se somete dicha asunción y compensación de pérdidas por parte de los establecimientos permanentes de la sociedad beneficiaria localizados en su territorio, si bien esta cuestión excedería, en nuestra opinión, del ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE, precisando de una norma específica de Derecho de la UE en la materia.

A este respecto, no puede dejar de señalarse que la redacción actual del artículo 6 de la Directiva no resuelve de forma satisfactoria cuestiones tales como: i) la posibilidad (o no) de proyectar la regla prevista en el citado precepto sobre las pérdidas existentes en sede de la sociedad transmitente que no se encuentren directamente vinculadas a los elementos patrimoniales transmitidos en el marco de una operación de escisión parcial o aportación de activos (o más bien sobre la parte de las mismas que pueda atribuirse a dichos elementos) o bien sobre la totalidad de las pérdidas existentes en sede de la sociedad transmitente en aquellos supuestos de fusión o escisión en los que no todos los elementos patrimoniales transmitidos permanecen efectivamente vinculados a un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria localizado en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente con posterioridad a la realización de la misma (problemática que conecta con la falta de criterios homogéneos para determinar el importe de las pérdidas existentes en sede de la sociedad transmitente y no compensadas a efectos fiscales que deben ser atribuidas a los elementos patrimoniales transmitidos en el marco de las operaciones cubiertas por el ámbito de aplicación de la Directiva); o ii) la posibilidad de que las pérdidas existentes en sede de la sociedad transmitente puedan ser compensadas sólo con los beneficios generados por los elementos patrimoniales transmitidos o, por el contrario, también puedan compensarse con los beneficios totales del establecimiento permanente al que quedan vinculados dichos activos y pasivos con posterioridad a la operación o incluso con los beneficios obtenidos por otro establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria localizado en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente.

Asimismo, y si comparamos la redacción del artículo 13.2 de la Directiva en el ámbito del traslado transfronterizo de la sede social de la SE o de la SCE con la del artículo 6 de la Directiva, resultaría conveniente que este último clarificase si, en el ámbito de las operaciones de fusión, escisión (total o parcial), y aportación de activos, las pérdidas no compensadas a efectos fiscales en sede de la sociedad transmitente también pueden ser trasladadas “a pasado” (*carry back*) siempre que así esté previsto por la legislación del Estado miembro en cuestión en el ámbito estrictamente interno.

Una cuestión que el artículo 6 de la Directiva 2009/133/CE no resuelve y, que por tanto, queda en manos de los Estados miembros, pivota sobre la posibilidad de que, en el marco de una operación transfronteriza de reorganización empresarial, sea la propia sociedad beneficiaria (y no su establecimiento permanente localizado en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente) la que pueda deducir de sus bases imponibles las pérdidas existentes en sede de la sociedad transmitente que traen causa de ejercicios anteriores a la operación y que no han sido compensadas a efectos fiscales. A nuestro juicio, y aun cuando desde la óptica de la finalidad última perseguida por la Directiva podría tener sentido plantearse una ampliación del ámbito de aplicación de la regla prevista en su artículo 6 con el fin de dar cobertura explícita a la posibilidad de que en el marco de operaciones de fusión o escisión total la sociedad beneficiaria pueda deducir en su Estado miembro de residencia las pérdidas existentes en sede de la sociedad transmitente que no pueden ser aprovechadas fiscalmente en el Estado miembro de residencia de esta última, lo cierto es que, sin perjuicio del necesario respeto a la doctrina de la jurisprudencia del TJUE en materia de compensación de pérdidas transfronterizas, la creciente complejidad de la misma unida a la falta de claridad en relación con el concepto de pérdidas “finales” o “definitivas” aconsejaría que la cuestión relativa al traslado y compensación de pérdidas en el ámbito intra-europeo fuese abordada a través de una norma de Derecho positivo europeo (ya sea de naturaleza específica sobre esta materia o en el marco de una Directiva sobre la base común consolidada en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades) donde se establezcan, entre otras cuestiones, los supuestos en los que resulta admisible esta posibilidad, las condiciones y requisitos que deberán verificarse, o las reglas para determinar el cálculo de las pérdidas.

h) Límites de la regla prevista en el artículo 7 de la Directiva

Por lo que respecta a la regla prevista en el artículo 7 de la Directiva 2009/133/CE, cabría comenzar señalando la falta de claridad existente acerca si lo dispuesto en el citado precepto impide a los Estados miembros “reintegrar” las pérdidas por deterioro de valor de las participaciones en el capital de la sociedad transmitente no residente reconocidas (y deducidas), en su caso, en sede de la sociedad beneficiaria con carácter previo a la operación.

Asimismo, también conviene destacar como la Directiva 2009/133/CE no realiza mención alguna a la posibilidad de que, en el marco de una operación transfronteriza de reorganización empresarial cubierta por su ámbito de aplicación, la anulación de las

participaciones que ostenta la sociedad beneficiaria en el capital de la sociedad transmitente dé lugar a una minusvalía, lo cual sucederá cuando el valor de mercado neto de los elementos patrimoniales recibidos sea inferior al valor en libros de dicha participación. A nuestro juicio, parece que imponer al Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria/matriz la obligación de abstenerse de gravar las posibles rentas positivas derivadas de la anulación de la participación de dicha sociedad en la sociedad transmitente residente en otro Estado miembro, a la vez que se le obliga a admitir la reducción de la base imponible de la sociedad beneficiaria residente en su territorio por el importe de las posibles minusvalías puestas de manifiesto con motivo de la anulación de su participación el capital de la sociedad transmitente no resultaría coherente con una aplicación simétrica del régimen de neutralidad fiscal que en este ámbito pivota sobre una auténtica exención impositiva y no sobre un mero diferimiento de la tributación.

Por otra parte, también debe resaltarse que el artículo 7 de la Directiva 2009/133/CE no contiene una regla específica relativa al tratamiento fiscal de las posibles plusvalías puestas de manifiesto en sede de la sociedad beneficiaria en aquellos supuestos en los que es la propia sociedad transmitente la que dispone de una participación en el capital de dicha sociedad, tal y como sucedería en aquellos supuestos en los que debido a la existencia de una prohibición relativa a la tenencia de autocartera en la legislación societaria del Estado miembro en cuestión, ésta tuviera que proceder a la amortización de los títulos propios recibidos y que previamente integraban el patrimonio de la sociedad transmitente. Por tanto, nos encontramos ante una cuestión que queda en manos de los Estados miembros y que puede traducirse en el surgimiento de un obstáculo fiscal a la realización de fusiones y escisiones transfronterizas en las que la sociedad transmitente ostente una participación en el capital de la sociedad beneficiaria que no existe cuando es la sociedad beneficiaria la que participa en el capital de la sociedad transmitente.

i) El tratamiento fiscal de los socios de la sociedad transmitente o dominada

Si nos trasladamos ahora al conjunto de reglas previstas en el artículo 8 de la Directiva 2009/133/CE en el ámbito de la imposición de los socios cabría comenzar señalando que, por un parte, quedan circunscritas al plano de los socios de la sociedad transmitente o dominada y, por otra parte, otorgan un cierto margen de maniobra a los Estados miembros en relación con determinadas cuestiones reconocido por la propia jurisprudencia del TJUE. Así, y en relación con esta última cuestión conviene destacar que: i) en el ámbito de las escisiones parciales, no se establece cuál deberá ser el valor otorgado a los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria en sede de los socios de la sociedad transmitente ni cómo debe distribuirse el valor que a efectos fiscales tenía la participación mantenida en el capital de la sociedad transmitente entre los títulos que sus socios siguen manteniendo el capital social de la misma con posterioridad a la operación y aquéllos recibidos en contrapartida de la sociedad o sociedades beneficiarias; o ii) la regla prevista en el apartado 9 del citado precepto no realiza

precisión alguna acerca de cómo deberán tener en cuenta los Estados miembros las cantidades en efectivo percibidas por los socios de la sociedad transmitente o dominada.

Por otra parte, conviene tener presente que, a la luz del tenor literal de los apartados 4, 5 y 6 del artículo 8 de la Directiva 2009/133/CE, las reglas previstas en los mismos podrían no siempre resultar efectivas para garantizar los derechos impositivos del Estado miembro que otorgó el diferimiento del gravamen de la plusvalía puesta de manifiesto en sede los socios de la sociedad transmitente o dominada.

Así, y aun cuando no sea lo habitual, en determinados supuestos, la aplicación de las disposiciones contenidas en el correspondiente CDI podría traducirse en la pérdida o limitación de las facultades impositivas del Estado miembro de residencia de los socios de la sociedad transmitente o dominada que otorgó el diferimiento como resultado de la realización de la operación transfronteriza de reorganización empresarial en cuestión. A una situación similar podría llegarse incluso aunque los socios de la sociedad dominada residieran inicialmente en su mismo Estado miembro si con posterioridad a la realización de la operación decidiesen trasladar su residencia fiscal a otro Estado. En este tipo de casos, y con el fin de evitar que la aplicación del régimen de neutralidad fiscal pueda traducirse en una pérdida definitiva de los derechos de gravamen de los Estados miembros sobre las plusvalías diferidas (especialmente en las operaciones de canjes de valores) o dar como resultado un “trasvase” de recursos fiscales entre Estados miembros, no existiría inconveniente alguno en que el Estado miembro que otorgó el diferimiento en aplicación de la regla prevista en el artículo 8 de la Directiva proceda a su gravamen siempre, claro está, que el pago del impuesto correspondiente se realice conforme a las reglas previstas en el artículo 5 de la Directiva 2016/1164/UE y, en su caso, dentro de los límites de la jurisprudencia del TJUE en materia de impuestos de salida.

Asimismo, también podrían encontrarse supuestos en los que, por aplicación de las disposiciones contenidas en los correspondientes CDI, el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente o dominada que ostenta facultades de gravamen sobre las plusvalías puestas de manifiesto en sede de sus socios con motivo de la realización de una de las operaciones de reorganización empresarial cubiertas por el ámbito de aplicación de la Directiva y, por ende, debe diferir el gravamen de las mismas, termina perdiendo definitivamente sus derechos impositivos con posterioridad a la operación en cuestión con independencia de la aplicación de las reglas “de salvaguarda” previstas en los preceptos de la Directiva anteriormente señalados. En relación con esta cuestión, cabría destacar que, aun cuando la doctrina del TJUE en los asuntos *Marc Jacob* y *Marc Lassus*, contribuye a reforzar la vigencia efectiva de la regla prevista en el artículo 8.6 de la Directiva, la extensión con carácter general del enfoque sostenido por el TJUE en la citada sentencia y relativo a la posibilidad de que el Estado miembro que aplicó la regla de diferimiento pueda proceder al gravamen de la plusvalía diferida (y que fue declarada en el momento de realización de la operación) con motivo de la ulterior transmisión a un tercero de los títulos de la sociedad beneficiaria o dominante aun cuando dicha transmisión ya no se encuentre comprendida

dentro de sus competencias fiscales podría dar lugar a problemas de doble imposición si se combina con el principio de mantenimiento del valor fiscal contemplado en los apartados 4 y 5 del artículo 8 de la Directiva 2009/133/CE.

Por ello, y aun cuando este tipo de problemas encontrarían su cauce de resolución natural en los CDIs suscritos entre los Estados miembros, quizás no estaría de más plantearse la posibilidad de acometer una reforma del artículo 8 de la Directiva 2009/133/CE que limitase la aplicación de la regla prevista en su apartado 1 a aquellos supuestos en los que el Estado miembro que otorga el diferimiento mantiene su competencia fiscal sobre las plusvalías puestas de manifiesto con motivo de la ulterior transmisión de los títulos de la sociedad beneficiaria o dominante. De este modo, si tal circunstancia no se cumpliera, el Estado miembro en cuestión podría proceder a liquidar definitivamente la deuda tributaria correspondiente en el momento de realización de la operación de reorganización empresarial en cuestión, sin perjuicio de que su pago pudiera ser aplazado de un modo similar al previsto en el artículo 5 de la Directiva 2016/1164/UE (con independencia de que los socios en cuestión fuesen personas físicas o jurídicas) o incluso hasta el momento de realización “efectiva” de dicha plusvalía. Asimismo, y con el fin de evitar supuestos de doble imposición, los títulos de la sociedad beneficiaria o dominante recibidos en contrapartida deberían ser incorporados en el patrimonio de los socios por el valor de mercado que tenían los títulos mantenidos en el capital de la sociedad transmitente o dominada en el momento de realización de la operación (y que se usó como referencia para determinar el importe de la plusvalía diferida). De este modo, los derechos de gravamen de cada uno de los Estados miembros involucrados en la operación se proyectarían únicamente sobre las plusvalías (o minusvalías) generadas en el ámbito de su competencia fiscal.

j) La reintegración de las pérdidas previamente deducidas de los establecimientos permanentes localizados en un Estado miembro diferente al de la sociedad transmitente y aportados en el marco de una operación de reorganización empresarial

Por lo que respecta a las reglas previstas en el artículo 10 de la Directiva 2009/133/CE y que tratan de dar respuesta a la problemática específica que plantean las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial en las que entre los bienes aportados figure un establecimiento permanente de la sociedad transmitente localizado en otro Estado miembro, también se han puesto de manifiesto algunas cuestiones controvertidas desde la óptica de la libertad de establecimiento, en particular, por lo que respecta al ejercicio de la facultad prevista en el párrafo segundo del artículo 10.1 de la Directiva.

Así, y asumiendo que en aquellas operaciones de reorganización empresarial en las que se transmite un establecimiento de la sociedad transmitente localizado en su mismo Estado miembro de residencia no se lleva a cabo una “reintegración” de las pérdidas anteriormente deducidas procedentes de dicho establecimiento permanente, el uso de la facultad de la facultad prevista en el párrafo segundo del artículo 10.1 de la

Directiva por parte de Estados miembros que optan por el método de la exención con deducción temporal de pérdidas procedentes de establecimientos permanentes extrajeros daría lugar a una restricción a la libertad de establecimiento prevista en el artículo 49 del TFUE que, si bien tratándose de pérdidas ordinarias o no definitivas resultaría compatible con lo previsto en el Tratado al encontrar justificación en razones imperiosas de interés general y resultar proporcionada en relación a los objetivos perseguidos, podría plantear problemas de compatibilidad con dicho precepto (al no superar el test de proporcionalidad) en aquellos supuestos en los que la reintegración en cuestión versase sobre pérdidas “finales”.

Tratándose de Estados miembros que optan por el método del crédito, y a la luz de la jurisprudencia del TJUE en el asunto *Nordea Bank*, el uso de la facultad prevista en el párrafo segundo del artículo 10.1 de la Directiva introduciría una restricción a la libertad de establecimiento de dicha sociedad en la medida en que tal reintegración de pérdidas no se produjese cuando el establecimiento permanente transmitido estuviese localizado en su mismo Estado de residencia, la cual podría encontrar justificación en la necesidad de garantizar un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros. Ahora bien, en la medida en que el objetivo del reparto equilibrado de la potestad tributaria tiene precisamente como finalidad mantener la simetría entre el derecho a gravar los beneficios y la facultad de deducir las pérdidas por parte de los Estados miembros, la citada reintegración de pérdidas en la base imponible de la sociedad transmitente (ya sean éstas “ordinarias” o “finales”) iría más allá de lo necesario para alcanzar su objetivo desde el momento en que el Estado miembro de la sociedad transmitente grava los beneficios obtenidos por dicho establecimiento permanente durante todo el período en el que dicho establecimiento dependía de la sociedad transmitente, así como las eventuales plusvalías obtenidas en el momento de su transmisión.

Asimismo, y al margen de los posibles problemas anteriormente señalados, lo cierto es que una reintegración “inmediata” por parte del Estado miembro de la sociedad transmitente de las pérdidas previamente deducidas de la base imponible de dicha sociedad y procedentes de un establecimiento permanente localizado en otro Estado miembro resultaría difícilmente aceptable desde la óptica del principio de proporcionalidad. En este sentido, no puede perderse de vista que el Estado miembro de la sociedad transmitente podría adoptar medidas más proporcionadas (y respetuosas con la libertad de establecimiento) para preservar sus derechos impositivos en este tipo de supuestos.

k) Límites de la cláusula de escape prevista en el artículo 10.2 de la Directiva

Por otra parte, y en relación con la cláusula de escape prevista en el artículo 10.2 de la Directiva 2009/133/CE, conviene destacar que: i) no profundiza en cómo deberá determinarse el crédito fiscal al que hace referencia el artículo 10.2, pudiendo realizar dicho cálculo el propio Estado miembro de la sociedad transmitente o basarse en la

determinación del Estado miembro en el que está situado el establecimiento permanente; y ii) no contiene disposiciones relativas al momento en que debe producirse la recaudación del impuesto adeudado una vez concedido el correspondiente crédito fiscal.

No obstante, en relación con esta última cuestión, es importante tener presente que, en la medida en que las operaciones comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva constituyen modalidades particulares de ejercicio de la libertad de establecimiento, si la legislación del Estado miembro que opta por aplicar el artículo 10.2 de la Directiva sólo exige la tributación “inmediata” de las plusvalías y la recaudación del impuesto adeudado como ingreso tributario del ejercicio fiscal en que se haya efectuado la operación de reorganización empresarial en cuestión cuando la sociedad residente transmite un establecimiento permanente localizado en otro Estado miembro a una sociedad no residente (pero no en supuestos de naturaleza estrictamente interna), nos encontraremos ante una restricción a la libertad de establecimiento que difícilmente superaría el “test de proporcionalidad” y, por ende, resultaría incompatible con el artículo 49 del TJUE.

1) Entidades de naturaleza híbrida

Por lo que respecta a las disposiciones contenidas en la Directiva 2009/133/CE y que abordan la problemática que presentan las entidades de naturaleza híbrida, cabría señalar que: i) nos encontramos ante disposiciones complejas que pretenden guardar un delicado equilibrio entre la conveniencia de extender el régimen de neutralidad fiscal a las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial en las que participan entidades híbridas y la necesidad de evitar que esto pueda afectar al reparto equilibrado entre las potestades impositivas de los Estados miembros; ii) su configuración e interpretación no está exenta de cuestiones conflictivas; iii) no permiten dar una respuesta adecuada a determinados supuestos en los que participan entidades híbridas; y iv) las “cláusulas de escape” previstas en el artículo 11 de la Directiva contribuyen a restar efectividad a las disposiciones contempladas en materia de entidades híbridas sin que, en algunos casos, resulten estrictamente necesarias para garantizar los derechos impositivos de los Estados miembros.

Asimismo, y en relación con la aplicación del artículo 8.3 de la Directiva, debe señalarse como a los efectos del correcto funcionamiento de la regla de diferimiento que figura en el citado precepto, la referencia al término “socio” que figura en los apartados 4 y 5 del artículo 8 de la Directiva 2009/133/CE (relativos al principio del mantenimiento del valor fiscal) debería entenderse realizada a las personas que posean un interés en el mismo (los denominados “participes”). En consecuencia con lo anterior, también los apartados 8 y 9 del artículo 8 de la Directiva deberían incluir una referencia adicional a las personas que posean un interés en el socio considerado transparente a efectos fiscales.

Por su parte, el artículo 11.1 de la Directiva 2009/133/CE debería aclarar si el Estado miembro de residencia de las personas que posean una participación directa o indirecta en la sociedad transmitente o dominada no residente considerada como transparente a efectos fiscales podría gravar las pérdidas (*recapture of losses*) procedentes de la sociedad híbrida que en los ejercicios anteriores a la realización de la operación transfronteriza de reorganización empresarial en cuestión se hubiesen empleado para minorar el beneficio imponible de dichos socios o partícipes en su territorio. A nuestro juicio, la admisión de esta posibilidad no debería plantear problemas desde el punto de vista del régimen de neutralidad fiscal configurado por la Directiva ya que, de lo contrario, en determinados supuestos podría afectarse al reparto equilibrado de las potestades tributarias entre los Estados miembros.

En relación con la obligación impuesta por el artículo 11.2 a aquellos Estados miembros que hagan uso de la facultad prevista en su artículo 11.1 y en virtud de la cual deberán admitir la deducción del impuesto que, de no ser por las disposiciones de la Directiva, se hubiera aplicado a la sociedad considerada transparente a efectos fiscales, por sus rentas, beneficios o plusvalías realizadas, del mismo modo y por el mismo importe por el que dicho Estado miembro lo habría hecho si el impuesto hubiera sido aplicado y pagado en el Estado de residencia de la entidad híbrida, cabría señalar que el hecho de que la citada obligación dependa en última instancia de lo establecido en la legislación doméstica del Estado miembro de residencia de los socios de la sociedad considerada transparente a efectos fiscales o en el CDI suscrito con el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente o dominada podría dar lugar a problemas de doble imposición si el Estado miembro de residencia de los socios de la sociedad considerada transparente a efectos fiscales, en ausencia de la aplicación de la Directiva, no estuviese obligado a conceder el crédito fiscal antes mencionado en virtud de lo establecido en su normativa fiscal doméstica o en el correspondiente CDI.

Por otra parte, cabría señalar como la cláusula de escape prevista en el artículo 11.3 de la Directiva determina una “anticipación” de la imposición de las plusvalías, rentas, o beneficios que, si bien permite, con carácter general, al Estado miembro de residencia de los socios de la sociedad transmitente o dominada preservar sus derechos de gravamen en aquellos supuestos en los que la sociedad beneficiaria o dominante no residente tiene la consideración de transparente a efectos fiscales, supone, en cierto modo, una quiebra del principio de neutralidad fiscal configurado por la propia norma europea. Ahora bien, es importante tener presente que el uso por parte de los Estados miembro de la facultad prevista en el artículo 11.3 de la Directiva quedará limitada por el respeto a las Libertades Fundamentales previstas en el TFUE.

Por lo que respecta a la cláusula prevista en el artículo 11.4 de la Directiva 2009/133/CE conviene apuntar que, a la luz de su tenor literal, no resulta claro si dicha disposición es de aplicación alternativa a la facultad prevista en el artículo 11.3 de la Directiva o simplemente viene a matizar la posibilidad contemplada en dicho precepto prohibiendo a los Estados miembros que hagan uso de la misma otorgar un tratamiento fiscal discriminatorio a los socios de la sociedad transmitente. En este último supuesto,

lo cierto es que el artículo 11.4 podría resultar redundante en la medida en que sus consecuencias podrían extraerse directamente de la aplicación del derecho de establecimiento y de la libre circulación de capitales contempladas en el TFUE, salvo que entendamos que no se trata de situaciones comparables o que existen razones imperiosas de interés general que pudiesen justificar un tratamiento diferenciado (y más oneroso) de las operaciones de fusión y escisión en las que participase una sociedad beneficiaria no residente considerada por parte del Estado miembro en cuestión como transparente a efectos fiscales.

m) El traslado transfronterizo de la sede social de la SE o la SCE

Si nos trasladamos ahora al ámbito de las normas previstas por la Directiva 2009/133/CE en el ámbito de las operaciones de traslado intra-europeo de la sede social de la SE y de la SCE, podría afirmarse que los artículos 12, 13 y 14 de la Directiva se limitan a adaptar y extender, en la medida de lo posible, las medidas contempladas en los artículos 4, 5, 6 y 8 de la norma comunitaria en un intento de eliminar los obstáculos de naturaleza fiscal que, con anterioridad a la reforma operada por la Directiva 2005/19/CE, dificultaban estas operaciones y limitaban la implementación efectiva de los Reglamentos (CE) nº 2157/2001 y nº 1435/2003. Por tanto, y con carácter general, también resultarán de aplicación en el ámbito del traslado transfronterizo de la sede social de la SE y SCE los comentarios que ya hemos realizado acerca de los límites y aspectos problemáticos que plantean las medidas contenidas en los citados preceptos. Asimismo, es importante resaltar que, en aquellos supuestos en los que el traslado del domicilio social de una SE o SCE lleve aparejado el traslado de su residencia fiscal a otro Estado miembro de la UE (lo que sucederá en la práctica totalidad de los casos habida cuenta de la necesidad de que la sede social y la administración central de la SE y de la SCE deban estar situados en el mismo Estado miembro), se produce una suerte de solapamiento entre la regla prevista en el artículo 5.1, apartado c) de la Directiva 2016/1164/UE y lo dispuesto en el artículo 12 de la Directiva 2009/133/CE.

En cualquier caso, lo cierto es que la no extensión de las disposiciones contempladas en el artículo 10 de la Directiva 2009/133/CE a estas operaciones debe ser criticada en la medida en que se abre la puerta al gravamen de las plusvalías latentes asociadas a los establecimientos permanentes que estas formas societarias pudieran tener localizados en otros Estados miembros, tanto por parte del Estado miembro en que se encuentren situados como por parte del Estado miembro de residencia de la SE o de la SCE (sin que éste deba conceder el crédito fiscal al que se refiere el artículo 10.2 de la Directiva) lo que, en definitiva, podría traducirse en un obstáculo fiscal a la realización de estas operaciones, así como una restricción a la libertad de establecimiento de dichas formas societarias europeas.

VI. La cláusula anti-abuso contenida en la Directiva 2009/133/CE

a) La delimitación por parte del TJUE de los contornos de aplicación de la modalidad prevista en el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva

Por lo que respecta a la cláusula contenida en el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE, cabría señalar como la jurisprudencia del TJUE ha contribuido en gran medida a delimitar su ámbito de aplicación, superando los problemas derivados de la falta de definición de algunos términos contenidos en la misma, así como a perfilar los contornos de su interpretación, mitigando las posibles consecuencias negativas derivadas de una implementación heterogénea por parte de los diferentes Estados miembros.

Así, en primer lugar, debe resaltarse que la aplicación de la cláusula anti-abuso contemplada en el citado precepto tendrá un carácter excepcional y quedará circunscrita a supuestos particulares, de forma tal que su interpretación deberá realizarse de restrictiva y teniendo en cuenta su tenor literal, su finalidad y el contexto en el que se inscribe.

En segundo lugar, el TJUE ha declarado que el concepto de “motivo económico válido” es más amplio que la mera búsqueda de una ventaja fiscal y, por ende, una operación de reorganización empresarial cubierta por el ámbito de aplicación de la Directiva que sólo persiguiese un objetivo de tal naturaleza no podría entenderse efectuada por motivos económicos válidos. Sin embargo, una interpretación de la cláusula anti-abuso alineada con la jurisprudencia del TJUE en relación con el principio general de prohibición del abuso de Derecho nos llevaría a afirmar que aun cuando la operación tuviese como principal objetivo la obtención de una ventaja fiscal, no tendría por qué quedar fuera del régimen de neutralidad fiscal si dicha operación fuese consistente con finalidad de la Directiva 2009/133/CE y resultase genuina en términos de sustancia.

En tercer lugar, cabría destacar la exigencia de que las autoridades tributarias nacionales competentes lleven a cabo, caso por caso, un examen global de la operación de reorganización empresarial en cuestión (que deberá ser susceptible de control jurisdiccional) para poder determinar si ésta tiene como objetivo principal o como uno de sus objetivos principales el fraude o la evasión fiscal, no pudiendo limitarse a aplicar criterios generales predeterminados. En este sentido, la jurisprudencia del TJUE ha venido declarando la incompatibilidad con el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva de aquellas normas nacionales que denieguen de forma automática la aplicación de las disposiciones de la Directiva a determinadas categorías de operaciones o incluyan una mera posibilidad de excepción cuya aplicación por parte de la Administración resulte facultativa.

En cuarto lugar, se impide a los Estados miembros denegar la aplicación de las disposiciones de la Directiva sobre la base de lo dispuesto en su artículo 15.1, apartado a) en aquellos supuestos en los que la operación de reorganización empresarial en cuestión se orienta a evitar el pago de un impuesto no incluido en el ámbito de aplicación de la citada norma comunitaria.

En quinto lugar, la jurisprudencia del TJUE ha venido declarando la incompatibilidad con la Directiva 2009/133/CE de aquellas legislaciones nacionales que, con el objetivo de evitar comportamientos abusivos por parte de los contribuyentes, establecen condiciones o requisitos adicionales de naturaleza material y de tipología diversa para la aplicación de las disposiciones contenidas en la misma, ya sea en relación con las definiciones de las operaciones contempladas en su artículo 2 o en relación con la aplicación de las medidas que integran el propio régimen de neutralidad fiscal. Ciertamente, y más allá de lo establecido en el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva el establecimiento de tales requisitos o condiciones adicionales (como, por ejemplo, el establecimiento de un periodo mínimo de tenencia de los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria cuyo incumplimiento determinase la denegación de la aplicación del régimen de neutralidad fiscal con carácter retroactivo o el requisito relativo al doble mantenimiento del valor fiscal), podría dar lugar al surgimiento de un obstáculo fiscal a la realización de las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial contrario a la finalidad última perseguida por la norma comunitaria y plasmada en su Considerando nº 2.

En sexto lugar, y por lo que respecta al establecimiento de sistemas de autorización previa, cabría señalar como, el hecho de que los Estados miembros supediten la aplicación de las disposiciones contenidas en la Directiva 2009/133/CE a este requisito de naturaleza procedimental no resulta contrario *per se* a lo dispuesto en su artículo 15.1, apartado a) siempre que se verifique el cumplimiento de los principios de equivalencia y efectividad. Ahora bien, y aun cuando cada caso concreto deberá analizarse a la luz del conjunto de circunstancias que concurran en el mismo, a la luz de la jurisprudencia del TJUE no parece que resulten admisibles desde la óptica de la norma comunitaria aquellos sistemas de autorización previa que sólo se proyecten sobre las operaciones de reorganización empresarial de naturaleza transfronteriza (ni tampoco desde la óptica de la libertad de establecimiento prevista por el artículo 49 del TFUE) o que, aun resultando de aplicación tanto a las reorganizaciones empresariales transfronterizas como a aquéllas de carácter estrictamente interno se caractericen por la presencia de los siguientes elementos: i) establecimiento de un plazo de presentación de la solicitud cuya duración no resulte “razonable” (y, por ende, dificulte en exceso o imposibilite en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos al contribuyente por la Directiva); ii) imposibilidad para el contribuyente de conocer con exactitud el inicio y término de dicho plazo; iii) posibilidad de que la autorización en cuestión pueda denegarse sin una decisión motivada por parte de las autoridades tributarias nacionales competentes; o iv) existencia de divergencias entre los requisitos establecidos por la norma donde se configura el sistema de autorización previa y la práctica seguida por la Administración tributaria.

Ahora bien, en todo caso, debe tenerse presente que, tal y como se puso de manifiesto en la sentencia del TJUE en el asunto *Euro Park Service*, la incompatibilidad con el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE de las normas domésticas que establecen dichos sistemas de autorización previa también puede venir dada por los

requisitos de naturaleza material exigidos al contribuyente para la obtención de la autorización en cuestión. En concreto, no resultarán admisibles desde la óptica de la Directiva aquellos sistemas que exijan al contribuyente, de forma sistemática e incondicional, acreditar que la operación se encuentra justificada por un motivo económico y que no tiene como objetivo principal o como uno de sus objetivos principales el fraude o la evasión fiscal sin que, por su parte, la Administración tributaria tenga que realizar un mínimo esfuerzo probatorio en relación con la falta de motivos económicos válidos o con la existencia de indicios de fraude o evasión fiscal. De un modo similar, parece que también resultarían incompatibles con la Directiva aquellos sistemas de autorización previa en los que la concesión de la autorización en cuestión quedase supeditada al cumplimiento por parte del contribuyente de requisitos no previstos por la propia norma comunitaria.

En séptimo lugar, cabría señalar como las disposiciones adoptadas por los Estados miembros con el fin de transponer a nivel interno el contenido del artículo 15.1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE deberán ser respetuosas no sólo con el contenido del citado precepto y su interpretación por parte del TJUE sino también con el Derecho Primario de la UE, de forma tal que no resultarán admisibles aquellas normas anti-abuso que resulten discriminatorias o vulneren las Libertades Fundamentales previstas en el TFUE.

No obstante, la importante labor desarrollada por el TJUE a la hora de interpretar la cláusula prevista en el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva no está exenta de zonas grises o que requieren un mayor desarrollo. Así, desde la óptica del principio de seguridad jurídica, y a la luz de la doctrina del TJUE en el asunto *Foggia* y las dificultades que se plantean en torno a sus implicaciones, sería conveniente que el Tribunal estableciese de forma clara si la aplicación del test de motivos económicos válidos se encuentra vinculada a la presencia de indicios de artificiosidad en la operación de reorganización empresarial en cuestión (en línea con los principios que se extraen de la propia jurisprudencia del TJUE en relación con el principio de prohibición de abuso del Derecho de la UE) o si pivota exclusivamente sobre la ponderación cuantitativa y cualitativa entre la ventaja fiscal que se pretende obtener y el resto de objetivos de índole no fiscal perseguidos por la operación en cuestión (interpretación esta última que no compartimos).

Asimismo, y ante la falta de un mayor desarrollo de la doctrina del TJUE en el asunto *Zwijnenburg*, podríamos encontrarnos ante supuestos de hecho en los que la posibilidad de aplicar la cláusula anti-abuso prevista en el Directiva 2009/133/CE no resulte del todo clara, tales como aquellas operaciones de fusión cuyo principal objetivo es evitar la retención que debería practicarse sobre la distribución transfronteriza en forma de dividendos de los beneficios existentes en sede de la sociedad transmitente (fuera de los supuestos cubiertos por el ámbito de aplicación de la Directiva Matriz-Filial y sin perjuicio de lo establecido en el CDI aplicable al caso concreto). A este respecto, no puede perderse de vista que la citada sentencia se inscribe en un contexto

fáctico muy concreto marcado, entre otras cuestiones, por la ausencia de indicios de artificiosidad en la operación analizada.

Por otra parte, cabría señalar que, aun cuando el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva no se refiere específicamente a la cuestión relativa a la carga de la prueba, parece que una interpretación de dicho precepto coherente con su estructura y con la jurisprudencia del TJUE, nos llevaría a afirmar que serán las autoridades tributarias las que, sobre la base de un análisis global de todos los hechos y circunstancias que concurren en el caso concreto, tengan que probar que la operación transfronteriza de reorganización empresarial en cuestión se orienta al fraude o a la evasión fiscal, para lo cual podrán acudir a la presunción *iuris tantum* basada en la ausencia de motivos económicos válidos. Una vez acreditado este extremo, será el contribuyente quien, a través de todos los medios admitidos en Derecho que se encuentren a su alcance y sin estar sujeto a restricciones administrativas excesivas, deba destruir dicha presunción mediante la prueba de la presencia de motivos económicos válidos en la operación de que se trate al margen de los estrictamente fiscales. A este respecto, es importante tener presente que la interpretación del concepto de “motivos económicos válidos” sigue quedando en manos de las autoridades nacionales competentes (administrativas y jurisdiccionales) de los diferentes Estados miembros en el marco de un análisis global de cada caso concreto, de forma tal que su interpretación heterogénea podría traducirse en distorsiones en el correcto funcionamiento de la Directiva.

b) La interacción con la cláusula prevista en el artículo 6 de la Directiva 2016/1164/UE y el principio general de prohibición de abuso del Derecho de la UE

Más allá de las cuestiones anteriormente señaladas, no puede perderse de vista que, desde la entrada en vigor de la Directiva 2016/1164/UE, la amplitud de la cláusula anti-abuso prevista en su artículo 6 determina que, en el ámbito de las operaciones de reorganización empresarial de naturaleza transfronteriza, ambas cláusulas anti-abuso operen en una suerte de plano de complementariedad o incluso puede producirse una pérdida de la vigencia efectiva de la cláusula prevista en el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva. De este modo, aquellas cláusulas anti-abuso nacionales que sean resultado de la implementación a nivel doméstico de lo dispuesto en el artículo 6 de la Directiva 2016/1164/UE, podrían proyectarse sobre las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial cubiertas por el ámbito de aplicación de la Directiva Fiscal de Fusiones.

Ciertamente, a la vista de la modificación operada en la Directiva Matriz-Filial por parte de la Directiva 2015/121/UE o de la aprobación de la Directiva 2016/1164/UE, no estaría de más plantearse la conveniencia de alinear la redacción del artículo 15.1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE con la de las cláusulas anti-abuso contenidas en las citadas normas.

Así, en primer lugar, la referencia al hecho de que la operación de reorganización empresarial en cuestión tuviese “como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal” como elemento determinante de la no aplicación o exclusión del régimen de neutralidad fiscal debería ser sustituida por la expresión relativa a que la operación no resultase “genuina” o “auténtica” por tener “como propósito principal o uno de sus propósitos principales la obtención de una ventaja fiscal que desvirtúe el objeto o la finalidad de la presente Directiva”. A su vez, esto determinaría la necesidad de modificar en consecuencia la redacción del “test de motivos económicos válidos” contenido en el segundo inciso del artículo 15.1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE, sin que, en nuestra opinión, exista inconveniente en mantener la referencia a “la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación” como ejemplos de motivos económicos válidos, los cuales, en todo caso, deberán reflejar la realidad económica.

En segundo lugar, también resultaría de interés añadir de forma explícita al tenor literal del citado precepto, por una parte, la necesidad de que a los efectos de poder concluir que la operación transfronteriza de reorganización empresarial en cuestión no resulta “genuina” o “auténtica” (y, por tanto, tendría que quedar extramuros del régimen de neutralidad fiscal) deban analizarse “todos los datos y circunstancias pertinentes” y, por otra parte, la posibilidad de que una operación pueda estar constituida “por más de una fase o parte”, sin perjuicio de que una interpretación de la cláusula anti-abuso prevista en el artículo 15.1, apartado a) de la Directiva a la luz de la jurisprudencia del TJUE ya permitiría tener en cuenta a estos elementos.

A nuestro juicio, y aun cuando pudiera parecer que, en el fondo, nos encontramos ante una cuestión de índole más formal que material habida cuenta de que, en última instancia, el tenor literal de la cláusula anti-abuso contenida en la Directiva 2009/133/CE debe ser interpretado, no sólo de acuerdo con la jurisprudencia específica del TJUE en la materia, sino también a la luz de su doctrina en relación con el principio general de prohibición del abuso del Derecho de la UE, lo cierto es que la modificación de la redacción del artículo 15.1, apartado a) de la Directiva Fiscal de Fusiones en el sentido señalado contribuiría a incrementar los niveles de seguridad jurídica en el ámbito de la aplicación del Derecho de la UE, mejorando asimismo la coherencia entre las cláusulas anti-abuso previstas en las normas anteriormente señaladas, todas ellas pertenecientes al ámbito de la fiscalidad directa.

En cualquier caso, es importante tener presente que la doctrina del TJUE en el asunto *Kofoed* acerca de la posibilidad de que, en ausencia de una disposición específica que implemente a nivel interno el contenido del artículo 15.1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE y cumpliéndose determinadas condiciones, los Estados miembros puedan denegar la aplicación del régimen de neutralidad fiscal recurriendo a las disposiciones normativas o a los principios generales contenidos en sus respectivos Derechos nacionales que se orienten a combatir el fraude o la evasión fiscal o según los cuales el abuso de derecho esté prohibido, se ha visto superada por la reciente jurisprudencia del TJUE que, en ámbitos tales como el de la Directiva Matriz-Filial, la

Directiva de Intereses y Cánones, o en materia de IVA, ha abierto la puerta a la aplicación directa del principio general del Derecho de la UE relativo a la prohibición de las prácticas abusivas, de forma tal que, en caso de fraude o abuso, las autoridades tributarias y los órganos jurisdiccionales nacionales puedan denegar a los contribuyentes el acceso a los derechos y ventajas previstos en una norma comunitaria.

No obstante, y aun cuando *stricto sensu* la aplicación de la citada jurisprudencia del TJUE abriría la puerta a la supresión de las cláusulas anti-abuso nacionales que implementan en Derecho interno el contenido del artículo 15.1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE, no parece que esta solución resulte la más adecuada desde el punto de vista del principio de seguridad jurídica. A este respecto, conviene señalar que una vez finalizado el plazo de transposición de la cláusula prevista en el artículo 6 de la Directiva 2016/1164/UE, los montajes o esquemas abusivos configurados por los contribuyentes en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades ya deberían quedar capturados por la norma doméstica en la que se plasme la implementación del citado precepto a nivel doméstico (cuya eficacia se proyectaría sobre el ámbito de las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial), lo que *a priori* evitaría que se plantease la cuestión relativa a una posible aplicación “directa” del principio general del Derecho de la UE relativo a la prohibición de las prácticas abusivas (cuyos elementos definidores ya han sido “codificados” precisamente en el artículo 6 de la Directiva 2016/1164/UE).

c) La posibilidad de imponer sanciones

En otro orden de cosas, y ante el silencio de la Directiva 2009/133/CE acerca de la posibilidad de imponer sanciones tributarias asociadas o derivadas de la denegación de la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a una operación de reorganización empresarial por aplicación del artículo 15.1, apartado a) de la Directiva 2009/133/CE, cabría señalar como si bien nos encontramos ante una opción que pudiera resultar compatible *stricto sensu* con el tenor literal del citado precepto, lo cierto es que podría presentar problemas de encaje con una interpretación restrictiva del citado precepto sostenida por el TJUE en diversas ocasiones, con la finalidad perseguida por dicha norma de Derecho de la UE puesta en relación con el principio de proporcionalidad, así como con la jurisprudencia del TJUE que, en materia de IVA, declaró que la imposición de sanciones ante la constatación de la existencia de una práctica abusiva requerirá de “una base legal clara y exenta de ambigüedad”, la cual no puede extraerse del contenido del artículo 15 de la Directiva. En cualquier caso, creemos que la Directiva 2009/133/CE debería clarificar esta cuestión que, en la actualidad, queda en manos de las legislaciones domésticas de los diferentes Estados miembros. De hecho, en países como España o Francia, la denegación del régimen de neutralidad fiscal por parte de las autoridades tributarias nacionales viene, en ocasiones, acompañada de la imposición de sanciones vinculadas al defecto de ingreso de la cuota del impuesto indebidamente diferido.

d) La modalidad de la cláusula anti-abuso prevista en el artículo 15.1, apartado b) de la Directiva

Por lo que respecta a lo establecido en el 15.1, apartado b) de la Directiva 2009/133/CE cabría señalar que nos encontramos ante una modalidad de la cláusula anti-abuso de redacción imprecisa, contornos difusos, escasa relevancia práctica, y difícil encaje dentro de la Directiva habida cuenta de su estructura y finalidad. En este sentido, no parece muy adecuado que sobre la base de cuestiones propias del ámbito del Derecho laboral pueda llegar a determinarse por parte de los Estados miembros la inaplicación del régimen de neutralidad fiscal configurado por la Directiva Fiscal de Fusiones, especialmente a la luz de la doctrina del TJUE en el asunto *Zwijnenburg* a la que ya nos hemos referido. De este modo, en nuestra opinión, y aun cuando una posible labor de “clarificación” de los apartados 1.b) y 2 del artículo 15 de la Directiva 2009/133/CE podría contribuir a una interpretación uniforme de los mismos por parte de los Estados miembros (con el consiguiente impacto positivo en términos de seguridad jurídica), los motivos anteriormente señalados aconsejarían la eliminación de esta modalidad de la cláusula anti-abuso del contenido de la Directiva 2009/133/CE.

e) La interacción entre el artículo 15.1 de la Directiva 2009/133/CE y la cláusula anti-abuso prevista en la Directiva 2017/1132/UE

Por último, y en relación con aquellas operaciones transfronterizas de fusión y escisión cubiertas por el ámbito de aplicación de la Directiva 2017/1132/UE y susceptibles de acogerse al régimen de neutralidad fiscal previsto por la Directiva 2009/133/UE, es importante tener presente que la cláusula prevista en el artículo 15.1 de la Directiva Fiscal de Fusiones sólo podría entrar en juego una vez superado el filtro previo derivado de la cláusula anti-abuso introducida en la Directiva 2017/1132/UE a través de la reforma operada por la Directiva 2019/2121/UE y cuyo ámbito de aplicación se proyecta sobre diversos ámbitos normativos (incluido el tributario). Ciertamente, la amplitud con la que está formulada actualmente en la Directiva 2017/1132/UE la citada cláusula (frente al concepto de montaje puramente artificial procedente del ámbito fiscal que se manejaba en la Propuesta de Directiva), podría no sólo dificultar la valoración acerca del carácter abusivo de la operación en cuestión por parte de las autoridades competentes de los diferentes Estados miembros, sino también introducir divergencias por lo que respecta a su interpretación, la cual, en todo caso, debería realizarse a la luz de la doctrina del TJUE en relación con el principio general de prohibición de abuso del Derecho de la UE.

VII. Sobre el ámbito de la imposición indirecta

Por lo que respecta al ámbito de la imposición indirecta, cabría señalar que, aun cuando la Directiva 2009/133/CE no se proyecta sobre este ámbito, las disposiciones contenidas en la Directiva 2008/7/CE y en la Directiva 2006/112/CE han permitido eliminar los principales obstáculos que desde esta óptica afectaban a la realización de

operaciones transfronterizas de reorganización empresarial, si bien todavía existen algunas cuestiones que plantean aspectos problemáticos.

Así, y aun cuando el ámbito de aplicación objetivo de la Directiva 2008/7/CE permite dar cobertura al conjunto de operaciones contempladas en la Directiva 2009/133/CE (e incluso a otras operaciones de similar naturaleza pero que no cumplen todos los requisitos previstos en la Directiva Fiscal de Fusiones o bien directamente no se encuentran recogidas en dicha norma, como el traslado de la sede social o de la sede de dirección efectiva de “sociedades de capital” de los diferentes Estados miembros), garantizando que no podrán ser sometidas, con carácter general, a ninguna forma de imposición indirecta, lo cierto es que desde la óptica de su ámbito de aplicación subjetivo pueden plantearse dudas acerca de si determinadas entidades jurídicas contempladas en el anexo de la Directiva 2009/133/CE, tales como cooperativas (incluyendo la Sociedad Cooperativa Europea), mutualidades de seguros o fondos de inversión, tienen encaje en la cláusula de cierre contenida en el artículo 2.2 de la Directiva 2008/7/CE.

Asimismo, el hecho de que la Directiva 2008/7/CE contenga en su artículo 4 una definición de las “operaciones de reestructuración” más amplia que la establecida en la Directiva 2009/133/CE, implica que aquellos Estados miembros como España que, a la hora de implementar el contenido de la Directiva 2008/7/CE en sus respectivos ordenamientos domésticos, opten por remitirse a las definiciones de fusión, escisión, aportación de activos, y canje de valores que operan en el marco del régimen especial del Impuesto sobre Sociedades estarán “estrechando” de forma injustificada el ámbito de aplicación objetivo de la Directiva 2008/7/CE y, por ende, incumplirán su obligación prevista en el Tratado relativa a la correcta transposición de las normas comunitarias en Derecho interno.

Por otra parte, no conviene perder de vista como el establecimiento por parte de los Estados miembros de impuestos sobre las transmisiones que graven las aportaciones a una sociedad de capital de bienes inmuebles o de fondos de comercio situados en su territorio, incluyendo los relativos a la inscripción de dichos bienes en el Registro de la Propiedad o a la modificación de los datos de titularidad sobre los mismos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 6 de la Directiva 2008/7/CE, podría constituir un verdadero obstáculo a la realización de operaciones transfronterizas de reorganización empresarial debido al coste adicional que supondrían, especialmente en aquellos supuestos en los que el conjunto patrimonial transmitido esté integrado en su mayor parte por bienes inmuebles o simplemente contenga bienes de esta naturaleza de un elevado valor. De este modo, y aun cuando nada impide que los Estados miembros puedan, de forma unilateral, eximir de este tipo de impuestos a las transmisiones de bienes inmuebles que se produzcan en el marco de operaciones de reorganización empresarial, convendría plantearse la necesidad de que fuera la propia Directiva 2008/7/CE la que cerrase la puerta a la exigencia por parte de los Estados miembros de este tipo de impuestos salvo en supuestos de fraude o abuso, los cuales podrían ser combatidos a través de las propias cláusulas anti-abuso contempladas en las legislaciones fiscales domésticas de

los Estados miembros o incluso mediante la introducción de disposiciones anti-abuso en el texto de la propia Directiva.

En materia de IVA, lo cierto es que el hecho de que la gran mayoría de Estados miembros haya optado por ejercer la facultad prevista en el artículo 19 de la Directiva 2006/112/CE permite garantizar la no sujeción a este impuesto de las operaciones de fusión, escisión total y aportación total de activos contempladas en la Directiva 2009/133/CE habida cuenta de que, en el marco de las mismas, se produce la transmisión de una “universalidad total” de bienes desde la sociedad transmitente hacia la sociedad beneficiaria. A la misma conclusión se llega en el ámbito de las escisiones parciales y aportaciones parciales de activos pues la definición de “rama de actividad” prevista en el artículo 2, apartado j) de la Directiva 2009/133/CE coincide a grandes rasgos con el alcance que el TJUE le ha dado al concepto autónomo de “universalidad parcial de bienes” a efectos de la Directiva de IVA, si bien debe tenerse en cuenta que no existe una identidad perfecta entre ambos conceptos fruto de las diferentes finalidades que persiguen ambas normas comunitarias. De este modo, se elimina en el marco de estas operaciones el sobre coste financiero y el impacto negativo sobre la tesorería de la sociedad o sociedades beneficiarias que tendría la sujeción a IVA de la transmisión patrimonial. Por lo que respecta a las operaciones de canje de acciones, cabría señalar como, con carácter general y en virtud de lo establecido en el artículo 135.1, apartado f) de la Directiva 2006/112/CE, la transmisión de títulos que se produce en el marco de un canje de acciones (pero también en el marco de las operaciones de fusión, escisión y aportación de activos) quedarían exentas del IVA.

VIII. Reflexión final

En definitiva, y a modo de reflexión final, cabría señalar que, a pesar de la importancia de la Directiva Fiscal de Fusiones, las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial todavía encuentran obstáculos fiscales que afectan negativamente a su realización y que, en buena medida, traen causa de las limitaciones propias del ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE, de la insuficiencia de las medidas que integran el régimen de neutralidad fiscal, o de problemas interpretativos vinculados a sus disposiciones.

Ciertamente, y aun cuando, por una parte, la extensión unilateral de las disposiciones contenidas en la Directiva 2009/133/CE por parte de los Estados miembros a operaciones y entidades jurídicas no previstas por la norma comunitaria (puesta en relación con la jurisprudencia del TJUE en materia de Libertades Fundamentales) ha contribuido a superar de forma “indirecta” alguna de las limitaciones inherentes al ámbito de aplicación de la Directiva y, por otra parte, la labor interpretativa del TJUE ha permitido mitigar problemas vinculados a la transposición incorrecta de la Directiva a nivel doméstico así como clarificar el significado y alcance de alguna de sus disposiciones, no nos encontramos ante soluciones de fondo que puedan reemplazar las ventajas que aporta la armonización positiva en términos de claridad, coherencia y seguridad jurídica.

A nuestro juicio, la falta de acción que se viene observando en el ámbito de la Directiva Fiscal de Fusiones a lo largo de los últimos quince años, especialmente por parte de la Comisión Europea, ha dejado encorsetadas a las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial en un régimen de neutralidad fiscal que, en determinados aspectos, se ha visto superado por la evolución de la jurisprudencia del TJUE en ámbitos tales como los impuestos de salida, la compensación de pérdidas transfronterizas, o la aplicación del principio general de prohibición de abuso del Derecho de la UE, por la aprobación de otras normas de Derecho de la UE en materia de imposición directa (en particular, la Directiva 2016/1164/UE), o por los avances del proceso de armonización de las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial en el plano del Derecho societario europeo.

Así, a punto de celebrarse el trigésimo aniversario de la aprobación de la Directiva Fiscal de Fusiones, se impone la necesidad de que el legislador europeo tome la iniciativa y proceda a dar respuesta a los problemas que en la actualidad siguen planteando las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial.

CONCLUSIONS

I. The harmonization process of European Company Law in the field of business reorganizations

Over the last fifty years, important steps have been taken in the harmonization of Member States' company law in the field of business reorganizations, either with the aim of homogenizing to the extent possible the legal regime applicable to mergers or divisions of public limited liability companies carried out in the strictly domestic sphere (Directives 78/855/CEE and 82/891/CEE), or in order to allow the size and structure of the companies in the different Member States to adapt to the new needs of the internal market as well as the greater demands of productivity and competitiveness derived from economic globalization, either through cross-border mergers, divisions or conversions (Directives 2005/56/EC and 2019/2121/EU), or through the creation of corporate forms of a European nature (Regulation (EC) No. 2157/2001).

a) Domestic mergers and divisions

If we focus on the provisions originally contained in Directives 78/855/EEC and 82/891/EEC on domestic mergers and divisions, respectively, it is worth highlighting the contribution of a "European" concept of these operations, the configuration of its fundamental legal regime, as well as its contribution towards guaranteeing shareholders and third parties a minimum (and homogeneous) level of legal protection and legal certainty, especially in regard to the "Third Directive", given that, unlike the "Sixth Directive", it was not configured as a "relative imperative harmonization" Directive. However, in our opinion, the passing of the years and practical experience in regard to its application have shown that there are still some areas for improvement where a modification could have a positive impact, not only in the field of domestic mergers and divisions, but also at the cross-border level.

In this sense, and with regard to the provisions on domestic mergers currently contained in articles 87 to 117 of Directive 2017/1132/EU, it would be advisable to extend its subjective scope of application to companies listed in Annex II of the cited Directive and which *a priori* could benefit from the provisions on cross-border mergers provided for in the Directive. On the other hand, and even though we understand that the objective scope of article 117 of Directive 2017/1132/EU could cover the transfer of the total assets of a company contemplated in the domestic corporate laws of the Member States, the truth is that the concise and ambiguous wording of the aforementioned article is not clear in this regard. In our opinion, the explicit extension of the scope of the Directive to these operations at the domestic level would contribute to the extension of the harmonization process to the transfer of the total assets of a company carried out at the cross-border level, which, despite having access to the regime established by Directive 2009/133/EC, do not fit either within the

modalities of merger operations provided for in article 119.2 of Directive 2017/1132/EU or in the definition of “division by segregation” contained in its article 160*ter* (which it does allow coverage of cross-border partial transfers of assets).

In regard to the provisions on domestic divisions currently provided for in articles 135 to 160 of Directive 2017/1132/EU, the first issue we should pay critical attention to is the need to establish the obligation for Member States to configure a legal regime applicable to these operations that must necessarily be subject to its provisions (as is the case in the field of domestic mergers). Likewise, and even though the majority of Member States have already unilaterally extended the application of the provisions contained in the aforementioned articles to other corporate entities, we believe that the Directive itself should extend its subjective application to the companies listed in Annex II of Directive 2017/1132/UE, which *a priori* have access to the provisions on cross-border divisions provided for in the Directive. Moreover, it would be desirable to explicitly extend the scope of the provisions contained in the aforementioned articles to partial divisions (currently covered by the brief article 159 of the Directive), as well as to partial transfers of assets which are carried out domestically, given that we are dealing with operations which have already been incorporated into the harmonization process at the level of European company law when carried out in a cross-border context.

b) Cross-border mergers, divisions and transfer of registered office

If we now consider the field of cross-border mergers, it should be noted that Directive 2005/56/EC definitively opened the door to carry out these operations within the European Union and the European Economic Area, establishing a legal regime that allowed limited liability companies from the different Member States to merge under adequate conditions of legal certainty (without having to resort, in the intra-European context, to the *Societas Europaea*) while trying to safeguard the protection of the rights of their minority shareholders, creditors, and workers. In this manner, the Directive has contributed decisively to developing the freedom of establishment of the companies of the different Member States, as well as to increasing the degree of cross-border mobility of companies in the European Union and the European Economic Area (including SMEs), eliminating the main legal obstacles that negatively affected these operations while reducing the costs associated with them.

On the other hand, it should be noted that the reform instituted by Directive 2019/2121/EU in the set of provisions related to cross-border mergers, currently provided for in articles 118 to 134 of Directive 2017/1132/EU, has made it possible to correct some of the original defects that affected its proper operation (clarifying and developing some of the provisions contained in Directive 2005/56/EC, whose practical application had raised problems from the perspective of the principle of legal certainty), while improving the legal regime applicable to these operations. In this regard, and beyond the expansion of its objective scope of application, there has been an increase in the level of protection of the rights of creditors, workers, and shareholders who have

voted against the merger (also reducing the existing heterogeneity with regard to the measures implemented by the Member States to protect the interests of these groups), and an strengthening in the level of harmonization of aspects such as the content of the draft terms of the cross-border merger or the report to be prepared by the management or administrative bodies, the procedure for obtaining the pre-merger certificate, the scrutiny of the legality of the cross-border merger, or the disclosure and publication requirements.

With regard to divisions and transfers of the registered office carried out by companies of the different Member States in the intra-European context, it should be noted that the Directive 2019/2121/EU establishes the legal regime applicable to cross-border divisions and conversions and has configured a way for these operations to be carried out under adequate conditions of legal certainty, simplifying the procedure, and guaranteeing the protection of the interests of the main groups affected, without it therefore being necessary to resort to indirect formulas (more costly in terms of time and resources); all of which helps European companies to adapt their structure to market changes or to choose the legislative context that best suits their needs, as well as ensuring the proper operation and functioning of the internal market.

In this sense, it is important to bear in mind that, even though the ECJ jurisprudence had already laid the foundations to enable (or, where appropriate, facilitate) these operations under the freedom of establishment, it was not sufficient to remove the legal obstacles already in place. Certainly, in the absence of a European legislative act on the matter, the limitations inherent in said jurisprudence (which is based on specific facts and whose interpretation by the Member States is subject to a certain margin of discretion), as well as the heterogeneous character of the provisions contained in the domestic legislation of some of these Member States in order to make these operations possible, continued to be a significant handicap for their completion, especially from the point of view of legal certainty and the protection of minority shareholders, workers, and creditors of the participating companies.

However, and without prejudice to the above, it should be noted that while it will be necessary to wait for the domestic implementation of the provisions contained in Directive 2019/2121/EU by the Member States to be able to evaluate with greater precision the extent to which the purpose and objectives pursued by the aforementioned Directive are fulfilled, there remain several issues with regard to the regulation of the cross-border mergers, divisions, and conversions under Directive 2017/1132/EU that show some room for improvement.

In this regard, we should start by highlighting the exclusion from the objective scope of application of the Directive those cross-border operations regarding the global contribution of assets and liabilities in which the transferring company continues to exist as a *holding* company after the contribution of all its assets to the receiving company, as well as those cross-border divisions in which the receiving company or companies are not newly created but exist prior to the division. Likewise, it should be

noted how certain aspects of the cross-border merger are still governed by the corporate laws of the Member States (such as the majority required for the approval of the operation, the deadline to carry out the scrutiny of the legality of the cross-border merger with regard to the part of the procedure related to the completion of the operation and, where appropriate, the constitution of the new company resulting from the cross-border merger, or the date from which the transactions of the merging companies will be considered, for accounting purposes, to be performed by the company resulting from the cross-border merger), so that any differences in regard to the regulation of such aspects by the Member States could increase the time necessary to complete the cross-border merger, lead to lower levels of legal certainty, and raise the costs of legal advice for all participating companies. This same criticism could be made in the field of cross-border divisions to the extent that some relevant elements related to these operations have been left out of the harmonization process carried out by the European legislator in this field (such as the deadline to carry out the scrutiny of the legality of the cross-border division by the national authorities of the Member States of the receiving companies, or the date from which the transactions of the company being divided will be considered, for accounting purposes, to be transactions performed by the receiving companies).

On the other hand, and with regard to the anti-abuse clause introduced by the reform operated by Directive 2019/2121/EU in Directive 2017/1132/EU and applicable to cross-border mergers, divisions and conversions, it would be appropriate to note that certain aspects (such as the extent to which it is formulated or its application prior to carrying out the operation at issue) could make it difficult to assess the abusive nature of the operation by the national authorities and introduce differences when this clause is applied by the different Member States (which could find incentives to adopt “restrictive” approaches aimed at preventing companies from leaving their respective jurisdictions). However, it should be borne in mind that the interpretation of the abovementioned anti-abuse clause must be carried out in the light of the ECJ jurisprudence concerning the general principle of prohibition of the abuse of EU Law.

c) The role of the European Company

The improvements in the level of cross-border mobility of national companies derived from the ECJ jurisprudence on the freedom of establishment as well as the approval of Directive 2005/56/EC and, more recently, Directive 2019/2121/EU have been a severe setback for the European Company, which, constrained by a strict and inflexible legal regime, has seen a significant decrease in the attractiveness originally presented in comparison with companies constituted in accordance with the national Law of the Member States as an instrument to carry out cross-border mergers and transfers of the registered office between Member States (while maintaining their legal personality). In the field of taxation, the approval of Directive 2016/1164/EU has also contributed to this result, in particular with regard to its provisions on exit taxes.

In fact, the important role that the European Company was called to play, not only in the field of cross-border business reorganizations, but as a kind of catalyst for the activity of national companies in the internal market, has still not been fully consolidated, mainly due to a series of problems derived from the regime provided for in Regulation (EC) No. 2157/2001 (such as the high minimum capital requirements, the impossibility of setting up a European Company originally, the limitation of the corporate forms that can create a European Company through merger or conversion, the obligation that the registered office and the head office of the European Company are located in the same Member State, etc.), in addition to the uncertainty derived from the numerous references to Member States' domestic legislation, as well as the length, complexity and high costs associated with the constitution of a European Company. For this reason, and in order for the European Company to recover part of the ground lost in regard to national corporate forms, the possibility of reforming Regulation (EC) No. 2157/2001 with the aim of addressing some of the abovementioned issues should be considered. In this regard, the legal regime provided for in Regulation (EC) No. 2157/2001 should be more "flexible" in order to be in line with the current state of European company law, especially in the field of cross-border business reorganizations.

II. The fulfillment of the objectives pursued by Directive 2009/133/EC

Throughout the first years since its approval, Directive 90/434/EEC (now Directive 2009/133/EC) had to face a series of problems in relation to its effective implementation. These problems were the result not only of gaps in the wording of its articles, the insufficient delimitation of some of its provisions, as well as linguistic issues regarding the equivalence and meaning of some terms between the different versions of the Directive, but were also due to the lack of recognition by the company law of some Member States regarding certain operations that were covered under its objective scope. Despite these problems, the Directive has contributed to overcoming the main obstacles that have negatively affected the conduct of cross-border business reorganizations in the field of direct taxation both at the level of the transferring company and its shareholders and at the level of the beneficiary company (whose greatest exponent was the immediate taxation of latent capital gains triggered as a result of the operation). In this regard, it should be noted that insofar as the significant fiscal cost derived from immediate taxation had a direct impact on the financial position of the transferring company and its shareholders (unless they could benefit from a participation exemption regime), the effective realization of the operation could be hindered even when it was viable (and desirable) from an economic and/or commercial perspective.

In this regard, it is important to point out that issues related to the transposition of the Tax Merger Directive are still found, especially due to the introduction by some Member States of elements or additional requirements not foreseen by the Directive that narrows or restricts the definition of the operations covered by its scope or the scope of the tax measures provided in its articles. However, the interpretive work carried out by the ECJ, not only in the area of the Tax Merger Directive itself but also in relation to the

Fundamental Freedoms provided for in the Treaty, has allowed a good number of problems related to the (incorrect) implementation of the Directive at the domestic level to be resolved.

Therefore, possible distortions of a fiscal nature that could affect the decisions of economic agents have been eliminated or, at least, mitigated, facilitating European companies to exercise the Fundamental Freedoms provided for in the Treaty (in particular, the freedom of establishment), the cross-border cooperation processes, and the adaptation of their size and structure to the needs of an internal market in the context of an increasing economic globalization with the consequent positive impact on their productivity and competitiveness at the international level.

In this regard, it must be considered that, prior to the approval of Directive 90/434/EEC, the tax laws of the Member States, which were inspired by a fear of losing or encountering difficulties with respect to taxing income or capital gains generated in their territories, adopted a kind of double standard approach with regard to business reorganizations based on their domestic or cross-border nature. Accordingly, the special tax measures or regimes planned to reduce the high tax burden associated with domestic operations in the field of direct taxation were rarely extensible to cross-border operations. In fact, even in those instances in which certain types of cross-border business reorganizations could benefit, albeit with nuances and subject to the fulfillment of a series of requirements, from the extension of the special taxation measures or regimes provided for domestic business reorganizations, the degree of heterogeneity between them continued to represent an obstacle to their effective implementation.

Hence, the importance of establishing a common tax regime applicable to mergers, divisions, transfers of assets, exchanges of shares, and transfers of the registered office of an SE or SCE between Member States whose main measure was the development of a system for deferring the taxation of capital gains arising at the level of the transferring company and its shareholders until the moment of their effective realization. Additionally, a series of different measures aimed at guaranteeing the fiscal neutrality of the operation, both at the level of the participating companies and from the perspective of the shareholders of the transferring or acquired company, were established. The aforementioned tax regime relied on the idea that, as far as possible, the tax consequences of cross-border business reorganizations should not be more onerous than those associated with the operations themselves when conducted by companies of the same Member State, while at the same time safeguarding the financial interests of the Member States involved in the operation. In this sense, and based on the optional nature of the tax neutrality regime, it could be said that Directive 2009/133/EC just make available to economic operators a series of measures that the European legislator has considered appropriate to eliminate tax obstacles for cross-border business reorganizations. Therefore, the participating companies and their shareholders must decide, taking into account their particular circumstances, if they are interested in placing the operation under the tax neutrality regime and comply with the obligations and requirements established by the Directive.

Nevertheless, it is important to acknowledge that Directive 2009/133/EC: i) does not address all of the problems involved in cross-border business reorganizations, essentially limiting itself to those closely related to the tax cost of the operations while ignoring the tax problems that, in the long term, some of these operations could pose regarding the shareholders of the transferring or acquired company, mainly with respect to the tax regime applicable to the subsequent distribution of dividends when, as a result of the business reorganization in question, the Parent-Subsidiary Directive does not apply; ii) has a series of limitations regarding its objective and subjective scope of application; and iii) raises some controversial issues regarding the interpretation of certain terms in its articles and with respect to the scope and configuration of the tax measures set forth in its provisions.

III. The subjective scope of application of the Directive 2009/133/EC

Regarding the subjective scope of application of the Directive 2009/133/EC, it could be pointed out that, although there are still some national legal entities subject to corporation tax that engage in cross-border activities within the European Union which are outside the scope of the Directive because they are not included in the list in Annex I, the subjective scope of application of the Directive must be classified as wide (e.g., if we compare it with that of the provisions in Directive 2017/1132/EU concerning cross-border mergers and divisions).

a) Specific problems presented by UCITS

However, in relation to this issue, the tax obstacles that currently continue to affect cross-border mergers between the Undertakings for Collective Investment in Transferable Securities (UCITS) established in the territory of the Member States and governed by Directive 2009/65/EC should be highlighted. Insofar as these entities are not covered, in general, by the subjective scope of Directive 2009/133/EC, we are dealing with operations that may involve negative tax consequences for the participating entities themselves and, more specifically, for their investors. For this reason, and even though the position traditionally held by the European Commission has been addressing this problem through the ECJ jurisprudence (an approach that may be useful to eliminate discrimination in the tax treatment of cross-border and domestic mergers of UCITS by the member States), it would be convenient to guarantee the tax neutrality of these operations and eliminate the divergences in their tax treatment by the domestic laws of the Member States, either by means of the extension of the scope of Directive 2009/133/EC or, preferably, by means of a specific EU legal instrument inspired by the content of the latter that takes into account the particularities of these legal entities.

b) Divergences between the subjective scope of application of the Directives 2009/133/EC and 2017/1132/EU

Similarly, it cannot be overlooked that some of the national legal forms contemplated in the annex to Directive 2009/133/EC do not have access to the provisions of the current Directive 2017/1132/EU regarding cross-border mergers and

divisions because they do not fit into the concept of limited liability company referred to in articles 119.1 and 160 *ter*. Therefore, the purpose of broadening the subjective scope of the Tax Merger Directive carried out by Directive 2005/19/EC in the framework of said operations could be unsuccessful due to the existence of legal and procedural obstacles that make it difficult or even impossible, in practice, their effective realization. Nevertheless, some of the company forms included in the annex to Directive 2009/133/EC, which *a priori* would be excluded from the application of the provisions contained in Directive 2017/1132/EU on cross-border mergers and divisions, could benefit from such provisions by virtue of the unilateral extension of their subjective scope implemented by the Member States. Conversely, we can also find certain company forms that are included in Annex II to Directive 2017/1132/EU but are not and cannot be included in Annex I to Directive 2009/133/EC. It determines that, even if the cross-border mergers or divisions in which said entities participate can benefit from the provisions contained in Directive 2017/1132/EU, they would remain outside the tax neutrality regime established by Directive 2009/133/EC.

c) Problems associated with the formula provided in the annex to Directive 2009/133/EC

On the other hand, it should be noted that the formula provided in the annex to the Tax Merger Directive as a mechanism to delimit its subjective scope of application presents a series of problems arising from its own nature.

Firstly, the use of a closed list, or *numerus clausus*, subject to a strict interpretation, where the legal entities of a certain Member State that have access to the tax neutrality regime provided for by Directive 2009/133/CE are related in a nominative form, translates into a lack of flexibility, not only in the face of the emergence of new legal entities (both national and European) but also in the face of possible changes in the criteria of the Member States with respect to the types of companies, which, although in existence by the time the Directive was drawn up, were initially excluded from its scope. Moreover, the use of such a list could pose problems from the perspective of the freedom of establishment and the free movement of capital when the operation involves companies incorporated in a Member State of the European Union or in a third State, respectively, which, despite complying with the rest of the requirements provided for in article 3 of the Directive, were not included in the annex to Directive 2009/133/EC. This is especially relevant if we take into account that the Member States have extended the tax neutrality regime to operations of a strictly domestic nature in which national legal entities that are not listed in the annex of the Directive are involved.

Secondly, it must be mentioned that the presence of generic formulas and opening clauses in the annex of Directive 2009/133/EC is a double-edged sword since, even though they broaden the subjective scope of the Directive and help to avoid possible conflicts regarding freedom of establishment, they may introduce an additional complexity when planning the operation and when considering their tax treatment by the tax authorities of the Member States where the participating companies have their

residence for tax purposes. This is due to the possible doubts and misinterpretations that arise about whether a certain foreign legal entity fits into the generic formula or aligns with the opening clause provided for in the annex to the Directive in relation to the Member State under whose legislation it was incorporated.

d) Divergences between the subjective scope of application of the Directives 2011/96/EU, 2009/133/EC and 2003/49/EC

It is worth emphasizing that, from the perspective of the proper functioning of the internal market, and even when the main corporate forms of the Member States are covered by the subjective scope of Directives 2011/96/EU, 2009/133/EC, and 2003/49/EC, it is not appropriate that the choice of a certain corporate form by economic agents to channel their investments and conduct their activities may, in certain cases, mean the waiving of benefits of any of these rules of EU Law due to the lack of coordination between the list of companies included in their respective annexes. In this regard, and even recognizing the singularity of the objectives pursued by the aforementioned Directives, the existence of such divergences between their subjective scope of application is open to criticism especially in the case of the Tax Merger Directive and the Parent Subsidiary Directive given their complementary nature. Therefore, it is advisable to homogenize, to as great a degree as possible, the catalog of national legal entities that can access the benefits envisaged in the aforementioned Directives on direct taxation.

e) The requirement provided in article 3, section c), of Directive 2009/133/EC

In relation to the requirement referred to in article 3, section c) of Directive 2009/133/EC, it should be noted that, in our opinion, the exclusion of certain national legal entities from the subjective scope of the Directive just because they have the possibility of being subject to one of the taxes included in Part B of Annex I of the Directive or to a different tax, is not appropriate based on the objectives pursued by the Directive itself, nor can it be justified on the basis of the protection of the financial interests of the Member States. Rather, the exclusion seems to reflect the interest of the latter to avoid the burden of verifying whether a company incorporated under the legislation of another Member State has effectively opted to be subject to corporation tax. Therefore, and as long as for the purposes of the application of Directive 2009/133/EC the relevant issue is whether or not the national company is exempt from a corporation tax, we should consider the convenience of extending the subjective scope of the Directive to cover national companies subject to (and not exempt from) one of the taxes contemplated in Part B of Annex I of the Directive by virtue of the exercise of the right of option as recognized by the domestic tax legislation of the concerned Member State.

Given the subjective scope of Directive 2009/133/EC and with respect to the inclusion of the national legal entities subject to corporation tax, with no possibility of

an option or of being exempt, but instead subject to a tax rate of 0%, it should be noted that, even though these entities formally fit into the literal wording of article 3, section c) of the Tax Merger Directive, an interpretation of the aforementioned precept in accordance with its purpose and as aligned with the ECJ doctrine in the case of *Wereldhave Belgium Comm. VA and others* would lead us to exclude them from the Directive's scope inasmuch as, from the perspective of guaranteeing the tax rights of Member States over deferred capital gains, the application of a 0% tax rate would have effects similar to tax exemption.

f) Business reorganizations in which the participating companies are residents for tax purposes in the same Member State

On a separate issue, and beyond the problem of determining to which Member State the participating companies “are from” in order to verify the presence of the cross-border element as required by article 1 of the Directive, it should be noted that the participation in the operation in question of two or more companies resident in the same Member State together with companies resident in other Member States could raise doubts about whether the provisions of Directive 2009/133/EC apply to the operation as a whole or only to the “cross-border part” of the operation. Notwithstanding that, the “domestic part” of the operation could be covered by the provisions of the Directive by virtue of a unilateral extension of its scope by the Member States. From our perspective, the fact that two or more companies resident in the same Member State intervene in one of the business reorganizations contemplated in article 2 of the Tax Merger Directive should not prevent access by the operation as a whole to the tax neutrality regime provided all participating companies comply with the requirements set forth in article 3 of Directive 2009/133/EC. This is without prejudice to a possible application of the anti-abuse clause established in article 15.1 of the Directive in those cases in which it can be verified that a company resident in another Member State is involved in a strictly domestic reorganization for the sole purpose of giving the operation a cross-border nature so it can benefit from the regime provided for by Directive 2009/133/EC.

g) The participation in the operation of companies from third States

From another perspective, it should be mentioned that, based on a joint interpretation of the literal wording of article 1, section a) and article 3 of Directive 2009/133/EC, cross-border business reorganizations that involve companies having their fiscal residence in non-Member States would be excluded from the scope of the Directive regardless of whether the same operation also involve companies having their fiscal residence in two or more Member States of the European Union and without the possibility of a partial application of the tax neutrality regime. Similarly, business reorganizations in which companies incorporated in accordance with the legislation of a third State are involved would also be excluded from the scope of Directive 2009/133/EC.

However, regardless of whether the Member States can unilaterally extend (although subject to a series of requirements) their respective tax neutrality regimes inspired by the provisions of Directive 2009/133/EC to any of the aforementioned cases, in the case of companies having their fiscal residence in Member States of the European Economic Area or companies incorporated in accordance with the legislation of one of these States but residents for tax purposes in a Member State of the European Union, and based on the principle of non-discrimination and the freedom of establishment provided for in articles 31 and 34 of the European Economic Area (EEA) Agreement, the Member States must extend, in general terms, the tax treatment provided in their respective national laws for domestic business reorganizations to those comparable business reorganizations involving companies incorporated in a State belonging to the European Economic Area, without leading to an extension of the scope of Directive 2009/133/EC. In fact, considering the doctrine derived from the ECJ judgment in the case of *SECIL-Companhia Geral de Cal e Cimento SA*, this statement could be extended to those operations involving companies from third States with which the European Union has signed a commercial or investment agreement (e.g., Euro-Mediterranean Association Agreements) that refers to the right of establishment in a clear and precise manner, especially when there are effective mutual assistance and exchange of information mechanisms between the competent authorities of the States Party to the agreement.

In our opinion, even if the “indirect application” of the provisions of Directive 2009/133/EC (through the principle of non-discrimination) to cases that *a priori* would be excluded from its scope could pose problems related to the heterogeneous nature of the domestic tax laws of the Member States, the fact that the majority of such Member States have unilaterally extended the tax neutrality regime provided for in Directive 2009/133/EC to purely internal cases would contribute, on the one hand, to effectively expanding the internal market to the European Economic Area and, on the other hand, to the practical effect of the provisions on cross-border mergers and divisions contained in Directive 2017/1132/EU whose scope of application is projected onto the European Economic Area.

IV. The objective scope of application of the Directive 2009/133/EC

a) Divergences between the objective scope of application of the Directives 2009/133/EC and 2017/1132/EU

With regard to the objective scope of application of Directive 2009/133/EC, it should be highlighted the existence of divergences with respect to the objective scope of Directive 2017/1132/EU (especially following the amendment made by Directive 2019/2121/EU). Accordingly, i) certain operations currently covered by Directive 2017/1132/EU are not included as such in Directive 2009/133/EC, and vice versa; and ii) the differences between the definitions of partial division and division by separation (or transfer of assets) provided for in Directive 2017/1132/EU and those set out in Directive 2009/133/EU mean that, on the one hand, certain cross-border operations of

partial division or transfer of assets made under the legal regime provided for in Directive 2017/1132/EU will remain outside the tax neutrality regime set by Directive 2009/133/EC and, on the other hand, certain cross-border transfer of assets that may access the provisions of Directive 2009/133/EC may not be conducted under the provisions of Directive 2017/1132/EU, as would be the case of the transfer of the total assets of a company.

In this regard, even while acknowledging the absence of an identity between the aims and objectives pursued by Directive 2017/1132/EU (in relation to its provisions on cross-border mergers, divisions and conversions) and by Directive 2009/133/EC, the need to make the autonomous definitions of business reorganization operations set out in Directive 2009/133/EC more flexible should be considered in order to mitigate the impact of the aforementioned divergences. On the one hand, the close relationship between the harmonization process carried out at the level of company law and tax law with regard to cross-border business reorganizations as methods for exercising freedom of establishment cannot be ignored and, on the other hand, the non-application of the tax neutrality regime to any of the operations provided for by Directive 2017/1132/EU could, in practice, negatively impact on the effective application of its provisions.

b) The extension of the objective scope of application of the Directive to other business reorganization operations

Beyond the problems of interaction with Directive 2017/1132/EU, it would be advisable for Directive 2009/133/EC, following the approach adopted by some Member States, to include within its scope of application the following operations: i) mergers in which the shareholders of the transferring company or companies receive shares from another company that is not the beneficiary of the transferred assets (e.g., triangular mergers); ii) mergers in which the transferring company and the receiving company are wholly owned directly by the same person or by several persons, each with the same proportion (i.e., mergers between sister companies), especially if we take into account that after the amendment implemented by Directive 2019/2121/EU, these operations are covered within the scope of Directive 2017/1132/EU; iii) full and partial divisions in which the attribution of shares of any of the receiving companies to the shareholders of the transferring company is in a different proportion than that previously held in the said company; and iv) mergers, divisions, and exchanges of shares in which the additional cash compensation to the shareholders of the transferring or acquired company exceeds the 10% rule; in this regard, the limit currently provided for in the Tax Merger Directive should be slightly increased, bearing in mind that, in any case, those operations whose reorganization purposes are extremely diluted or practically non-existent and rather are closer to the mere sale and purchase of assets must be excluded from the tax neutrality regime.

In our view, the extension of the provisions set out in Directive 2009/133/EC to the aforementioned operations would not pose special inconveniences from the point of view of the aims pursued by the Directive or result in any damage to the taxing rights of

the Member States (provided that the requirements set forth in the Directive are met, with the relevant adaptations). In any case, it should be borne in mind that if the Member States granted less favorable tax treatment to the aforementioned operations simply for having a cross-border nature, then a restriction on the freedom of establishment hardly compatible with the Treaty would arise.

c) The exclusion from the objective scope of the Directive of the operations of transfer of the registered office carried out by national companies

Similarly, it should be highlighted that, with regard to cross-border transfer of the registered office, the benefits of the Tax Merger Directive are limited to those operations carried out by European Companies or by European Cooperative Societies. This, however, is not what occurs in the field of indirect taxation where Directive 2008/7/EC establishes the prohibition for the Member States to subject capital companies (whether they are of European origin or incorporated under the national law of a Member State) to any form of indirect taxation derived from the alteration of their constituent instrument or regulations and, in particular, to the transfer of its center of effective management or registered office from one Member State to another. From our perspective and despite the wording of article 5.1, section c) of Directive 2016/1164/EU, it would be convenient to extend the objective scope of Directive 2009/133/EC to cover these operations under the tax neutrality regime regardless of whether there is a change in the tax residence, as happens with the SE and the SCE. This approach would allow possible differences in treatment to be eliminated with respect to the SE and the SCE in relation to the tax treatment of provisions or reserves constituted partly or wholly exempt from tax or the non-compensated losses for tax purposes. Furthermore, it would provide a greater level of legal certainty by reducing the negative impact derived from the divergences between the tax laws of the Member States, it would guarantee the tax neutrality of these operations at the level of the shareholders of the company in question, and it would contribute, together with Directive 2016/1164/EU, to reinforcing the effective application of the provisions regarding the cross-border conversions established by Directive 2019/2121/EU in the field of European company law.

d) The need of making the definition of some operations covered by the Directive more flexible

Because one of the essential purposes of the Tax Merger Directive lies in increasing the productivity and competitiveness of European companies at the international level through the elimination of tax obstacles that affect business reorganizations, it would be advisable to review the definitions of some of the operations covered by its scope of application to make them more flexible without compromising their nature. Thus, in relation to partial divisions, the branch of activity requirement greatly restricts this concept, leaving out of it genuine business reorganizations that could benefit in the field of company law from the regime provided for by Directive 2017/1132/EU. Therefore, the elimination of the requirement regarding the maintenance

of a branch of activity in the transferring company may at least be suggested. In this regard, it must be recognized that, even though the interpretation of the clause provided for in article 15.1 of Directive 2009/133/EC is not exempt from difficulties (nor is the concept of branch of activity itself), it could be sufficient to fight those partial divisions that do not have real reorganization purpose.

In relation to this issue, it should be noted that although the ECJ jurisprudence in the case of *Andersen og Jensen* contributed to outline the meaning of “branch of activity”, it established a particularly restrictive interpretation of this concept in which gray areas are observed. In our view, a less theoretical interpretation of the concept of branch of activity, more in line with the business reality, is required. Thus, in the framework of a partial division or a transfer of assets, the transferring company should not be obliged to transfer all the assets and liabilities that constitute the branch or branches of activity to the receiving company. In other words, the possibility that the transferring company do not transfer those assets and liabilities of the transferred branch of activity that, from an organizational, functional, and economic-financial perspective, are not essential for its capacity of functioning by its own means must be admitted. In fact, following the ECJ doctrine in relation to the rule provided for in article 19 of Directive 2006/112/EC, the possibility of allowing access to the tax neutrality regime could be considered for those operations of partial division and transfer of assets in which the ownership of some elements of the transferred branch of activity (that are essential for its capacity of functioning by its own means) is not transferred, provided that the receiving company could continue to use them. In any case, the Member States would be able to react to possible cases of abuse through the application of the clause provided for in article 15 of the Directive.

e) The need to clarify or develop the concept of branch of activity

In relation to the concept of branch of activity, the following aspects should be developed or clarified: i) the criteria to determine which liabilities are effectively linked to the assets that constitute a certain branch of activity and their amount; ii) the need that the assets and liabilities transferred are capable of functioning by its own means in the transferring company or, if it would suffice that such elements, analyzed from a kind of “neutral perspective” (leaving apart their function in the transferring company), are capable of operating by its own means as an independent business (without the need for additional investments or contributions from the receiving company); or iii) the need that the assets and liabilities are linked to obtaining active income to constitute a branch of activity for the purposes of the Directive 2009/133/EC or, conversely, such condition could be verify even if the assets and liabilities are linked to obtaining passive income, especially in those cases in which a control portfolio is transmitted by an entity whose object is precisely the management of shares.

f) Transfers of assets

In relation to transfers of assets, Directive 2009/133/EC should not only explicitly recognize that the asset contribution can be made in favor of one or more receiving companies (as established in the definition of division by separation provided for in article 160 *ter*, section 4, subsection c) of Directive 2017/1132/EU), clarifying that said companies may be newly created or already existing, but also recognizing the possibility that, similar to what happens in the field mergers, divisions, and exchange of shares, the receiving company may make an additional cash payment to the transferring company, in exchange for the assets received.

g) Exchanges of shares

With respect to exchanges of shares, it should be clarified if the tax neutrality regime established by Directive 2009/133/EC is applicable in those cases in which: i) the acquiring company acquires more than 50% of the voting rights in the acquired company but does not obtain effective control of said company due to the existence of statutory restrictions that limit the maximum number of voting rights exercised by each shareholder; ii) the acquiring company acquires a holding in the capital of another company that allows it to obtain the majority of its “ordinary” voting rights or, where appropriate, to increase said majority, but the existence of priority shares or even the golden share in the capital of the acquired company determines that its original shareholders continue to maintain, after the exchange of shares, among other privileges, the right of veto that may impede, or at least, hinder the effective takeover of the acquired company by the acquiring company; iii) the majority of the voting rights of the acquired company is obtained progressively through multiple transactions conducted over a certain period of time (e.g., through a takeover bid); and iv) a company that already owns the majority of the voting rights of another company acquires a package of non-voting shares of said company, in such a way that, although its holding in the capital said company is increased, it is not translated into an increase in its voting rights.

h) The origin of the shares delivered in exchange by the receiving or acquiring company and the additional cash payment

Similarly, regarding the origin of the shares that the receiving or acquiring company must deliver to the shareholders of the transferring company (mergers and divisions) or acquired company (exchanges of shares), or to the transferring company itself (transfers of assets) in exchange for the transfer of assets or shares made, Directive 2009/133/EC should explicitly recognize the possibility that said shares may be created *ad hoc* through a capital increase or may be sourced from the treasury shares held by the receiving or acquiring company at the time of conducting the operation.

Finally, with respect to the additional cash compensation that may be received by the shareholders of the transferring company (mergers and divisions) or acquired company (exchanges of shares), it should be mentioned that: i) the fact that the calculation of the 10% limit is made taking into consideration the nominal value of the shares of the receiving company delivered in exchange (instead of their market value) is

detrimental to those companies whose shares have a low nominal value in relation to their market value; and ii) in view of the literal wording of the formula used in article 2, sections a), b), c), and e) of Directive 2009/133 EC it is doubtful whether the 10% limit should be applied in relation to each shareholder of the transferring or acquired company or should be applied considering the operation as a whole.

V. The tax measures established by Directive 2009/133/EC

Beyond the limitations and problematic aspects related to the objective and subjective scopes of application of Directive 2009/133/EC, it is important to highlight that the measures that make up the tax neutrality regime are not exempt from conflicting issues and show some room for improvement.

a) The lack of definition of the concept of “real value”

Thus, with regard to the tax deferral rule provided for in article 4.1 of Directive 2009/13/EC, and in order to avoid possible divergences of interpretation between the Member States derived from the non-equivalence between the concepts of “real value” and “market value”, the reference to the concept of “real value” that appears in the aforementioned provision should be replaced by the concept of “market value”. Moreover, and following the example of Directive 2016/1164/EU, a definition of this concept should be provided.

b) Problems linked to the requirement established in article 4.2, section b, of the Directive and the lack of a definition of the concept of permanent establishment

With regard to the requirement provided for in article 4.2, section b) of Directive 2009/133/EC it should be pointed out that, in some cases, it may not be sufficient to safeguard the taxing rights of the Member State of the transferring company (e.g., in the case of companies operating ships or aircraft in international traffic, where the Member State of the transferring company has established in its domestic tax legislation a provision inspired by article 8 or 13.3 of the OECD Model Tax Convention or it has signed a DTA containing such clause with the Member State where the receiving company is resident for tax purposes). For other cases, however, this requirement may be excessive for these purposes (e.g., in relation to immovable property when the DTA signed between the Member State where the receiving company is resident for tax purposes and the Member State where the transferring company is resident for tax purposes follows the provisions of article 13.1 of the OECD Model Tax Convention). Nonetheless, from the point of view of safeguarding the taxing rights of the Member State where the transferring company is resident for tax purposes, the relevant matter is that the tax deferral rule applies only to those patrimonial elements that are effectively subject to taxation in its territory after the operation.

On the other hand, it should be noted that Directive 2009/133/EC does not include a definition of the concept of permanent establishment or make any reference to

the domestic laws of the Member States, to the DTA signed between the Member States of the companies involved in the operation, to the OECD Model Tax Convention or to other rule of EU law. Thus, the Directive 2009/133/EC introduces a component of legal uncertainty regarding the verification of the requirement provided for in article 4.2, section b) which does not make any contribution to the proper functioning of the tax neutrality regime. In this respect, it is important not to lose sight of the fact that while the concept of permanent establishment has undergone considerable development in the field of the OECD Model Tax Convention, it cannot yet be considered an autonomous concept of EU law. Therefore, its interpretation by the ECJ will be limited to the specific scope of the EU legal instrument in which it is defined.

In this regard, the use of the definition of the concept of permanent establishment included in the DTA which is applicable to the specific case (and, alternatively, the definition provided in the domestic tax legislation of the Member States), has the advantage that the tax authorities of the concerned Member State are already familiar with it in relation to its application and interpretation. However, the divergences existing at domestic level or even at the level of the DTAs signed by the different Member States between the definitions of this concept (the Member States may not even agree on the interpretation of the concept of permanent establishment included in the DTA applicable to the specific case, which would determine the referral to the mechanisms for resolving tax disputes established in Directive 2017/1852/EU), as well as the possibility that these definitions may be amended outside the will of the European legislator, introduce a component of heterogeneity into the practical application of the Directive and can give rise to problematic situations, especially in cross-border business reorganizations of a multilateral nature.

In our opinion, from the viewpoint of the approximation process of the domestic laws of the Member States in the field of direct taxation in which Directive 2009/133/EC is framed, it would be convenient to introduce a definition of the concept of permanent establishment into the Directive itself subject to autonomous interpretation by the ECJ. In this sense, the “transposition” to the scope of Directive 2009/133/EC of the full content of article 5 of the OECD Model Tax Convention would be problematic, first, due to the divergences regarding the definition of permanent establishment that operates in the field of the Parent-Subsidiary Directive and the Interest and Royalties Directive (given that they do not reproduce the content of sections 2 to 8 of article 5 of the OECD Model Tax Convention), and, second, due to possible conflicts between the definition of permanent establishment that would operate within the scope of Directive 2009/133/EC and that provided in the DTAs signed between the Member States in regards to aspects such as building sites or installation projects as well as activities of a preparatory or auxiliary character.

Accordingly, we are in favor of transferring the definition of permanent establishment contained in article 2, section b) of Directive 2011/96/EU to the scope of Directive 2009/133/EC, which demonstrates an important degree of similarity with the concept of permanent establishment included in article 5.1 of the OECD Model Tax

Convention. In support of this possibility, it should be mentioned that the ECJ judgment in the case of *Punch Graphix*, which specifically refers to the complementary nature of both EU Directives, has used the definition of merger provided in article 2, section a), subsection iii) of Directive 2009/133/EC to interpret the concept of “liquidation” contained in article 4.1 of Directive 2011/96/EU. Moreover, the clause provided for in the last paragraph of article 2, section b) of Directive 2011/96/EU reinforces the requirement set forth in article 4.2, section b) of Directive 2009/133/EC in relation to the need for the assets and liabilities transferred in the framework of a cross-border business reorganization which are effectively connected with the permanent establishment of the receiving company in the Member State of the transferring company contribute to generate the profits or losses that will be integrated into the taxable base. In any case, once it is included in the text of Directive 2009/133/EC, the definition of permanent establishment could be outlined by the ECJ by means of interpretation.

c) The taxation of the assets that are not effectively connected with the permanent establishment located in the Member State of the transferring company

Furthermore, it should be pointed out that the silence of the Tax Merger Directive regarding the powers of the Member State of the transferring company in relation to tax possible capital gains linked to the patrimonial elements transferred within the framework of one of the business reorganizations covered by its scope which are not effectively connected with a permanent establishment of the receiving company located in the Member State of the transferring company, cannot be interpreted in the sense that the failure to comply with the requirement provided in article 4.2, section b) entitles the Member State of the transferring company to tax said capital gains and immediately demand the payment of the corresponding tax. Instead, in these cases, as well as in those where the link of an asset initially connected with the permanent establishment of the beneficiary company located in the Member State of the transferring company is subsequently ceased, the right to levy exit taxes by said Member State must be exercised in accordance with the provisions of the ECJ jurisprudence and, where appropriate, in accordance with the provisions of article 5 of Directive 2016/1164/EU.

d) Tax treatment of losses arising from the operation

It is also important to keep in mind that the rule provided for in article 4 of Directive 2009/13/EC does not address the issue regarding the tax treatment of possible losses arising from mergers, divisions, and transfers of assets covered by the scope of the Directive. Thus, this issue remains in the hands of the domestic tax laws of the Member States, without prejudice as to the necessary respect for the Fundamental Freedoms provided for in the Treaty. Nevertheless, in our opinion, a symmetrical application of the tax neutrality regime would require that even those assets transferred in the framework of the cross-border operation in question on which the tax deferral rule

was not applied (because its market value was lower than its fiscal value) were incorporated at their values for tax purposes by the permanent establishment of the receiving company located in the Member State of the transferring company.

e) The insufficiency of the valuation rules contained in the Directive

On the other hand, the silence of Directive 2009/133/EC in relation to several issues should also be criticized. In this sense, we can mention: i) the value by which the receiving company must incorporate, in the Member State where its residence for tax purposes is located, the assets received that are effectively connected with its permanent establishment located in the Member State of the transferring company; ii) the value that the transferring company must attribute to the shares of the receiving company received in exchange for the branch of activity transferred; and iii) the value by which the acquiring company must incorporate into its balance sheet the shares acquired from the shareholders of the acquired company. This circumstance may not only give rise to the phenomenon of double taxation in certain cases (which negatively affects the achievement of the objectives pursued in Directive 2009/133/EC), but also introduces a component of heterogeneity in the application of the Directive derived from the different measures adopted by the Member States to address this problem, which is not desirable from the perspective of the principle of legal certainty.

Thus, in the first of the aforementioned cases, the Directive should establish the need for the receiving company to incorporate the assets received at market value in the Member State where its residence for tax purposes is located, since the opposite would mean granting that State, at the time in which the patrimonial elements were transferred to a third party, the potential right to tax possible capital gains that would not have been generated in its territory. With the respect to the second of the aforementioned cases, and taking into account that the ECJ jurisprudence in the case of *3D I Srl* does not resolve this issue, in our view, the European institutions should impose on the transferring company the obligation to value the shares received from the receiving company at the market value of the branch of activity transferred, given that the taxing rights of the Member State of the transferring company on the possible capital gains arising as a result the operation are already safeguarded by the requirement set forth in article 4.2, section b) of the Directive in conjunction with the “principle of preservation of value for tax purposes” set forth in its article 4.4. Regarding the third of the aforementioned cases, and bearing in mind that the ECJ jurisprudence in the case of *A.T.* does not resolve this issue, we argue that, as in the field of transfers of assets, the Directive should establish the obligation for the acquiring company to incorporate in its balance sheet the shares acquired from the acquired company at market value. In any case, it is important not to lose sight of the fact that Member States may resort to the clause provided for in article 15 of the Directive to combat possible abusive behaviors by taxpayers, especially in the last two aforementioned cases.

f) The carry-over of “provisions or reserves” provided for in article 5 of the Directive

With regard to article 5 of Directive 2009/133/EC, it should be mentioned that, in the absence of a definition of “provisions or reserves”, doubts are raised as to whether the aforementioned provision is only applicable to the provisions or reserves that have this specific classification by the domestic laws of the Member States regardless of the purpose for which they were constituted or, conversely, a broad interpretation of the aforementioned provision can be defended to cover other incentives or tax advantages of a recoverable nature from which the transferring company could have benefited by means of a reduction in its taxable base. In our opinion, this last interpretative option would contribute to the objective pursued by the Directive of guaranteeing tax neutrality for cross-border business reorganizations, even though it could pose problems from the perspective of legal certainty; thus, a greater degree of accuracy in the Directive with regard to this issue is recommended.

Similarly, it should be noted that, if we consider a broad concept of the term provisions and reserves established in article 5 of the Directive, the exclusion of the application of this provision in those cases in which the provisions or reserves constituted by the transferring company with partial or total exemption from corporation tax are derived from permanent establishments located abroad (linked to its assets and liabilities) could pose compatibility problems with the freedom of establishment if the domestic tax legislation of the Member State of the transferring company that applies a system of taxing worldwide profits does not establish a similar exception in the field of internal business reorganizations.

g) The carry-over of losses existing at the level of the transferring company

If we now focus on article 6 of Directive 2009/133/EC, it should first be mentioned that, on the one hand, such provision introduces a simple non-discrimination measure that does not make any contribution to the result that could be achieved through the direct application of the Fundamental Freedoms provided for in the Treaty in connection with the principle of non-discrimination and, on the other hand, this provision has been superseded by the ECJ jurisprudence. Therefore, in our opinion, and in order to remove the tax obstacles that continue to negatively affect cross-border business reorganizations in this matter, the European legislator should propose an amendment to article 6 of Directive 2009/133/EC aimed at implementing a general obligation for the Member States to allow that the losses of the transferring company not exhausted for tax purposes can be assumed by the permanent establishment of the receiving company located in the territory of the Member State of the transferring company for its subsequent compensation according to the domestic tax legislation in force in that State. In any case, it is important not to lose sight of the fact that, on the basis of the clause included in article 15 of the Directive, the Member States may reject this possibility in those cases of an abusive nature. Certainly, even if such an amendment could come to light, the problem linked to the existing divergences of the tax laws of the Member States regarding the requirements and conditions to which said compensation of losses by the permanent establishments of the receiving company located in its territory are subjected, would still need to be resolved. However, in our

view, this issue goes beyond the scope of application of the Directive 2009/133/EC and, therefore, a specific EU legal instrument that addresses this issue would be required.

In this respect, it cannot be overlooked that the current wording of article 6 of the Directive does not satisfactorily resolve issues such as: i) whether the aforementioned provision applies on the losses existing at the level of the transferring company that are not directly connected to the assets transferred in the framework of a partial division or a transfer of assets (or rather on the part of those losses that can be attributed to said elements) or on the totality of the losses that exist at the level of the transferring company in those cases of mergers or full divisions in which not all the transferred patrimonial elements remain effectively connected with a permanent establishment of the receiving company located in the Member State of the transferring company (this problem is linked to the lack of homogeneous criteria to determine the amount of losses existing in the transferring company and not yet exhausted for tax purposes that must be attributed to the patrimonial elements transferred in the framework of the operations covered by the scope of the Directive); and ii) the possibility that the losses that exist at the level of the transferring company may be compensated only with the benefits produced by the transferred assets or, conversely, may also be compensated with the total benefits of the permanent establishment to which said assets and liabilities are effectively connected after the operation, or even with the benefits obtained by another permanent establishment of the receiving company located in the Member State of the transferring company.

On the other hand, and in the light of the wording of article 13.2 of the Directive in the field of cross-border transfer of the registered office of the SE or SCE, article 6 of the Directive should clarified whether, in the case of mergers, (total and partial) divisions and transfers of assets, the carry back of losses that are not exhausted for tax purposes at the level of the transferring company is possible provided that this possibility is set forth in the legislation of the relevant Member State regarding domestic business reorganizations.

An issue that article 6 of Directive 2009/133/EC does not resolve, therefore remaining in the hands of the Member States, is the possibility that, in the framework of a cross-border business reorganization, the beneficiary company (and not its permanent establishment located in the Member State of the transferring company) can deduct from its taxable base the losses existing at the level of the transferring company that have not yet been exhausted for tax purposes. In our opinion, and from the perspective of the ultimate purpose pursued by the Directive, it would make sense to consider expanding the scope of the article 6 to explicitly cover the possibility that, in the context of mergers or total divisions, the receiving company can deduct in the Member State where its residence for tax purposes is located the losses of the transferring company that cannot be used for tax purposes in the Member of the transferring company. However, and without prejudice to the necessary respect for the ECJ jurisprudence regarding compensation for cross-border losses, the increasing complexity of such jurisprudence coupled with the lack of clarity in relation to the concept of “final losses”

would recommend that the issue regarding the takeover and compensation of losses at the intra-European level be addressed through a European legal instrument (either of a specific nature regarding this matter or within the framework of a Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base) where, among other issues, the cases in which this possibility is admissible, the conditions and requirements that must be verified, or the rules to determine the calculation of losses are established.

h) Limits of the article 7 of Directive 2009/133/EC

With regard to the rule provided for in article 7 of Directive 2009/133/EC, it should be mentioned the lack of clarity as to whether this provision prevent the Member States from reinstating the impairment losses related to shares held in the transferring non-resident company which have been recognized and deducted at the level of the receiving company prior to the operation.

It is further noted that Directive 2009/133/EC does not make any mention of the possibility that, in the framework of cross-border business reorganizations covered by its scope, the cancellation of the shares held by the receiving company in the transferring company gives rise to a capital loss, which will occur when the net market value of the assets received is lower than the book value of said shares. Accordingly, it seems that imposing the obligation on the Member State where the receiving/parent company is resident for tax purposes to refrain from taxing any gains derived from the cancellation of the shares held by said company in the non-resident transferring company, while also imposing the obligation on this Member State to admit the reduction of the taxable base of the receiving/parent company for the amount of the possible capital losses derived from the cancellation of its holding in the capital of the transferring company, would not be consistent with a symmetrical application of the tax neutrality regime that, in this context, is equivalent to a tax exemption rather than a mere tax deferral.

Moreover, article 7 of Directive 2009/133/EC does not include a specific rule regarding the tax treatment of possible capital gains arising at the level of the receiving company when the transferring company is the one that has a holding in the capital of the receiving company, as in those cases in which, due to the existence of a prohibition regarding the possession of treasury shares in the company law of the relevant Member State, the receiving company must redeem the own shares received that were previously part of the assets of the transferring company. Therefore, this is an issue that remains in the hands of the Member States and that may constitute a tax obstacle to cross-border mergers and divisions in which the transferring company has a holding in the capital of the receiving company that does not exist when the receiving company is the one participating in the capital of the transferring company.

i) The taxation of the shareholders of the transferring or acquired company

In relation to the set of rules provided for in article 8 of Directive 2009/133/EC regarding the taxation of shareholders, it should be pointed out that, on the one hand, these rules only apply to the shareholders of the transferring or acquired company and, on the other hand, they grant some leeway to the Member States in relation to certain issues as recognized by the ECJ jurisprudence. Thus, and with regard to this last matter, it should be noted that: i) in relation to partial divisions, it is not established what value for tax purposes should be attributed to shares received from the receiving company at the level of the transferring company's shareholders or how the value for tax purposes of the shares held in the capital of the transferring company must be distributed between the shares that its shareholders continue to hold after the operation and the shares in the capital of the receiving company or companies received as a result of the operation; and ii) the rule provided for in section 9 of the aforementioned provision does not specify how the Member States should take into account the cash payments received by the shareholders of the transferring or acquired company.

Furthermore, it must be borne in mind that, in the light of the literal wording of sections 4, 5 and 6 of article 8 of Directive 2009/133/EC, the rules provided therein may not always be effective in safeguarding the taxing rights of the Member State that granted the tax deferral of the capital gains arising at the level of the shareholders of the transferring or acquired company.

Thus, in certain cases, the application of the provisions contained in the relevant DTA could result in the loss or limitation of the taxing powers of the Member State of the shareholders of the transferring or acquired company that granted the tax deferral as a result of the cross-border business reorganization. A similar situation could occur if the shareholders of the acquired company initially have their residence for tax purposes in the same Member State that such company and then, once the operation is carried out, they decided to move their fiscal residence to another State. In these cases, and in order to avoid that the application of the tax neutrality regime results in a definitive loss of the taxation rights of the Member States with respect to the deferred capital gains (especially with regard to the exchanges of shares) or in a shifting of tax resources between Member States, there would be no problem if the Member State that granted the tax deferral in the application of the rule provided for in article 8 of the Directive exercise its taxing powers provided that the payment of the corresponding tax is made in accordance with the rules set forth in article 5 of Directive 2016/1164/EU and, where appropriate, within the limits of the ECJ jurisprudence on exit taxation.

Similarly, there could also be cases in which, by means of the application of the provisions included in the relevant DTAs, the Member State of the transferring or acquired company that has the power to tax the capital gains arising at the level of its shareholders as a result of the business reorganizations that fall within the scope of the Directive 2009/133/EC and, therefore must apply a tax deferral, ends up losing its taxing rights after the operation is carried out despite the application of the safeguard rules provided in the aforementioned provisions of the Directive. With respect to this issue, it should be noted that, even though the doctrine of the ECJ in the case of *Marc*

Jacob and Marc Lassus contributes to reinforcing the effective application of the rule provided for in article 8.6 of the Directive, the general extension of the approach upheld by the ECJ in the aforementioned judgment and related to the possibility that the Member State that applied the tax deferral may proceed to the taxation of deferred capital gains (which have been established when the transaction occurred) at the time of the subsequent transfer of the shares in the receiving or acquiring company received in exchange, even when said transfer does not fall within its fiscal competence, could lead to double taxation problems if combined with the “principle of preservation of value for tax purposes” set forth in sections 4 and 5 of article 8 of Directive 2009/133/EC.

For this reason, and even when, in general, this type of problems could be solved by the DTAs signed between the Member States, the possibility to amend article 8 of Directive 2009/133/EC in order to limit the application of the rule provided for in its section 1 to those cases in which the Member State granting the tax deferral preserves fiscal competence over the capital gains derived from the subsequent transfer of the shares in the receiving or acquiring company should be considered. Thus, if such a condition is not fulfilled, the relevant Member State could exercise its taxing powers when the business reorganization is carried out, notwithstanding that the payment of the corresponding tax could be deferred in a similar way to that provided for in article 5 of Directive 2016/1164/EU (regardless of whether the shareholders were natural or legal persons) or even up to the moment of the effective realization of said capital gain. Furthermore, to avoid double taxation problems, the shares of the receiving or acquiring company received in exchange should be incorporated by the shareholders at the market value of the shares held in the capital of the transferring or acquired company at the time the transaction was carried out (and which was used as a reference to determine the amount of the deferred capital gain). In this way, the taxing rights of each Member State involved in the operation would be solely projected on the capital gains (or capital losses) generated within the scope of their fiscal competence.

j) The possibility to reinstate the losses of the transferred permanent establishments located in a Member State other than that of the transferring company that have been set off against the taxable profits of the transferring company

With regard to the rules provided for in article 10 of Directive 2009/133/EC that seek to address the specific problem posed by cross-border business reorganizations where the assets transferred include a permanent establishment of the transferring company located in another Member State, some controversial issues regarding freedom of establishment have been raised, particularly in relation to the possibility provided for in the second paragraph of article 10.1 of the Directive.

In this regard, it should be pointed out that, assuming that in those business reorganizations where the transferred establishment is located in the same Member State where the transferring company has its fiscal residence for tax purposes such Member State does not reinstate in the taxable profits of the transferring company the losses of

the permanent establishment that have been previously deducted, the exercise of the right provided for in the second paragraph of article 10.1 of the Directive by the Member States that apply a “exemption with progression” would result in a restriction on the freedom of establishment provided for in article 49 of the TFEU. Although in the case of ordinary or non-final losses, this restriction would be compatible with the Treaty insofar as it could be justified by overriding reasons of general interest and it would be proportionate in relation to the objectives pursued, in the case of final losses, this restriction could pose compatibility problems with the aforementioned provision of the Treaty, especially from the perspective of the “proportionality test” established by the ECJ jurisprudence.

In the case of Member States that apply the “credit method” and in light of the ECJ jurisprudence in the case of *Nordea Bank*, the use of the right provided for in the second paragraph of article 10.1 of the Directive would lead to a restriction on the freedom of establishment of the transferring company to the extent that such reinstatement of losses does not occur when the transferred permanent establishment is located in the same Member State where the transferring company is resident for tax purposes; this restriction could be justified by the need to guarantee a balanced allocation of taxing powers between the Member States. However, insofar as the such overriding reason of general interest is precisely aimed at maintaining the symmetry between the right to tax profits and the right to deduct losses, the aforementioned reinstatement of losses in the taxable base of the transferring company (regardless of whether they are “ordinary” or “final” losses) would go beyond what is necessary to achieve its objective if the Member State of the transferring company taxes the benefits obtained by the permanent establishment during the entire period in which it depends on the transferring company, as well as the possible capital gains arising when said permanent establishment is transferred.

Moreover, it should be mentioned that an “immediate” reinstatement of losses of the permanent establishment located in another Member State that have been previously deducted from the taxable base of the transferring company by the Member State where said company is resident for tax purposes would be hardly acceptable from the perspective of the principle of proportionality. In this regard, we should not to lose sight of the fact that, in these cases, the Member State of the transferring company could adopt more proportionate measures to preserve its taxing rights.

k) Limits of the “escape clause” provided for in article 10.2 of Directive 2009/133/EC

In relation to the escape clause provided for in article 10.2 of Directive 2009/133/EC, it should be noted that: i) it does not go deeper into how the tax credit referred to in article 10.2 should be determined as the said calculation could be performed by the Member State of the transferring company itself or be based on the determination of the Member State in which the permanent establishment is located;

and ii) it does not include any provision regarding the moment in which the payment of the tax levied must take place once the corresponding tax credit has been granted.

With respect to the latter issue, it is important to bear in mind that, insofar as the operations falling within the scope of the Directive constitute particular methods of exercise of the freedom of establishment, the fact that the legislation of a Member State that chooses to apply article 10.2 of the Directive only requires the “immediate” taxation of capital gains and the collection of the tax due as tax revenue for the fiscal year in which the relevant business reorganization was carried out when the resident company transfers a permanent establishment located in another Member State to a non-resident company (but not in cases of a strictly internal nature), would lead to a restriction on the freedom of establishment that would likely not pass the “proportionality test” and would therefore be incompatible with article 49 of the TFEU.

1) Hybrid entities

With respect to the provisions included in Directive 2009/133/EC that address the problems presented by entities of a hybrid nature, it should be noted that: i) we are facing complex provisions that seek to strike a delicate balance between the advisability of extending the tax neutrality regime to cross-border business reorganizations in which hybrid entities are involved and the need to prevent this from affecting the balanced allocation of taxing powers between the Member States; ii) the configuration and interpretation of said provisions are not exempt from conflicting issues; iii) the aforementioned provisions do not properly address certain cases in which hybrid entities are involved; and iv) the “escape clauses” provided for in article 11 of the Directive contribute to making the provisions on hybrids entities less effective while, in some cases, such clauses are not strictly necessary to safeguard the taxing rights of the Member States.

Regarding the application of article 8.3 of the Directive, it should be mentioned that, for the purposes of the proper functioning of the tax deferral rule established in that provision, the use of the term “shareholder” in sections 4 and 5 of article 8 of Directive 2009/133/EC (and relating to the “principle of preservation of value for tax purposes”) should be referred to those persons having an interest in the shareholder. Similarly, sections 8 and 9 of article 8 of the Directive should also include an additional reference to the persons who have an interest in the shareholder considered to be fiscally transparent.

On the other hand, article 11.1 of Directive 2009/133/EC should clarify whether the Member State where the persons who have a direct or indirect holding in the non-resident transferring or acquired company considered fiscally transparent are residents for tax purposes could recapture the losses of the hybrid entity that, in the years prior to the completion of the cross-border business reorganization, had been used to reduce the tax base of said persons in the territory of that Member State. In our opinion, this possibility should not pose problems from the point of view of the tax neutrality regime

as set up by the Directive. In fact, if the aforementioned Member State is not allowed to recapture said losses, in certain cases, the balanced allocation of taxing powers between the Member States could be negatively affected.

With regard to the obligation imposed by article 11.2 on those Member States that make use of the right provided for in article 11.1, it is important to bear in mind that the fact that this obligation ultimately depends on the provisions of the domestic legislation of the Member State where the shareholders of the company considered fiscally transparent are residents for tax purposes or on the provisions of the DTA signed with the Member State where the transferring or acquired company is resident for tax purposes could give rise to double taxation problems if the Member State where the shareholders of the company considered fiscally transparent are residents for tax purposes, in the absence of the application of the Directive, was not obliged to grant the aforementioned tax credit in virtue of what is established in its domestic tax legislation or in the relevant DTA.

Moreover, it should be noted that the escape clause provided for in article 11.3 of the Directive 2009/133/EC determines an “anticipation” of the taxation of the income, profits or capital gains that, while generally allowing the Member State where the shareholders of the transferring or acquired company are residents for tax purposes to preserve its taxing rights in those cases in which the non-resident receiving or acquiring company is considered fiscally transparent, implies a breach of the principle of tax neutrality as set up by Directive itself. However, it is also important to bear in mind that, in any case, the use of the right provided for in article 11.3 of the Directive by Member States shall be limited by the Fundamental Freedoms provided for in the TFEU.

With regards to the clause provided for in article 11.4 of Directive 2009/133/EC and given its literal wording, doubts are raised as to whether this provision is to be applied alternatively to the right provided for in article 11.3 of the Directive or whether it just clarify the possibility contemplated in said provision prohibiting the Member States from using it to grant a discriminatory tax treatment to the shareholders of the transferring company. In this last assumption, the truth is that article 11.4 could be redundant insofar as its consequences could be directly drawn from the application of the right of establishment and the free movement of capitals set forth in the TFEU, unless we understand that the situations are not “comparable” in the sense of the ECJ jurisprudence or that there are overriding reasons of general interest that could justify a differentiated (albeit more onerous) treatment of mergers and divisions in which a non-resident receiving company is considered fiscally transparent by the relevant Member State.

m) The transfer of the registered office of the SE or SCE between Member States

In relation to the rules provided for by Directive 2009/133/EC in the field of the transfer of the registered office of the SE or SCE between Member States, it could be stated that articles 12, 13, and 14 of the Directive limit themselves to adapting and extending, to the extent possible, the measures set forth in articles 4, 5, 6, and 8 of the Directive in an attempt to eliminate tax obstacles that, prior to the amendment performed by Directive 2005/19/EC, hindered these operations and negatively affected the effective implementation of Regulations (EC) No 2157/2001 and No 1435/2003. Therefore, it could be said that, in general, the comments already made about the limitations and problematic aspects of the measures included in the aforementioned articles are also applicable in the field of the cross-border transfer of the registered office of the SE or SCE. Hence, it is important to highlight that, in those cases in which the transfer of the registered office of an SE or SCE entails the transfer of its fiscal residence to another EU Member State (which will occur in the vast majority of cases given the need for the registered office and the head office of the SE and SCE to be located in the same Member State), there is an overlap between article 5.1, section c) of Directive 2016/1164/EU and article 12 of Directive 2009/133/EC.

In any case, the non-extension of the provisions established in article 10 of Directive 2009/133/EC to these operations must be criticized insofar as it could lead to the taxation of latent capital gains linked to permanent establishments that the SE or the SCE may have located in other Member States, both by the Member State in which such permanent establishments are located and by the Member State where the SE or SCE are residents for tax purposes (without the obligation for this Member State to grant the tax credit referred to in article 10.2 of the Directive). Ultimately, this could be translated into a tax obstacle to conducting these operations as well as a restriction on the freedom of establishment of the SE or the SCE.

VI. The anti-abuse clause provided for in Directive 2009/133/EC

a) The delimitation by the ECJ of the scope of application of the article 15.1, section a) of the Directive

Regarding the clause provided for in article 15.1, section a) of Directive 2009/133/EC, it should be noted that the ECJ jurisprudence has largely contributed to delimiting its scope of application, overcoming the problems derived from the lack of definition of some of the terms contained within said clause, as well as to clarifying its interpretation, mitigating the possible negative consequences derived from the heterogeneous implementation by the different Member States.

First, it should be emphasized that the application of the anti-abuse clause set forth in the aforementioned article is exceptional and is limited to specific cases, and thus, its interpretation must be subject to strict interpretation, regard being had to its literal wording, purpose and context.

Second, the ECJ has declared that the concept of “valid commercial reasons” goes beyond the mere attainment of a purely tax advantage and, therefore, a business reorganization falling within the scope of the Directive that only pursues such an objective cannot be understood as having been carried out for valid economic reasons. However, an interpretation of the anti-abuse clause in accordance with the ECJ jurisprudence in relation to the general principle of EU law of prohibition of abuse of law would lead to the conclusion that even if the operation has as its main objective the obtaining of a tax advantage, it could benefit from the tax neutrality regime if said operation is consistent with the purpose of Directive 2009/133/EC and is genuine in terms of economic substance.

Third, it should be mentioned that the national tax authorities are required to carrying out, on a case-by-case basis, a comprehensive examination of the relevant business reorganization (which must be subject to judicial review) in order to determine whether the operation has tax evasion or tax avoidance as its principal objective or as one of its principal objectives. Thus, the national tax authorities will not be able to just apply predetermined general criteria. In this regard, the ECJ jurisprudence has declared the incompatibility with article 15.1, section a) of the Directive of those national rules that automatically deny the application of the provisions of the Directive to certain categories of operations or that include a mere possibility of exception whose application by the tax administration is discretionary.

Fourth, Member States are prevented from denying the application of the provisions of the Directive based on the provisions of article 15.1, section a) in those cases in which the business reorganization at issue is aimed at avoiding the levying of a tax not included within the scope of application of the aforementioned Directive.

Fifth, the ECJ jurisprudence has declared the incompatibility with Directive 2009/133/EC of those national legislations that, in order to avoid abusive behaviors by taxpayers, establish additional substantial conditions or requirements for the application of the provisions contained in the Directive, either in relation to the definitions of the operations contemplated in its article 2 or in relation to the application of the measures that make up the tax neutrality regime. Certainly, and beyond the wording of article 15.1, section a) of the Directive, the establishment of such additional requirements or conditions (e.g., the requirement a double book value carryover or the establishment of a minimum holding period with regard to the shares received from the receiving company whose non-compliance would determine the retroactively withdrawal of the tax neutrality), could give rise to a tax obstacle to cross-border business reorganizations that is contrary to the ultimate purpose pursued by the Directive as stated in its recital n° 2.

Sixth, it should be pointed out that the fact that Member States subordinate the application of the provisions included in Directive 2009/133/EC to a process of prior approval by the national tax authorities is not contrary *per se* to its article 15.1, section a), provided that compliance with the principles of equivalence and effectiveness is

verified. Nevertheless, on the basis of the ECJ jurisprudence, and even though an analysis in the light of the particular circumstances of each specific case must be carried out, the establishment by Member States of systems of prior approval only aimed at cross-border business reorganizations seems to be unacceptable either from the perspective of the Directive itself nor from the perspective of the freedom of establishment provided for by article 49 of the TFEU. Moreover, and even when such systems are applicable to both cross-border and domestic business reorganizations, they will not be compatible with the Directive if the following elements are observed: i) the establishment of an application period for the approval of the operation by the tax authorities whose length is not “reasonable” (making impossible in practice or excessively difficult to exercise the rights conferred to the taxpayers by the Directive); ii) the impossibility for the taxpayer to know precisely when such application period starts or when it ends; iii) the possibility that the authorization may be refused without a reasoned decision by competent national tax authorities; and iv) the existence of divergences between the requirements established by the regulation where the prior approval system is set up and the practice followed by the tax administration.

Nevertheless, it must be borne in mind that, according to the ECJ judgment in the case of the *Euro Park Service*, the incompatibility of those domestic legislation that establish such prior approval systems with the article 15.1, section a) of Directive 2009/133/EC may also result from the material requirements demanded of the taxpayer for obtaining the authorization to carry out the business reorganization at issue. In particular, those systems that systematically and unconditionally require the taxpayer to prove that the operation is justified on economic grounds and that its principal objective, or one of its principal objectives, is not tax evasion or tax avoidance, without the tax administration being required to make a minimum evidentiary effort in relation to the lack of valid commercial reasons or the existence of evidences of tax evasion or tax avoidance, would not be compatible with the Directive. Similarly, it seems that prior approval systems in which the granting of approval requires the taxpayers to comply with requirements not foreseen by the Directive would also be incompatible with EU law.

Seventh, it should be noted that the provisions adopted by the Member States to implement into their domestic tax legislations the anti-abuse clause provided for in article 15.1, section a) of Directive 2009/133/EC must, on the one hand, be respectful of the content of the aforementioned provision and its interpretation by the ECJ and, on the other hand, be in line with the primary European. Therefore, those anti-abuse measures that are discriminatory or in breach of the Fundamental Freedoms provided for in the TFEU will not be admissible.

However, the important work conducted by the ECJ in interpreting the clause provided for in article 15.1, section a) of the Directive is not exempt from “grey areas” or aspects that require further development. Thus, from the perspective of the principle of legal certainty, and in the light of the ECJ doctrine in the case of *Foggia* and the difficulties surrounding its implications, it would be appropriate for the Court to clearly

establish whether the application of the valid commercial reasons test is linked to the presence of indications of artificiality in the business reorganization at issue (in line with the ECJ own jurisprudence concerning the general principle of prohibition of the abuse of EU Law), or if such test exclusively relies on a quantitative and qualitative weighing between the fiscal advantage that the taxpayer intend to obtain and the rest of the non-fiscal objectives pursued by the operation. In this regard, it must be said that we do not agree with the latter interpretation.

Similarly, in the absence of further development of the ECJ jurisprudence in the case of *Zwijnenburg*, we can find cases in which the possibility of applying the anti-abuse clause provided for in Directive 2009/133/EC is not completely clear, such as those mergers whose main objective is to avoid the withholding that should be applied on the cross-border distribution in the form of dividends of the profits existing at the level of the transferring company (when the Parent-Subsidiary Directive does not apply and without prejudice to the provisions of the DTA applicable to the specific case). In this regard, it cannot be overlooked that the aforementioned judgment was adopted in a very specific factual context characterized by, among other things, the absence of indications of artificiality in the operation under review.

On the other hand, it should be further noted that, although article 15.1, section a) of the Directive does not specifically address the issue of the burden of proof, it seems that an interpretation of this provision consistent with its structure and the ECJ jurisprudence would lead us to affirm that it will be the tax authorities who, on the basis of a global analysis of all the concurring facts and circumstances of the specific case, must prove that the cross-border business reorganization at issue is aimed at tax evasion or tax avoidance. In this regard, the tax authorities may resort to the *iuris tantum* presumption based on the absence of valid commercial reasons. Once this is proven, it will be the taxpayer who, through all the means admitted in Law and without being subject to excessive administrative restrictions, must rebut said presumption by proving the presence of valid commercial reasons in the operation beyond the strictly fiscal reasons. In this respect, it is important to keep in mind that, to the extent that the interpretation of the concept of valid commercial reasons continues to be left to the competent national administrative and judicial authorities of the different Member States within the framework of an global analysis of each specific case, a heterogeneous interpretation of such concept by the Member States could be translated into distortions regarding the proper operation of the Directive.

b) The interaction between the clause provided for in article 6 of the Directive 2016/1164/EU and the general principle of EU law of prohibition of abuse of law

Beyond the aforementioned issues, it must not be overlooked that since Directive 2016/1164/EU came into effect, the breadth of the general anti-abuse clause provided for in article 6 determines that, in the field of cross-border business reorganizations, both anti-abuse clauses operate in a complementary manner. In fact,

there may even be a loss of the practical effect of the clause provided for in article 15.1, section a) of the Directive 2009/133/EC. Therefore, the national anti-abuse clauses that are the result of the domestic implementation of the provisions of article 6 of Directive 2016/1164/EU could be applied to cross-border business reorganizations falling within the scope of the Tax Merger Directive.

In view of the amendment to the Parent-Subsidiary Directive made by Directive 2015/121/EU and the approval of Directive 2016/1164/EU, the convenience to align the wording of article 15.1, section a) of Directive 2009/133/EC with the wording of the anti-abuse clauses contained in the aforementioned Directives should be considered.

Thus, the reference to the fact that the business reorganization “has as its principal objective or as one of its principal objectives tax evasion or tax avoidance” as a determining factor for the non-application or withdrawal of the tax neutrality regime should be replaced by the reference to the fact that the operation is not “genuine” because it has been put into place for “main purpose or one of the main purposes of obtaining a tax advantage that defeats the object or purpose of the applicable tax law”. In turn, this would determine the need to modify the wording of the “valid commercial reasons test” contained in the second paragraph of article 15.1, section a) of Directive 2009/133/EC. However, in our view, there is no inconvenience in keeping the reference to “the restructuring or rationalization of the activities of the companies participating in the operation” as examples of valid commercial reasons, which, in any case, must reflect economic reality.

Furthermore, it would be beneficial to add explicitly to the literal wording of the aforementioned article, on the one hand, the need that in order to conclude that the cross-border business reorganization at issue is not “genuine” (and, therefore, it could not benefit from the tax neutrality regime), “all relevant facts and circumstances” must be analyzed and, on the other hand, the possibility that an operation may comprise more than one step or part. In any case, we should not lose sight of the fact that an interpretation of the anti-abuse clause provided for in article 15.1, section a) of the Directive in the light of the ECJ jurisprudence would already lead to take into account these elements.

In our opinion, and even though the aforementioned issues may seem purely formal insofar as, ultimately, the literal wording of the anti-abuse clause provided for in Directive 2009/133/EC must be interpreted not only in accordance with the specific jurisprudence of the ECJ on the matter but also in the light of its doctrine in relation to the general principle of EU law of prohibition of abuse of law, the modification of the wording of article 15.1, section a) of the Tax Merger Directive in the indicated sense would contribute to increasing the levels of legal certainty. Moreover, it would also improve the coherence between the anti-abuse clauses provided for in the aforementioned Directives, all of which belong to the field of direct taxation.

In any case, it is important to keep in mind that the ECJ doctrine in the case of *Kofoed* concerning the possibility that, in the absence of a specific provision that implements in domestic legislation the anti-abuse clause provided for in article 15.1, section a) of Directive 2009/133/EC and subject to certain conditions, Member States are allowed to deny the application of the tax neutrality regime by resorting to the provisions or general principles established by their respective national legislations that are aimed at combating tax evasion and tax avoidance or at prohibiting the abuse of rights, has been overcome by the recent jurisprudence of the ECJ. In this regard, it should be pointed out that in the field of the Parent-Subsidiary Directive, the Interest and Royalties Directive, or the VAT, the ECJ has recognized the possibility for direct application of the general principle of EU law regarding the prohibition of abusive practices and, therefore, in the case of fraud or abuse, the national tax authorities or judicial bodies may deny taxpayers access to the rights and advantages provided for in a EU legal instrument on the basis of the aforementioned principle.

Nevertheless, and even when the application of the aforementioned ECJ jurisprudence would open the door to the suppression of domestic anti-abuse clauses that implement at domestic level article 15.1, section a) of Directive 2009/133/EC, this solution would not be the most appropriate from the perspective of the principle of legal certainty. In this regard, it should be noted that once the deadline for transposition of the clause provided for in article 6 of Directive 2016/1164/EU has ended, abusive arrangements or schemes in the field of corporation tax should already be addressed by the domestic anti-abuse clause that reflects the implementation of the aforementioned article (which could be applied in the field of cross-border business reorganizations). This circumstance would avoid the possible direct application of the general principle of EU law regarding the prohibition of abusive practices (whose defining elements have been codified precisely in article 6 of Directive 2016/1164/EU).

c) The possibility of imposing tax penalties

Furthermore, in view of the silence of Directive 2009/133/EC on the possibility of imposing tax penalties associated with or derived from the denial of the application of the tax neutrality regime on a business reorganization according to article 15.1, section a) of Directive 2009/133/EC, it should be mentioned that although this possibility could be compatible *stricto sensu* with the literal wording of the aforementioned article, the imposition of tax penalties could pose problems if we consider: i) the restrictive interpretation of article 15.1, section a) of Directive 2009/133/EC sustained by the ECJ on several occasions; ii) the purpose pursued by the Directive in relation to the principle of proportionality; and iii) the ECJ jurisprudence that, in the field of VAT, declared that the imposition of penalties for abusive practices require “a clear and unambiguous legal basis” that cannot be extracted from article 15 of the Directive. In any case, we believe that Directive 2009/133/EC should clarify this issue, which is currently in the hands of the domestic laws of the Member States. In fact, in countries such as Spain and France, the withdrawal of the tax neutrality regime by the domestic tax authorities is sometimes accompanied by the imposition of tax

penalties linked to the failure to pay the correct amount of tax because of the unduly tax deferred.

d) The modality of the anti-abuse clause provided for in article 15.1, section b) of the Directive

With regard to article 15.1, section b) of Directive 2009/133/EC, it should be noted that the modality of the anti-abuse clause provided for in such provision has an imprecise wording, blurred boundaries, and little practical relevance. Moreover, it is difficult to justify its existence given the structure and purpose of the Directive. In this sense, it does not seem appropriate that, on the basis of issues belonging to the field of labor law, the non-application of the tax neutrality regime established by the Tax Merger Directive can be determined by the Member States, especially in light of the ECJ doctrine in the case of *Zwijnenburg*. Thus, in our view, and even though a clarification of sections 1 (b) and 2 of article 15 of Directive 2009/133/EC could contribute to a uniform interpretation of such provisions by the Member States (with the consequent positive impact in terms of legal certainty), the aforementioned reasons would suggest the elimination of this modality of the anti-abuse clause from the content of the Directive 2009/133/EC.

e) The interaction between article 15.1 of Directive 2009/133/EC and the anti-abuse clause provided for in Directive 2019/1132/EU

Finally, and in relation to cross-border mergers and divisions falling within the scope of Directive 2017/1132/EU and Directive 2009/133/EU, it is important to bear in mind that the clause provided for in article 15.1 of the Tax Merger Directive could only be applied after the “previous filter” derived from the anti-abuse clause introduced in Directive 2017/1132/EU through the amendment made by Directive 2019/2121/EU, whose scope of application covers several regulatory areas, including the tax field. Certainly, the breadth with which the aforementioned clause is currently formulated in Directive 2017/1132/EU (when compared to the concept of the wholly artificial arrangement coming from the tax field and used in the Directive’s proposal), can not only hinder the assessment of the abusive nature of the operation at issue by the competent authorities of the Member States but also introduce divergences regarding its interpretation, which, in any case, should be conducted in the light of the ECJ doctrine in relation to the general principle of EU law of prohibition of abuse of law.

VII. Indirect taxation

Even though indirect taxation falls outside the scope of Directive 2009/133/EC, it should be pointed out that the provisions contained in Directive 2008/7/EC and Directive 2006/112/EC have contributed to eliminate the main obstacles that negatively affected cross-border business reorganizations; however, there are still some issues that raise problematic aspects.

In this regard, it should be noted that the objective scope of application of Directive 2008/7/EC provides coverage to all the operations set forth in Directive 2009/133/EC (as well as other operations of a similar nature that do not meet all the requirements provided for in the Tax Merger Directive or that are not included in the Directive, such as the transfer of the registered office or the place of effective management of companies of the different Member States), thus guaranteeing that they cannot be subject, in general, to any form of indirect taxation. Nevertheless, from the perspective of its subjective scope of application, doubts may arise about whether certain legal entities included in the annex to Directive 2009/133/EC, such as cooperatives (including the European Cooperative Society), mutual insurance companies and investment funds, are included in the “closing clause” of article 2.2 of Directive 2008/7/EC.

Similarly, the fact that Directive 2008/7/EC contains a definition of “restructuring operations” in its article 4 that is broader than that established in Directive 2009/133/EC implies that those Member States, such as Spain, that, when implementing the Directive 2008/7/EC in their respective domestic legislations, opt for referring to the definitions of merger, division, transfer of assets, and exchange of shares that operate within the framework of the tax neutrality regime in the field of corporate tax, are unjustifiably narrowing the objective scope of Directive 2008/7/EC and, therefore, they will fail to fulfill their obligation set forth in the Treaty regarding the correct transposition of EU law into national law.

Furthermore, it is important not to lose sight of the fact that the establishment by the Member States of transfer duties, including land registration taxes, on the transfer to a capital company of businesses or immovable property situated within their territory, on the basis of article 6 of Directive 2008/7/EC, could constitute a significant obstacle to conducting cross-border business reorganizations due to the additional cost they would entail, especially in those cases in which the transferred assets consists primarily of real estate or simply contains immovable property of high value. In this regard, it should be noted that, even when nothing prevents the Member States from unilaterally exempting the transfers of real estate in the framework of business reorganizations from these types of taxes, it would be advisable to consider the need that Directive 2008/7/EC itself prohibits the Member States from applying this type of taxes, except in cases of fraud or abuse, which could be fought through the anti-abuse clauses established in the domestic tax legislations of the Member States or even through the introduction of anti-abuse provisions in the Directive.

With respect to VAT, the fact that vast majority of Member States have exercised the possibility provided for in article 19 of Directive 2006/112/EC ensures that mergers, total divisions and total contributions of assets set forth in Directive 2009/133/EC are not subject to VAT insofar as within the framework of these operations takes place a transfer of the “totality of assets” from the transferring company to the receiving company. The same conclusion is reached in relation to partial divisions and partial contributions of assets since the definition of “branch of activity”

provided for in article 2, section j) of Directive 2009/133/EC broadly coincides with the scope that the ECJ has given to the concept of transfer of a part of assets for the purposes of Directive 2006/112/EC, although it should be borne in mind that there is no perfect identity between both concepts as a result of the different objectives pursued by both Directives. Therefore, within the context of the aforementioned operations (mergers, divisions, and transfers of assets), the financial cost and the negative impact on the cash position of the receiving company or companies which would arise if the transfer of patrimonial elements would be subject to VAT are eliminated. With regard to the operations of the exchange of shares, it should be noted that, in general, and according to article 135.1, section f) of Directive 2006/112/EC, the transfer of shares that occurs within the framework of an exchange of shares (but also within the framework of mergers, divisions, and transfers of assets) would be exempt from VAT.

VIII. Final considerations

In short, and as a final reflection, it should be pointed out that despite the importance of the Tax Merger Directive, there are still tax obstacles that hamper cross-border business reorganizations. These obstacles are closely related to the limitations of the scope of application of Directive 2009/133/EC, the insufficiency of the measures that make up the tax neutrality regime, and the interpretive problems linked to its provisions.

In this regard, the unilateral extension of the provisions contained in Directive 2009/133/EC by the Member States to operations and legal entities falling outside the scope of the Directive (in relation to the ECJ jurisprudence concerning Fundamental Freedoms) has helped to overcome some of the limitations of the scope of the Directive in an “indirect way”. Moreover, the interpretive work carried out by the EJC has contributed to mitigate problems related to the incorrect transposition of the Directive at the domestic level and has clarified the meaning and scope of some of its provisions. Nonetheless, these are not substantive solutions that can replace the advantages of positive harmonization in terms of clarity, coherence, and legal certainty.

In our opinion, the lack of action in the field of the Tax Merger Directive over the last fifteen years, especially by the European Commission, has constricted cross-border business reorganizations in a tax neutrality regime that, in certain aspects, has been overtaken by the evolution of the ECJ jurisprudence in areas such as exit taxes, compensation of cross-border losses, and the application of the general principle of EU law of prohibition of abuse of law, by the approval of other rules of EU law on direct taxation, in particular, Directive 2016/1164/EU, and by the progress of the harmonization of company law in the field of cross-border business reorganizations.

Thus, on the brink of the celebration of the thirtieth anniversary of the approval of the Tax Merger Directive, there is a need for the European legislator to take the initiative and respond to the problems that still affect cross-border business reorganizations.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Fiscalité et vie des entreprises. Treizième rapport au président de la république*, Tomo I, París, 1994

ADAMS, R., FERREIRA, D., “One share-one vote: the empirical evidence”, *Review of Finance*, vol.12, nº1, 2008, pp.51-91

ADDA, M., “Can a Permanent Establishment Be a “Legitimate Heir” in a Domestic Consolidated Tax Regime?”, *European Taxation*, vol.48, nº5, 2008, pp.238-244

ADDA, M., “The supposed autonomy of the PE’s definition in EU Tax Law”, *Fiscalità Internazionale*, vol. 6, nº2, 2008, pp.155-161

AEDAF, “Régimen fiscal especial de las operaciones de reestructuración empresarial: observaciones y propuestas de la AEDAF Análisis crítico de la actual normativa con el objetivo de reforzar la seguridad jurídica”, *Papers AEDAF nº 3*, 2011

AIRS, G., “Amending the Mergers Directive”, *The Tax Journal*, nº780, 2005, pp.9-11.

ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., “La actividad económica en la ley tributaria de fusiones y escisiones empresariales”, *Crónica Tributaria*, nº71, 1994, pp.31-36

ALEXANDER, W., “Europemballage Corporation and Continental Can Co. Inc. v. Commission of the European Communities. Case 6/72. Decision of February 21, 1973”, *Common Market Law Review*, vol.10, nº3, 1973, pp.311-318

ALGUACIL MARÍ, P., *La doctrina administrativa sobre el motivo económico válido en las reestructuraciones societarias*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007

ALONSO ESPINOSA, F.J., “Sociedad privada europea: normas para la caracterización de una nueva forma de sociedad”, *Anales de Derecho*, nº28, 2010, p.1-19

ALONSO SOTO, R., “La aplicación del Artículo 85 del Tratado CEE a las concentraciones de empresas: comentario a la Sentencia “Philip Morris” de 17 de noviembre de 1988”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol.15, nº 3, 1988, pp.769-788

ÁLVAREZ GARCÍA, S., ARIZAGA JUNQUERA, M.C., “Libertad de movimientos de capitales y unión monetaria: implicaciones para la armonización de la fiscalidad directa de los países comunitarios, en AA.VV., *La Constitución española en el ordenamiento comunitario europeo (III). XVIII Jornadas de estudio*, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1999

ÁLVAREZ-BUYLLA ORTEGA, A., “Análisis de la Directiva 2005/19/CE sobre reestructuraciones empresariales”, *Cuadernos de Formación del Instituto de Estudios Fiscales*, vol.6, nº 14, 2008, pp.5-15

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “La propuesta de la Comisión sobre fusiones, escisiones y transformaciones transfronterizas: un paso adelante y otro atrás”, *Diario La Ley*, nº9223, 21 de Junio de 2018

APARICIO PÉREZ, A., “La libre circulación de capitales en la Unión Europea. Especial referencia a la fiscalidad”, en AA.VV., *XVIII Jornadas de estudio. La Constitución española en el ordenamiento comunitario europeo (III)*, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1999

ARENAS GARCÍA, R., *Registro Mercantil y Derecho del comercio internacional*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2000

ARENAS GARCÍA, R., “Lex societatis y derecho de establecimiento”, en ARENAS GARCÍA, R., GÓRRIZ LÓPEZ, C., MIQUEL RODRÍGUEZ, J., (coords.), *Autonomía de la voluntad y exigencias imperativas en el derecho internacional de sociedades y otras personas jurídicas*, Atelier, Barcelona, 2014

ARENAS GARCÍA, R., “Fusiones internacionales, libertad de establecimiento y derechos de los acreedores. Cuestiones abiertas por la STJ (Sala Tercera) de 7 de abril de 2016 (as. C-483/14, *KA Finanz AG y Sparkassen Versicherung AG Vienna Insurance Group*)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol.9, nº2, 2017, pp.570-592

ARENILLAS VELA, J., “La armonización en la imposición directa”, en IGLESIAS SUÁREZ, A. (dir.), *La armonización fiscal en los años 90*, Universidad de Castilla La Mancha, 1991

ASHTA, A., “The Taxation of Mergers Directive (90/434/EEC)”, *Cahier du CEREN*, nº3, 2003, pp.2-11

AURELIO, M., “An Analysis of the 2005 Amendments to the Merger Directive”, *Intertax*, vol.34, nº6/7, 2006, pp.333-351.

ÁVILA NAVARRO, P., *Modificaciones estructurales de sociedades mercantiles. Ley 3/2009*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 2009

AZARIAN, H., *La société par actions simplifiée. Création, Fonctionnement, Évolution*, 3ª ed., LexisNexis, Paris, 2012.

BAEZ MORENO, A., ZORNOZA PÉREZ, J., “La norma general contra las prácticas abusivas de ATAD”, en ALMUDÍ CID, J., FERRERAS GUTIÉRREZ, J., HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARREDA, P. (dirs.), *La armonización de las normas contra la elusión fiscal relativas a la fiscalidad directa en la Unión Europea*, Thomson-Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018, pp.131-170

BAHNS, J., “German Tax Treatment of the Sale of Real Estate Company Shares”, *Tax Notes International*, vol.74, nº5, 2014, pp.457-462

BALLARINO, T., “La mort annoncée de la réglementation allemande des fusions internationales”, *Revue trimestrielle de droit européen*, vol.42, nº4, 2006, pp.721-726

- BARCIELA PÉREZ, J.A., “La compensación transfronteriza de pérdidas definitivas. Los asuntos Holmen y Memira Holding”, *Carta Tributaria. Revista de opinión*, nº59, 2020
- BÄRMANN, J., “Les communautés européennes et le rapprochement des droits”, *Revue internationale de droit comparé*, vol.12, nº1, 1960, pp.9-60
- BARRÈRE, A., “The influence of economic growth of the member states on problems of tax harmonization”, en THURSTON, H., *The EEC reports on Tax Harmonization*, IBFD, Amsterdam, 1963, pp.185-192
- BAVAGNOLI, F., *L'affitto d'azienda. Profili di calcolo economico e di rappresentazione contabile*, Giuffrè Editore, Milano, 2006
- BECH-BRUUN, LEXIDALE, *Study on the application of the cross-border mergers Directive for the Directorate General for the Internal Market and Service*, Brussels, 2013
- BECHT, M., MAYER, C., WAGNER, H., “Where do firms incorporate? Deregulation and the cost of entry”, *Journal of Corporate Finance*, vol.14, nº3, 2008, pp.241-256
- BEHRENS, P., “Case C-411/03, SEVIC Systems AG”, *Common Market Law Review*, vol.43, nº6, 2006, pp.1669-1688
- BEITZKE, G., “Les conflits de lois en matière de fusion de sociétés (droit communautaire et droit international privé)”, *Revue critique de Droit International Privé*, 1967, pp.1-22
- BÉKÉS, B., “Year in Review: Hungary”, *Tax Notes International*, vol.56, nº12, 2009, pp.954-955
- BELL, S., “Amendments to Merger Directive: A New Dawn for Cross-Borders Reorganizations?”, *European Taxation*, vol.6, nº3, 2004, pp.119-127.
- BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P., “La segunda reforma del Reglamento comunitario sobre el control de concentraciones: Libro Verde y propuesta”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, tomo 23, 2002, pp.1125-1157
- BENECKE, A., SCHNITGER, A., “Final amendments to the Merger Directive: avoidance of economic double taxation and application to hybrid entities, two conflicting goals”, *Intertax*, vol.33, nº4, 2005, pp.170-178
- BERCOVITZ, A., “La fusión de sociedades”, en ALONSO UREBA, A., CHICO ORTIZ, J.M., y LUCAS FERNÁNDEZ, F., *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Madrid, 1987

BERGMANN, S., “Dual Residence and Directive Shopping”, en HOFSTÄTTER, M., PLANSKY, P. (eds.), *Dual Residence in Tax Treaty Law and EC Law*, Linde, Viena, 2009, pp.459-468

BESIO, P., TENCALLA, M., “Nuova white list: effetti a cascata sulla tassazione dei redditi di natura finanziaria”, *Il Fisco*, n° 38, 2016, pp.3664-3671.

BEUVE-MERY, J., “Le rapprochement des législations. L’article 100 du Traité C.E.E. et ses applications”, *Revue trimestrielle de droit européen*, vol.3, n°4, 1967, pp.845-858

BEZZINA, J., “The treatment of losses under the EC Merger Directive 1990”, *European Taxation*, vol.42, n°2, 2002, pp.57-71

BIDAUD, H., FRANCESCHI, J.M., “Cross-Border Mergers in Europe: The Fall of the Last Barriers”, *Tax Notes International*, vol.46, n°5, 2007, pp.469-472

BLANC, G., “La société européenne: la pluralité des rattachements en questions”, *Le Dalloz*, n°12, 2002, pp.1052-1057

BLANCO-MORALES LIMONES, P., *La transferencia internacional de sede social*, Aranzadi, Cizur Menor, 1997

BLANQUET, F., “Enfin la Société Européenne: la SE”, *Revue du droit de l’Union Européenne*, n°1, 2001, pp.65-109

BLÁZQUEZ LIDOY, A., “Las reestructuraciones familiares a través de escisiones subjetivas mediante acciones sin voto y motivo económico válido”, *Aranzadi Jurisprudencia Tributaria*, n° 21, 2006, pp.17-20

BLECKMANN, A., “Considérations sur l’interprétation de l’article 7 du Traité C.E.E.”, *Revue trimestrielle de droit européen*, n°3, 1976, pp.469-481

BLUM, D., WIMPSSINGER, C., “Losses and Expenses in the European Union”, *International Tax Journal*, September-October 2013, pp.31-40.

BODE, M., *Le groupe international de sociétés: le système de conflit de lois en droit comparé français et allemand*, Peter Lang, Bern, 2010

BOIDMAN, N., “The effect of EC Law and ECJ decisions on international M&A”, *Tax Notes International*, vol.44, n°5, 2006, pp.347-366

BOLANDER, J., NIELSEN, J.G., “Denmark”, en MEUSSEN, G. (ed.), *The Burden of Proof in Tax Law*, EATLP International Tax Series, vol.10, IBFD, Amsterdam, 2013, pp.87-106

BOLZE, C., “Le règlement CEE 4064/89 relatif au contrôle des opérations de concentrations”, *Revue des sociétés*, n° 2, 1990, pp.207-217

- BORG-BARTHET, J., “Free at last? Choice of corporate law in the EU following the judgment in Vale”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol.62, n°2, 2013, pp.503-512.
- BORZUMATO, D., ZANOTTI, E., “Amended Italian Exit Tax Provides New Opportunities For Multinationals”, *Tax Notes International*, vol.66, n°9, 2012, pp.873-875.
- BOTELLA GARCÍA-LASTRA, C., “La importancia de la motivación económica de las operaciones de concentración y reestructuración empresarial y su incidencia fiscal”, *Revista de contabilidad y tributación*, n°224, 2001, pp.3-38
- BOULOGNE, F., GEURSEN, W., “Gaz de France: Dividends to Companies Not Listed in the Parent-Subsidiary Directive Are Not Exempt”, *European Taxation*, vol.50, n°4, 2010, pp.129-140
- BOULOGNE, F., GOOIJE, J., “Merger Directive: Conceptual Clarity of the Term "Branch of Activity" Needed”, *European Taxation*, vol.53, n°5, 2013, pp.243-248
- BOULOGNE, F., “A Proposal to Expand and Improve Article 6 of the EU Merger Directive”, *Intertax*, vol.42, n°2, 2014, pp.70-90
- BOULOGNE, F., *Shortcomings in the EU Merger Directive*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2016
- BRASSEUR, M., VERMEYLEN, J., “Cross-border mergers and reorganizations outside the cross-border merger Directive”, en VERMEYLEN, J., VANDE VELDE, I. (eds.), *European Cross-Border Mergers and Reorganisations*, Oxford University Press, New York, 2012, pp.35-87
- BRATTON, W., McCAHERY, J., VERMEULEN, E., “How Does Corporate Mobility Affect Lawmaking? A Comparative Analysis”, *American Journal of Comparative Law*, vol.57, n°2, 2009, pp.347-386
- BREGENHORN-KUHS, A., LIEBER, B., PROCHOTTA, M., “Germany: New treaty with Netherlands revises tax treatment of gains on real estate company shares”, *World Tax Advisor*, Deloitte, 22 January 2016
- BRITTAN, L., “The law and policy of merger control in the EEC”, *European Law Review*, vol.15, n°5, 1990, pp.351-375
- BURWITZ, G., “Tax consequences of the migration of companies: a practitioner’s perspective”, *European Business Organization Law Review*, vol.7, n°2, 2006, pp.589-604
- CALDERÓN CARRERO, J.M., “Aspectos internacionales del fraude y la evasión fiscal”, en GARCÍA NOVOA, C., LÓPEZ DÍAZ, A. (coords.), *Temas de Derecho Penal Tributario*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp.193 y ss.

CALDERÓN CARRERO, J.M., “La regulación española de los “canjes de valores internacionales” desde una perspectiva comunitaria”, *Quincena Fiscal*, nº13, 2008, pp.13-46

CALDERÓN CARRERO, J.M., “El procedimiento para la resolución de conflictos fiscales de precios de transferencia establecido por el Convenio Europeo 907436/CEE”, *Revista Española de Derecho Financiero*, nº151, 2011, pp.903-944

CALDERÓN CARRERO, J.M., “Una vuelta de tuerca a la interpretación europea de la cláusula antiabuso de la "Directiva de Fusiones": ¿hacia motivos económicos válidos de "alto voltaje"?", *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº347, 2012, pp.5-40

CALDERÓN CARRERO, J.M., “La seguridad jurídica como límite comunitario a la articulación de cláusulas de prevención y lucha contra el fraude y la evasión fiscal: una nota sobre la STJUE de 5 de julio de 2012, Asunto SIAT, C-318/10”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº 356, 2012, pp.81-104.

CALDERÓN CARRERO, J.M., “Medidas de reversión de pérdidas intragrupo y Derecho comunitario: el caso Nordea Bank”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº381, 2014, pp.97-118

CALDERÓN CARRERO, J.M., “Las discriminaciones fiscales generadas por el Estado de residencia del contribuyente y el derecho de la UE: el problema de la importación de pérdidas extranjeras y de los impuestos de salida”, en MARTÍN JIMÉNEZ, A., CARRASCO GONZÁLEZ, F. (dirs.), *Impuestos directos y libertades fundamentales del tratado de funcionamiento de la Unión Europea. Cuestiones fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp.115-157

CALDERÓN CARRERO, J.M., “Beneficios empresariales (y de navegación)”, en CALDERÓN CARRERO, J.M., CARMONA FERNÁNDEZ, N., MARTÍN JIMÉNEZ, A., TRAPÉ VILADOMAT, M., *Convenios de doble imposición. El impacto BEPS. Análisis y evolución de la red española de tratados fiscales*, CISS, Madrid, 2019, pp.197-408

CALDERÓN CARRERO, J.M., “La jurisprudencia del TJUE sobre la aplicación de cláusulas antiabuso nacionales y «europeas» recogidas en las Directivas Matriz-Filial y de Intereses y Cánones: la importante doctrina sobre sociedades holding intermedias derivada de los «casos daneses»”, *Fórum Fiscal: la revista tributaria de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa*, nº256, 2019

CALDERÓN CARRERO, J.M., BÁEZ MORENO, A., “La armonización contable europea, las NIC/NIIF y su influencia en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades”, en SANFRUTOS GAMBÍN, E. (dir.), CARBAJO VASCO, D. (coord.), *Impuesto sobre sociedades. Régimen General*, Tomo I, Thomson Reuters, Pamplona, 2010, pp.99-158

- CALDERÓN CARRERO, J.M., MARTÍN JIMÉNEZ, A., “La Directiva UE 2016/1164 contra las prácticas de elusión fiscal que inciden en el mercado interior: ¿El principio del final de un IS nacional o una pieza más de descoordinación en el nuevo orden post-BEPS?”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº407, 2017, pp.5-56
- CALDERÓN CARRERO, J.M., MARTÍN JIMÉNEZ, A., *Derecho Tributario de la Unión Europea*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019
- CALDERÓN CARRERO, J.M., QUINTAS SEARA, A., “El IVA en la transmisión del patrimonio empresarial: la progresiva flexibilización comunitaria de la regla de no sujeción”, *Revista de Técnica Tributaria*, nº102, 2013, pp.95-117
- CALDERÓN CARRERO, J.M., QUINTAS SEARA, A., “Una aproximación al concepto de “planificación fiscal agresiva” utilizado en los trabajos de la OCDE”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº394, 2016, pp.41-92
- CALKOEN, W.J.L., FEENSTRA, J.J., “Acquisition of Shares in Other Companies and EEC Competition Policy: The Philip Morris Decision”, *International Business Lawyer*, nº 16, 1988, pp.167-170.
- CALICIS, A., ALEXANDRE, C., “La notion de branche d’activité en droit interne par rapport aux directives européennes”, *Revue Générale de la Fiscalité*, vol.40, nº5, 2009, pp.11-19.
- CALLEJA BORG, J., “Non-exhausted losses and the Merger Directive: what it fails to say”, *Intertax*, vo.39, nº11, 2011, pp.557-563.
- CALVO CARAVACA, A.L., “Las personas jurídicas”, en GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. y otros, *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, 6ª Ed., Eurolex, Madrid, 1995
- CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2003
- CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea”, *Estudios de Deusto*, Universidad de Deusto, vol.55, nº1, 2007, pp.49-121
- CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, 14ª ed., Comares, Granada, 2013
- CALVO VÉRGEZ, J., “La delimitación del motivo económico válido dentro del régimen especial de fusiones del IS a la luz de la normativa y de la jurisprudencia comunitaria”, *Forum Fiscal de Álava*, nº154, 2013, pp.37-48
- CAPELLI, F., “Les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux et l’arrêt *Sevic* de la Cour de justice”, *Revue du Marché Commun et de L’Union Européenne*, nº510, 2007, pp.458-462

CAPITTA, F., LETIZIA, G., “National Grid Indus Case: Consequences under an Italian Perspective”, *EC Tax Review*, vol.21, nº5, 2012, pp.277-282

CARLSON, A., KELEMEN, M., STOLLT, M., *Overview of current state of SE founding in Europe*, European Trade Union Institute, Brussels, March 2014

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Notas sobre el traslado internacional del domicilio social de las cooperativas tras la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, *diario La Ley*, nº 7294, de 30 de noviembre de 2009

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Sociedades fantasma y Derecho Internacional Privado”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº27, 2014, pp.1-54

CARRO MARTÍNEZ, A., “La Unión Europea y el principio de subsidiariedad”, *Revista de Administración Pública*, nº126, 1991, pp.217-252

CATHIARD, C., “European Added Value Assessment on a Directive on the cross-border transfer of company seats (14th company law Directive). Legal effects of the requested legislative instrument”, *Research paper by Jeantet Associés Aarpi*, 2012

CAYÓN GALIARDO, A., FALCÓN Y TELLA, R., DE LA HUCHA CELADOR, F., *La armonización fiscal en la Comunidad Económica Europea y el sistema tributario español: incidencia y convergencia*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1990

CEJIE, K., “Emigration taxes-several questions, few answers: from Lasteyrie to National Grid Indus and beyond”, *Intertax*, vol.40, nº6/7, 2012, pp.382-399

CERIONI, L., “Harmful tax competition revisited: why not a purely legal perspective under EC law?”, *European Taxation*, vol.45, nº7, 2005, pp.267-281

CERIONI, L., “Intra-EU Mergers After the ECJ’s Foggia Judgment”, *Tax Notes International*, vol.66, nº4, 2012, pp.373-382.

CHADEFAUX, M., “La Directive Fusions: deuxième génération”, en AA.VV., *Liber Amicorum: Jacques Malherbe*, Bruylant, Bruxelles, 2006

CHECA GONZÁLEZ, C., “Los "motivos económicos válidos" que permiten la aplicación del régimen fiscal 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”, *Quincena Fiscal*, nº1, 2009, pp.127-141

CHICHARRO LÁZARO, A., *El principio de subsidiariedad en la Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor, 2001

CHOWN, J., “The mergers Directive: some broader issues”, *Intertax*, vol.18, nº 10, 1990, pp.409-411

- CHOWN, J., “Eliminating Tax Obstacles for Cross-Border Operations”, *Tax Notes International*, vol.46, nº6, 2007, pp.563-571
- COBO DEL ROSAL, M., “Principales aspectos del nuevo régimen jurídico de la sociedad cooperativa europea (Reglamento núm. 1435/2003, del Consejo Europeo, de 22 julio 2003)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº21, 2003, pp.484-496
- COLANGELO, M., “La « Società Europea » alla prova del mercato comunitario delle regole”, *Europa e diritto privato*, nº1, 2005, pp.147-178
- CONSTANTINESCO, V., JACQUÉ, J.P, KOVAR, R., SIMON, D. (dirs.), *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1992
- CORDEWENER, A., “Cross-border loss compensation and EU Fundamental Freedoms: the ‘final losses’ doctrine is still slive!”, *EC Tax Review*, vol.27, nº5, 2018, pp.230-236
- CORNETTE DE SAINT-CYR, A., LUNGHI, B., “La réalisation d'une opération de fusion transfrontalière entre la France et la Grande-Bretagne: exposé d'un cas pratique”, *Journal des Sociétés*, Novembre 2009, pp.1-6
- CORNIELJE, S., “The scope of the transfer of a totality of assets in EU VAT”, *EC Tax Review*, vol. 28, nº5, pp.245-252
- CORRIENTE CÓRDOBA, J.A., “La fusión internacional de sociedades”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, nº 5, Universidad de Navarra, 1979-1981, pp.323-344
- COTIGA, A., “La forme juridique de SE et la compétition entre systèmes normatifs”, *Revue Lamy droit des affaires*, nº 71, 2012, pp.139-143
- COURET, A., CHARUÉRIAT, A., *Société par actions simplifiée. Nouveau régime juridique, fiscal et social*, Francis Lefebvre, Levallois, 1999
- COZIAN, M., DEBOISSY, F., *Précis de Fiscalité des Entreprises*, 36^a Ed., LexisNexis, Paris, 2012
- CRAIG, P., DE BÚRCA, G., *EU Law. Text, Cases, and Materials*, 5th Edition, Oxford University Press, 2011
- CREMERS, J., STOLLT, M., VITOLS, S., “Introduction: A decade of experience with the SE”, en CREMERS, J., STOLLT, M., VITOLS, S. (eds.), *A decade of experience with the European Company*, ETUI, Brussels, 2013, pp.9-21
- CUESTA CABOT, G., “La corrección de la doble imposición en fusiones y escisiones: el tratamiento fiscal del fondo de comercio y otras cuestiones conexas”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº 338, 2011, pp.55-84
- CUSSONS, P., “The Parent-Subsidiary and Mergers Directives”, *British Tax Review*, nº 2, 1993, pp.105-113

DAIBER, C., “The ECJ's decision in A.T. v. Finanzamt Stuttgart-Körperschaften”, *European Taxation*, vol.49, nº7, 2009, pp.364-368.

DAMON, D., *Consultation sur l'avenir du droit européen des sociétés. Réactions de la CCIP*, Chambre de commerce et d'industrie de Paris, 2012

DAVIES, S., LYONS, B., *Mergers and Merger Remedies in the EU: Assessing the Consequences for Competition*, Edward Elgar, Cheltenham, 2007

DEAKIN, S., “Legal diversity and regulatory competition: which model for Europe?”, *European Law Journal*, vol.12, nº4, 2006, pp.440-454

DE BROE, L., *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, IBFD, Amsterdam 2008

DE BROE, L., BECKERS, D., “The general anti-abuse rule of the anti-tax avoidance Directive: an analysis against the wider perspective of the European Court of Justice's case law on abuse of EU Law”, *EC Tax Review*, vol.26, nº3, 2017, pp.133-144

DE BROE, L., LUTS, J., “BEPS Action 6: tax treaty abuse”, *Intertax*, vol. 43, nº2, 2015, pp.122-146

DÉCHERY, J.L., “Le règlement communautaire sur le contrôle des concentrations”, *Revue trimestrielle de droit européen*, vol.26, nº2, 1990, pp.307-328.

DE BRUIN, M., “European Court of Justice hands down decision on EU Merger Directive”, *Tax Notes International*, vol.15, nº6, 1997, pp.424-426

DE CHARETTE, D., “The anti-tax avoidance Directive general anti-abuse rule: a legal basis for a duty on Member States to fight tax abuse in EU corporate direct tax law”, *EC Tax Review*, vol.28, nº4, 2019, pp.176-182

DE HOSSON, F., VAN NOORDENNE, C., “Current status of the implementation of the Direct Tax Directives”, *EC tax review*, vol.1, nº3, 1992, pp.156-178

DE JUAN CASADEVALL, J., “La cláusula general antiabuso en el derecho de la Unión Europea: La construcción de una GAAR comunitaria”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº427, 2018, pp.5-38

DE LA FERIA, R., “Prohibition of Abuse of (Community) Law: The Creation of a New General Principle of EC Law Through Tax”, *Common Market Law Review*, vol.45, nº2, 2008, pp.395-441

DE LA FERIA, R., VOGENAUER, S. (eds.), *Prohibition of abuse of Law. A new General Principle of EU Law?*, Hart Publishing, Oxford, 2011

DE LA HUCHA CELADOR, F., “El nuevo régimen fiscal de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores: estudio de la ley 29/1991, de 16 de diciembre”, *Crónica Tributaria*, nº62, 1992, pp.43-65

- DELGADO PACHECO, A., “El fraude de ley y los negocios anómalos en la doctrina del TEAC y la jurisprudencia tributaria”, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, nº16, 2000, pp.69-110
- DELOITTE TOUCHE TOHMATSU INTERNATIONAL, *Implementation of the EC Tax Directive on mergers, divisions, transfers of assets and exchanges of shares of companies in the various Member States*, 3rd Ed., 1997
- DE MONÈS, S. et al, “Abuse of tax law across Europe (part one)”, *EC Tax Review*, vol.19, nº2, 2010, pp.85-96
- DE MONÈS, S. et al, “Abuse of tax law across Europe (part two)”, *EC Tax Review*, vol.19, nº3, 2010, pp.123-137
- DENECKER, J., “La deuxième directive du Conseil des Communautés européennes relative à la constitution de la société anonyme, au maintien et aux modifications de son capital”, *Revue des Sociétés*, nº 95, 1977, pp.661-679
- DEN TOOM, M., VAN DEN BROEK, H., “The Freedom of Establishment and Recapture of PE Losses under the Merger Directive”, *European Taxation*, vol.58, nº2/3, 2018, pp.63-72
- DE PABLO VARONA, C., “La Directiva 2008/7/CE del Consejo, de 12 de febrero, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 294, 2009, pp.73-126
- DE RICHEMONT, J., “Concentrations et abus de positions dominantes - Article 86 du traité de Rome”, *Revue trimestrielle de droit européen*, vol.9, nº3, 1973, pp.463-491
- DEROUIN, P., “Fiscalité des fusions de sociétés et échanges d’actions. Droit communautaire et droit national. À propos de l’arrêt Leur-Bloem de la CJCE du 17 juillet 1997”, *Revue de Droit fiscal*, nº38, 1997, pp.1100-1104.
- DESACHÉ, J.M., “France”, en VAN GERVEN, D. (ed.), *Cross-border Mergers in Europe*, vol.II, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp.16-36
- DEBELVA. F., LUTS, J., “The General Anti-Abuse Rule of the Parent-Subsidiary Directive”, *European Taxation*, vol.55, nº6, 2015, pp.223-234
- DE WAAL, A., “Fusions et opérations assimilées. Réflexions contrastées sur l’arrêt Leur-Bloem”, *Revue de Droit fiscal*, nº9, 1998, pp.286-289.
- DIBOUT, P., “Le régime fiscal français des fusions et opérations assimilées sous la lumière de la Directive du 23 juillet 1990”, *Revue de Droit Fiscal*, vol.54, nº27, 2002, pp.991-999.
- DIMITROV, M., WIMPSSINGER, C., “Losses Unchained: The ECJ’s Cross-Border ravel Requirement”, *Tax Notes International*, vol.70, nº2, 2013, pp.149-152

DOMÍNGUEZ GARCÍA, M.A., “La eventual aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE a las concentraciones de empresas como cuestión abierta”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol.14, nº 2, 1987, pp.369-384

DOMÍNGUEZ PÉREZ, J.L., “Una indagación acerca de las escisiones empresariales”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº 221-222, 2001, pp.135-196

DOMÍNGUEZ PUNTAS, A., “Nacionalidad, domicilio social, y residencia fiscal de las sociedades mercantiles (III)”, *Crónica Tributaria*, nº 148, 2003, pp.53-84

DOUMA, S., *Optimization of Tax Sovereignty and Free Movement*, IBFD Doctoral Series, vol.21, IBFD, Amsterdam, 2011

DOURADO, A.P., “The relationship between Primary and Secondary EU Law in Tax Law: the legitimacy of different interpretation criteria applied to EU and national legal sources”, en WEBER, D. (ed.), *Traditional and alternative routes to European tax integration*, IBFD, Amsterdam, 2010, pp.171-190

DOURADO, A.P., “The Commission proposal to replace unanimity with a qualified majority in the case of tax matters”, *Intertax*, vol.47, nº4, 2019, pp.341-344

DRURY, R., “The Regulation and Recognition of Foreign Corporations: Responses to the “Delaware Syndrome”, *The Cambridge Law Journal*, vol.57, nº1, 1998, pp.165-194

DUCOULOUX-FAVARD, C., “Longue histoire pour la naissance de la société européenne”, *Revue Lamy Droit des Affaires*, nº48, 2002, pp.9-13

DÜRRSCHMIDT, D., “Comprehensive Approaches to Company Taxation in the European Union and Cross-Border Corporate Reorganizations”, *Intertax*, vol.35, nº3, 2007, pp.152-182

EDWARDS, V., *EC Company Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999

EHLERMANN, C., ROTTENMOSER, G., “Group Reorganizations Under Germany’s Revised Real Estate Transfer Tax”, *Tax Notes International*, vol.71, nº12, 2013, pp.1117-1125.

ENGLISCH, J., “Reform of the Reorganization Tax Act and related changes”, *European Taxation*, vol.47, nº7, 2007, pp.339-346

ENGLMAIR, V., “The Relevance of the Fundamental Freedoms for Direct Taxation”, en LANG, M., PISTONE, P., SCHUCH, J., STARINGER, C. (eds.), *Introduction to European Tax Law: Direct Taxation*, 3rd edition, Spiramus, Wien, 2013, pp.45-95

ERNST&YOUNG, *Survey of the implementation of Council Directive 90/434/EEC (The Merger Directive, as amended)*, 2009

- ESCRIBANO GÁMIR, M.C., “La responsabilidad de las sociedades beneficiarias de la escisión y de la sociedad parcialmente escindida”, en *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, UCM, marzo 2011
- ESTEBAN DE LA ROSA, F., “El nuevo régimen de la transferencia internacional de la sede social en el sistema español de Derecho Internacional Privado”, *Cuadernos de Derecho de Comercio*, nº54, 2010, pp.73-106.
- ESTEBAN VELASCO, G., “El compromiso de Niza: por fin la Sociedad Europea”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº17, 2001, pp.141-162
- ESTEBAN VELASCO, G., “La sociedad europea: un instrumento jurídico al servicio de la reestructuración empresarial”, *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, nº8, 2003, pp.213-249
- EUROPEAN TAXATION, “Proposed Directives concerning a common system of taxation applicable to merger-type transactions and parent-subsidiary relationships between corporations of different Member States”, *European taxation*, vol. 9, nº 7, 1969
- FALCÓN Y TELLA, R., “La nueva redacción de la cláusula antiabuso en el régimen de fusiones, escisiones y aportaciones de activos: artículo 110.2 LIS”, *Quincena Fiscal*, nº 4, 2001, pp.5-9
- FÉDÉRATION DES EXPERTS COMPTABLES EUROPÉENS, *Review on the Mergers and Divisions Directive*, Bruxelles, 1994
- FEENEY, M., *The Taxation of Companies*, Bloomsbury Professional, Dublin, 2011
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “Problemas político-jurídicos de la armonización societaria desde la perspectiva de los ordenamientos nacionales”, en ALONSO UREBA, A., CHICO ORTIZ, J.M, y LUCAS FERNÁNDEZ, F., *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Madrid, 1987
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Transferencia internacional de sede social”, *Revista General de Derecho*, nº 591, 1993, p.11867-11907
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “El traslado internacional de domicilio de la Sociedad Europea (Societas Europaea)”, *Revista de Derecho mercantil*, nº250, 2003, pp.1479-1583
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Domicilio y “nacionalidad” de la SE. Traslado internacional ded domicilio de la SE. La publicidad registral de la SE”, en ESTEBAN VELASCO, G., FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (coords.), *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp.121-278
- FERNÁNDEZ RANZ, J.L., “La armonización fiscal comunitaria: fiscalidad directa, fiscalidad indirecta”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº111, 1992, pp.39-52

FERNÁNDEZ-VELILLA, J.A., “La Propuesta de modificación del régimen fiscal aplicable a las operaciones de reestructuración empresarial intracomunitarias: apuntes y reflexiones a la luz de la normativa de transposición española”, *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez*, nº7, 2004, pp.45-59

FIBBE, G.K., “The different translations of the term ‘company’ in the Merger Directive and the Parent-Subsidiary Directive: a Babylonian confusion of tongues”, *EC Tax Review*, vol.15, nº2, 2006, pp.95-102

FINE, F., “The Philip Morris Judgment: Does Article 85 now Extend to Mergers?”, *European Competition Law Review*, vol.8, nº4, 1987, pp.333-343

FOCSANEANU, L., “L'abus de position dominante après l'arrêt « Continental Can » (21 février 1973)”, *Revue du Marché Commun*, nº 164, 1973, pp.145-159

FRADA DE SOUSA, A., “Company’s Cross-border Transfer of Seat in the EU after Cartesio”, *Jean Monnet Working Paper 07/09*, New York, 2009

FRANCH FLUXÀ, J., *Reforma y armonización de la fiscalidad de los grupos societarios europeos*, Bosch, Barcelona, 2009

FREEDMAN, J., “The Anatomy of Tax Avoidance Counteraction: Abuse of Law in a Tax Context at Member State and European Union Level”, en DE LA FERIA, R., VOGENAUER, S. (eds.), *Prohibition of Abuse of Law. A New General Principle of EU Law?*, Hart Publishing, Oxford, 2011, pp.365-380

FRIEND, M., “Controlling Mergers”, *European Law Review*, vol.13, nº3, 1988, pp.189-196

FUSTER ASENSIO, C., “Tratamiento fiscal de la constitución de la Sociedad Cooperativa Europea y el traslado del domicilio social”, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, nº69, 2010, pp.191-215

GAMMIE, M., *The Ruding Committee: An Initial Response*, The Institute for Fiscal Studies, London, 1992

GAMMIE, M., “EU taxation and the Societas Europaea - harmless creature or Trojan horse?”, *European Taxation*, vol.44, nº1, 2004, pp.35-45.

GARCÍA-DURÁN HUET, P., “La lenta gestación de la política comunitaria de fusiones”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 12, 2002, pp.502-524

GARCÍA GUTIÉRREZ, A., “El régimen fiscal de la sociedad anónima europea”, *Cuadernos de Formación del Instituto de Estudios Fiscales*, vol.3, 2007, pp.101-109

GARCÍA NOVOA, C., “Comentario al nuevo párrafo del art.97 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades: el régimen de las escisiones societarias”, *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, vol.I, tomo X, 2001, pp.1813-1834

GARCÍA-OLÍAS JIMÉNEZ, C., “La eliminación de la obligación de optar por la aplicación del régimen fiscal especial de reestructuraciones”, *Actualidad jurídica Uría-Menéndez*, nº 49, 2018, pp.47-54.

GARCÍA PRATS, A., “Las medidas anti-abuso y el derecho comunitario”, en SOLER ROCH, M.T., SERRANO ANTÓN, F. (dirs.), *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los Convenios para Evitar la Doble Imposición Internacional y su compatibilidad con el Derecho Comunitario*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2002, pp.163-205

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “La *Sitztheorie* es incompatible con el Tratado CE”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº232, 1999, pp.645-686

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. “El traslado del domicilio social al extranjero. Una visión facilitadora”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº16, 2001, pp.107-140

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “El Reglamento de la Sociedad Europea: una primera lectura”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº217, 2002, pp.7-38

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, J., “La libertad de establecimiento y el reconocimiento de los tipos societarios extranjeros: una revisión de la jurisprudencia del TJCE”, *Noticias de la Unión Europea*, nº252, 2006, pp.131-142

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., “De nuevo sobre el traslado de sede social al extranjero: comentario al caso Polbud”, *La Ley Mercantil*, nº41, 2017

GARDENES SANTIAGO, M., SANCHO VILLA, D., y UPEGUI VILLEGAS, C., “La ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles y el Derecho Internacional Privado de sociedades”, *Anuario de Derecho Internacional Privado*, t.IX, 2009, pp.595-625.

GARRIDO DE PALMA, V.C., “Escisión” en AA.VV *La reestructuración empresarial y las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010

GERNER-BEUERLE, C., SCHILLIG, M., “The mysteries of freedom of establishment after Cartesio”, *International & comparative law quarterly*, vol.59, nº2, 2010, pp.303-323.

GIBERT, B., “A French reaction to the Communication from the Commission «Towards and Internal Market without tax obstacles»”, *European Taxation*, vol.42, nº8, 2002, pp.309-316

GINTER, E., “Reform of the Tax Regimen Applicable to Mergers, Divisions and Transfers of Assets”, *European Taxation*, vol.42, nº5, 2002, pp.170-177

GNAEDINGER, G., “Company Law on Mergers Updated”, *Tax Notes International*, vol.54, nº3, 2009, p.219

GOERGEN, R., “Harmonization of Enterprise Taxation in the European Community”, *Bulletin for International Taxation*, vol.45, nº7-8, 1991, pp.312-315

GOLDMAN, B., “Rapport concernant le projet de convention sur la fusion internationale des sociétés anonymes”, *Revue trimestrielle de droit européen*, vol.10, nº3, 1974, pp.464-570.

GOLDMAN, B., “La fusion des sociétés et le projet de convention sur la fusion international des sociétés anonymes”, *Cahiers de droit européen*, vol.17, 1981, pp.4-69

GÓMEZ JIMÉNEZ, I., “La anulación de las participaciones recíprocas entre sociedades fusionadas o escindidas”, *Revista de contabilidad y tributación*, nº 232, 2002, pp.177-206

GÓMEZ VERDESOTO, M., “Concepto comunitario de fraude o evasión fiscal en relación con las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos y canje de valores (A propósito de la STCJE de 17 de julio de 1997)”, *Impuestos*, nº1, 1999, pp.1047-1067

GONZÁLEZ, S., PEREDA, J., “La Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005 relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº13, 2006, pp.49-59

GONZÁLEZ BLÁZQUEZ, M.E., “La protección de los accionistas en los procedimientos de fusión”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº241, 2003, pp.125-164

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.B., BENAVIDES VELASCO, P., “La sociedad cooperativa europea: análisis del Reglamento 1435/2003, por el que se regula su estatuto jurídico”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº27, 2006, pp.273-297

GÓNZALEZ-MENESES, M., ÁLVAREZ, S., *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2013

GONZÁLEZ PÁRAMO, J.M., “Armonización y competencia fiscal en Europa: situación actual, perspectivas e implicaciones para España”, en GARCÍA-MILÁ, T. (ed.), *Nuevas fronteras de la política económica*, Centre de Recerca en Economia Internacional (CREI), Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2000, pp.89-137

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, E., FRANCH FLUXÀ, J., “The transfer of the seat of and the freedom of establishment for companies in the European Union: an analysis of ECJ case law and the regulation on the statute for a European Company”, *European Taxation*, vol.45, nº6, 2005, pp.219-231

- GORDILLO FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, I., “Applying the Merger Directive beyond its scope in third-country scenarios: an alternative approach to A Oy (case c-48/11)- Part 1”, *European Taxation*, vol.53, nº1, 2013, pp.2-15
- GORDILLO FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, I., “Applying the Merger Directive beyond its scope in third-country scenarios: an alternative approach to A Oy (case c-48/11)- Part 2”, *European Taxation*, vol.53, nº2-3, 2013, pp.62-79
- GRACIA ESPINAR, E., VIÑAS RUEDA, L., “Revisión del régimen fiscal de las reestructuraciones: propuestas de modificación”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº323, 2010, pp.55-80
- GRAU RUIZ, A., HERRERA MOLINA, P., “The link between tax coordination and tax harmonization: limits and alternatives”, *EC Tax Review*, vol.12, nº1, 2003, pp.28-36
- GUASCH MARTORELL, R., *La escisión de sociedades en el Derecho español: la tutela de los intereses de socios y acreedores*, Civitas, Madrid, 1993
- GUTMANN, D., PERDELWITZ, A., RAINGEARD DE LA BLÉTIÈRE, E., “The impact of the ATAD on domestic systems: a comparative survey”, *Intertax*, vol.57, nº1, 2017, pp.2-20
- GUYON, Y., “La coordination communautaire du droit français des sociétés”, *Revue trimestrielle de droit européen*, nº2, 1990, pp.241-252.
- HAMAEEKERS, H., *The Implementation of the EC Corporate Tax Directives*, Katholieke Universiteit Nijmegen, IBFD, Nijmegen, 1994
- HANSEN, L., “Merger, Moving and Division Across National Borders – When Case Law Breaks through Barriers and Overtakes Directives”, *European Business Law Review*, vol.18, nº1, 2007, pp.181-204
- HEINRICH, J., “Austria”, en MEUSSEN, G. (ed.), *The Burden of Proof in Tax Law*, EATLP International Tax Series, vol.10, IBFD, Amsterdam, 2013
- HELMINEN, M., “Must the Losses of a Merging Company be Deductible in the State of Residence of the Receiving Company in EU?”, *EC Tax Review*, nº4, 2011, pp.173-172-178
- HELMINEN, M., *EU Tax Law. Direct Taxation*, IBFD, Amsterdam, 2015
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARREDA, P., “Los impuestos de salida sobre personas jurídicas: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la Directiva antielusión y la normativa española”, en ALMUDÍ CID, J., FERRERAS GUTIÉRREZ, J., HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARREDA, P. (dirs.), *La armonización de las normas contra la elusión fiscal relativas a la fiscalidad directa en la Unión Europea*, Thomson-Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018, pp.243-308

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., “Reglamento sobre el control de concentraciones”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, tomo 13, 1989-1990, pp.643-648

HERZIG, N., GRIEMLA, S., “Steuerliche Aspekte der Europäischen aktiengesellschaft / Societas Europaea (SE)”, *Steuer und Wirtschaft*, nº1, 2002, pp.55-77

HIRIGOYEN, G., “Concilier finance et management dans les entreprises familiales”, *Revue française de gestion*, nº198-199, 2009, pp.393-411

HIRTE, H., TEICHMANN, C. (eds.), *The European Private Company – Societas Privata Europaea*, Walter de Gruyter, Berlin, 2013

HJI PANAJI, C., “Corporate Mobility in Private International Law and European Community Law: Debunking some Myths”, *Yearbook of European Law 2009*, Clarendon Press, Oxford, 2010

HOENJET, F., “The Leur-Bloem judgment: the jurisdiction of the European Court of Justice and the interpretation of the anti-abuse clause in the Merger Directive”, *EC Tax Review*, vol.6, nº4, 1997, pp.208-215.

HOFSTÄTTER, M., HOHENWARTER-MAYR, D., “The Merger Directive”, en LANG, M., PISTONE, P., SCHUCH, J., STARINGER, C. (eds.), *Introduction to European Tax Law: Direct Taxation*, 4th edition, Linde, Wien, 2016, pp.157-182

HOOR, O., “Classification of Foreign Entities for Luxembourg Tax Purposes: Methodology and Tax Consequences”, *European Taxation*, vol.52, nº4, 2012, pp.135-148

HOOR, O., “The concept of Permanent Establishments”, *European Taxation*, vol.54, nº4, 2014, pp.119-131.

HOUIN, R., “Les Sociétés”, *Revue trimestrielle de droit européen*, nº2, 1966

HUYLEBROUCK, C., “Dual residence and “abuse” under European primary law”, en HOFSTÄTTER, M., PLANSKY, P. (eds.), *Dual Residence in Tax Treaty Law and EC Law*, Linde, Viena, 2009, pp.469-494.

IBÁÑEZ DAZA, M.J., “La aplicación del Derecho fiscal europeo y el control de la adaptación del ordenamiento interno al comunitario: la cuestión prejudicial y legitimación de los TEA”, *Cuadernos de formación de la Escuela de Hacienda Pública del Instituto de Estudios Fiscales*, vol.11, 2010, pp.197-209

JACQUEMIN, A., “Entreprises étrangères et politique européenne de concurrence”, *Revue trimestrielle de droit européen*, vol.9, nº3, 1973, pp.412-425

JEFFCOTE, B., BARNETT, M., “EC Mergers Directive”, *Law & Tax Review*, vol.5, nº23, 1991, pp.178-182

JENSEN, E.M., “The Tiley trilogy and US anti-avoidance law”, *eJournal of Tax Research*, vol. 12, n° 1, 2014, pp.74-86

JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS, D., “The Permanent Establishment: Still a (Permanent) Requirement?”, *EC Tax Review*, n°1, 2014, pp.4-15

JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS, D., “Las asimetrías derivadas del empleo de entidades híbridas en la planificación fiscal transfronteriza en la Directiva anti-abuso”, *Documentos de Trabajo del IEF*, n°14, 2017, pp.19-33

JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS, D., “Pérdidas finales, establecimientos permanentes y la rehabilitación de la "excepción Marks & Spencer". Análisis de las SSTJUE de 12 de junio de 2018, "Bevola" (asunto C-650/16), y de 4 de julio de 2018, "NN" (asunto C-28/17)”, *Nueva Fiscalidad*, n°3, 2018, pp.255-269

JIRJAHN, U., “Ökonomische Wirkungen der Mitbestimmung in Deutschland: Ein Update”, *Arbeitspapier n°186*, Hans Böckler Stiftung, Düsseldorf, 2010

KAUFFMAN, J., “Tax system for holding companies, investment companies and investment funds”, en THURSTON, H., *The EEC reports on Tax Harmonization*, IBFD, Amsterdam, 1963, pp.178-192

KIENINGER, E., M., “The Legal Framework of Regulatory Competition Based on Company Mobility: EU and US Compared”, *German Law Journal*, vol.6, n°4, 2004, pp.741-770.

KOFLER, G., TENORE, M., “Fundamental Freedoms and Directives in the Area of Direct Taxation”, en WEBER, D. (ed.), *Traditional and Alternative Routes to European Tax Integration*, IBFD, Amsterdam, 2010

KOK, R., “Domestic and Cross-Border Loss Relief in the European Union”, *Intertax*, vol.38, n°12, 2010, pp.663-671

KOLLRUSS, T., “Does the Merger Directive Violate EU Primary Law by Excluding EU Companies Having Their Place of Effective Management in a Third Country?”, *Intertax*, vol.43, n°8-9, 2015, pp.501-507

KOOPMAN, R.J., DWARKASING, R., “The Netherlands”, en MEUSSEN, G. (ed.), *The Burden of Proof in Tax Law*, EATLP International Tax Series, vol.10, IBFD, Amsterdam, 2013, pp.189-200

KORAH, V., “The Control of Mergers under the EEC Competition Law”, *European Competition Law Review*, vol.8, n°3, 1987, pp.239 y ss.

KORAH, V., LASOK, P., “Philip Morris and its Aftermath - Merger Control?”, *Common Market Law Review*, vol.25, n°2, 1988, pp.333-368

KOVAR, R., “Chronique C.E.C.A. (Les concentrations d'entreprises dans la C.E.C.A.)”, *Revue trimestrielle de droit européen*, nº2, 1966, pp.288-306

KRARUP, M., “VALE: Determining the Need for Amended Regulation Regarding Free Movement of Companies within The EU”, *European Business Law Review*, vol.24, nº5, 2013, pp.691-698

KUILE, B.H., “Taxation, Discrimination and the Internal Market”, *European Taxation*, vol. 32, nº12, 1992, pp.402-404

KUIPER, W.G., “EC Commission proposes a Directive on the harmonization of rules for the determination of taxable profits of enterprises”, *European Taxation*, vol.28, nº10, 1988, pp.319-329

LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F.A., *Elementos de Derecho Civil, Tomo V, Sucesiones (Conforme a las leyes de 13 de mayo de y de 7 de julio de 1981)*, Librería Bosch, Barcelona, 1986

LAMBEA RUEDA, A., “La Sociedad Cooperativa Europea: el Reglamento 1435/2003, de 22 de Julio”, *Revista de Derecho Privado*, nº88-2, 2004, pp.300-323

LAMPREAVE, P., “An Assessment of the Anti-Tax Avoidance Doctrines in the United States and the European Union”, *Bulletin for International Taxation*, vol.66, nº3, 2012, pp.153-169

LANG, M., “Cadbury Schweppes’ Line of Case Law from the Member States’ Perspective”, en DE LA FERIA, R., VOGENAUER, S. (eds.), *Prohibition of Abuse o Law. A New General Principle of EU Law?*, Hart Publishing, Oxford, 2011, pp.435-458

LANG, M., “Has the Case Law of the ECJ on Final Losses Reached the End of the Line?”, *European Taxation*, vol.54, nº12, 2014, pp.530-540

LANGBEIN, S., ROSENBLOOM, D., “The direct investment tax initiatives of the European Community: a view from the United States”, *Intertax*, vol.18, nº10, 1990, pp.452-463

LARGO GIL, R., *La fusión de sociedades mercantiles: fase preliminar, proyecto de fusión e informes*, Civitas, 2ª Edición, Madrid, 2000

LARKING, B., “The Merger Directive: will it work?”, *European Taxation*, vol.30, nº12, 1990, pp.362-367

LARKING, B., “Permanent Confusion? The Role of the Permanent Establishment in the Merger Directive”, *European Taxation*, vol.32, nº9, 1992, pp.304-310

LELEUX, P., “Le rapprochement des législations dans la Communauté Economique Européenne”, *Cahiers de droit européen*, vol.4, nº2, 1968, pp.129 y ss.

- LENOIR, N., “The Societas Europaea (SE) in Europe. A promising start and an option with good prospects”, *Utrecht Law Review*, vol.4, nº1, 2008, pp.13-21
- LETIZIA, G., “The recent restrictive ECJ approach to exit tax and the ATAD Implementation”, *EC Tax Review*, vol.29, nº1, 2020, pp.33-37
- LEWICKI, T., “Exchanges of shares under Polish corporate income tax legislation : inconsistencies in implementation of the EC Merger Directive”, *Intertax*, vol.49, nº11, 2009, pp.527-533
- LEWIS, R., BUZDREV, A., “The European Private Company: Entrepreneurial Flexibility & the Practicalities of National Law”, *International Journal of Business and Social Science*, vol.3, nº21, 2012, pp.63-71
- LIMPENS, A., “Harmonisation des législations dans le cadre du marché commun”, *Revue internationale de droit comparé*, vol.19, nº3, 1967, pp.621-653
- LOMBARDO, S., “Conflict of Law Rules in Company Law after Überseering: An Economic and Comparative Analysis of the Allocation of Policy Competence in the European Union”, *European Business Organization Law Review*, vol.4, nº2, 2003, pp.301-336
- LONGAS LAFUENTE, A., “Criterios delimitadores del establecimiento permanente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los impuestos indirectos”, *Cuadernos de formación del IEF*, vol.6, 2008, pp.235-253
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., HERRERA MOLINA, P., “Régimen fiscal de la Sociedad Europea”, *Crónica Tributaria*, nº 110, 2004, pp.27-78
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., “Comentarios a la Directiva del régimen fiscal de reorganizaciones empresariales”, *Crónica Tributaria*, nº116, 2005, pp.81-112
- LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J.A., “Régimen fiscal de las fusiones, escisiones, aportaciones no dinerarias de rama de actividad y canje de valores”, *Tribuna Fiscal: Revista Tributaria y Financiera*, nº19, 1992, pp.54-69
- LÓPEZ TELLO, J., “La cláusula antiabuso del Régimen Fiscal de Fusiones tras la sentencia del TJCE de 20 de mayo de 2010, *Modehuis A. Zwijnenburg BV*”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, nº27, 2010, pp.45-54
- LÓPEZ TELLO, J., CREMADES SCHULZ, M., “El régimen fiscal de algunas de las novedades introducidas por la ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: transformación, fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, nº25, 2010, pp.46-60
- LOUSSOUARN, Y., “Le droit d'établissement des sociétés”, *Revue trimestrielle de droit européen*, vol.26, nº 2, 1990, pp.229-239

LOY, O., “La troisième directive du Conseil des Communautés européennes du 9 octobre 1978 concernant les fusions des sociétés anonymes”, *Revue trimestrielle de droit européen*, n°2, 1980, pp.354-369

LOY, O., “Le marché unique et les sociétés”, *Droit et pratique du commerce international*, vol.15, n°2, 1989, pp.249-271

LOYENS LEFEVRE RÄDLER (EUROPEAN TAX NETWORK), *The Merger Directive: practical tax issues*, IBFD, Amsterdam, 1993

LOZEV, K., “Survey of Implementation of the EC Merger Directive - A Summary with Comments”, *European Taxation*, vol.50, n°2-3, 2010, pp.84-95

MAGNIER, V., *Rapprochement des droits dans l'Union européenne et viabilité d'un droit commun des sociétés*, L.G.D.J., Paris, 1999

MAISTO, G., “Shaping EU company tax policy: amending the Tax Directives”, *European Taxation*, vol.42, n°8, 2002, pp.287-302

MAISTO, G., “Current issues on the interpretation of the Parent-Subsidiary Directive”, en WEBER, D. (ed.), *EU Income Tax Law: Issues for the Years Ahead*, IBFD, Amsterdam, 2013, pp.1-20

MALHERBE, P., “Réflexions sur le régime fiscal de la Societas Europaea”, en AA.VV., *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp.575-595

MAROTO SÁNCHEZ, A., “Estudio de las operaciones realizadas entre la casa central y establecimientos permanentes”, *Crónica Tributaria*, n°131, 2009, pp.79-105

MÁRQUEZ MÁRQUEZ, A., “La planificación fiscal, los motivos económicos válidos y el deber de contribuir: Artículo 110.2 de la Ley del Impuesto sobre sociedades”, *Quincena Fiscal*, n°10, 2004, pp.37-47

MARTIN, L., “Merger Control by the Commission under Article 85? The Philip Morris Case”, *Business Law Review*, vol.9, n°2, 1988, pp.27-29

MARTÍN GARCÍA, J.M., “La escisión” en SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M. (coord.), *Estudios jurídicos sobre operaciones de restructuración societaria*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008

MARTÍN JIMÉNEZ, A., “Hacia una concepción unitaria del abuso del derecho tributario de la Unión Europea”, *Quincena Fiscal*, n°7, 2012, pp.59-114

MARTÍN JIMÉNEZ, A., CALDERÓN CARRERO, J.M., “Los impuestos de salida y el Derecho comunitario Europeo a la luz de la legislación española”, *Crónica Tributaria*, n°125, 2007, pp.49-76

- MARTÍNEZ RIVAS, F., “Traslado internacional de sede social en la Unión Europea: del caso Daily Mail al caso Cartesio. Veinte años no son nada”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol.1, nº1, 2009, pp.132-142
- MARTÍNEZ VARGAS, J., LABATUT SERER, G., “La contabilización del efecto impositivo en las fusiones”, *revista de Contabilidad y Tributación*, nº314, 2009, pp.193-220
- MASCAREÑAS PÉREZ-ÍÑIGO, J., IZQUIERDO LLANES, G., *¿Por qué se compran y se venden las empresas en España?*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2000
- MASCLET DE BARBARIN, M., “Notion d'éléments composant la branche complète d'activité: quand l'indispensable est nécessaire et suffisant”, *Revue des Sociétés*, nº 2, 2013, pp.117-120
- MASSAGUER FUENTES, J., “La Agrupación Europea de Interés Económico. Notas en torno al Reglamento (CEE) nº 2137/85”, *Noticias de la Unión Europea*, nº43-44, 1988, pp.23-50
- MASTRULLO, T., “La transposition en droit français de la directive sur les fusions transfrontalières: une avancée et des regrets”, *Europe: actualité du droit communautaire*, vol.19, nº8-9, 2009, pp.5-10
- MAVRAGANIS, G., “Corporate Income Tax harmonization in the nineties”, *Bulletin for International Fiscal Documentation*, vol.47, nº4, 1993, pp.220-225
- McCAHERY, J.A, VERMEULEN, E.P.M, “Does the European Company Prevent the «Delaware Effect»?”, *European Law Journal*, vol.1, nº6, 2005, pp.785-801
- MENÉNDEZ GARCÍA, G., “Realización de operaciones de fusión, escisión, aportación no dineraria y canje de valores “con fines de fraude o evasión fiscal”: cláusula antiabuso comunitaria y artículo 110.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades”, *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, nº14, 2000, pp.85-103
- MENÉNDEZ GARCÍA, G., “Delimitación de los regímenes tributarios (general y especial) aplicables a la sociedad que se escinde y a la sociedad o sociedades beneficiarias”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº261, 2004, pp.3-36.
- MENÉNDEZ GARCÍA, G., “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*, nº8, 2006, pp.9-62
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “Introducción”, en ALONSO UREBA, A., CHICO ORTIZ, J.M., y LUCAS FERNÁNDEZ, F., *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Civitas, Madrid, 1987

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “La primera Directiva de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades y el Registro Mercantil español”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, nº597, 1990, pp.393-420

MENJUCQ, M., “Transformation transfrontalière: la CJUE poursuit son action militante pour pallier la carence de la Commission européenne”, *Semaine Juridique (Édition Générale)*, nº41, 2012, pp.1834-1840

MERINO JARA, I., “La incidencia de la fiscalidad sobre la libertad de circulación y de establecimiento”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº11, Universidad de Extremadura, 1993, pp.175-198.

MERINO JARA, I., “Libre circulación de capitales y fiscalidad”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº12-13, Universidad de Extremadura, 1995, pp.121-132

MEUSSEN, G., “Burden of proof and European tax law”, en MEUSSEN, G. (ed.), *The Burden of Proof in Tax Law*, EATLP International Tax Series, vol.10, IBFD, Amsterdam, 2013, pp.35-38

MILLER, P., “Taxpayers should take notice of new EU company structure”, *International Tax Review*, vol.17, 2006, pp.84-87

MILLER, P., “EU Mergers Directive. Plus ça change, plus ce n’est pas la même chose”, *The Tax Journal*, 10 December 2007, pp.7-9

MONACO, R., “Comparaison et rapprochement des législations dans le Marché commun européen”, *Revue internationale de droit comparé*, vol.12, nº1, 1960, pp.61-74

MONTAGNIER, G., “Fiscalité”, *Revue trimestrielle de droit européen*, vol.11, nº3, 1975

MONTAGNIER, G., “Harmonisation fiscale communautaire”, *Revue trimestrielle de droit européen*, vol.27, nº1, 1991, pp.76-126

MONTESINOS OLTRA, S., *La compensación de bases imponible negativas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2000

MUCCIARELLI, F.M., “Company ‘Emigration’ and EC Freedom of Establishment: Daily Mail Revisited”, *European Business Organization Law Review*, vol.9, nº2, 2008, pp.267-303

MUDDIMAN, J., “Implementation of EC Merger Directive in Ireland”, *Tax planning international review*, vol.19, nº6, 1992, pp.11-13

MUIR WATT, H., “Note sur l’arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 30 septembre 2003”, *Revue critique de droit international privé*, vol.93, nº1, 2004, pp.151-183

- MULLER, P, DEVNANI, S., LADHER, R., RAMADA, P., “European Added Value Assessment on a Directive on the cross-border transfer of company seats (14th Company Law Directive). ANNEX II. Economic and Social Effects of the Requested Legislative Instrument”, *Research paper by London Economics Ltd.*, Brussels, 2013
- MULLNAIER, J., VAN KUIJK, F., CAYREL E., STAES, M., “The impact of the limited partnership reform on the Luxemburg unregulated funds industry”, *Tax Notes International*, vol.74, nº4, 2014, pp.367-377
- MUÑOZ, M., CALDERÓN CARRERO, J.M., “Reciente jurisprudencia del TJUE sobre compensación transfronteriza de pérdidas finales de filiales. Los casos suecos Holmen y Memira Holding”, *EY Abogados*, junio 2019
- NAKHAI, K., WAGNER, T., “Germany. Tax Authorities Issue Draft Guidance On Reorganizations”, *Tax Notes International*, June 6, 2011, pp.776-777
- NAVARRO EGEA, M., *Fiscalidad de la reestructuración empresarial: la fusión y la escisión*, Marcial Pons, Madrid, 1997
- NAVARRO EGEA, M., “La fusión de sociedades en la Unión Europea a resultas de la Directiva 90/434/CEE”, *Revista española de Derecho Financiero*, nº101, 1999, pp.95-122
- NAVARRO EGEA, M., “Régimen de fusiones. La eficacia directa de la Directiva 90/434/CEE y su proyección en el régimen tributario interno (Sentencia del TJCE, de 17 de julio 1997 [TJCE 1997, 156], *Leur-Bloem*, 28/95, *Rec.*, D. I-4190), *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, nº 18, 1999, pp.19-40
- NAVARRO EGEA, M., “Comentario a la STJCE de 30 de marzo de 2006 (as. C-46/04), relativa a la aplicación de la Directiva 69/335/CEE con motivo de una fusión «inversa»”, *Noticias de la Unión Europea*, nº276, 2008, pp.67-71
- NAVARRO VARONA, E., BACHES OPI, S., “El nuevos sistema comunitario de control de concentraciones”, *Actualidad jurídica Uría y Menéndez*, nº8, 2004, pp.37-50
- NAVATTE, P., *Fusions et acquisitions*, EMS, Caen, 2012
- NEARY, J.P., “Cross-Border Mergers as Instruments of Comparative Advantage”, *The Review of Economic Studies*, vol.74, nº4, 2007, pp.1229-1257
- NOEL, O., “Implementation of the EC Merger Directive”, *European Taxation*, vol.32, nº7, 1992, pp.230-235
- ÖNER, C., “Comparative analysis of the general anti-abuse rule of the anti-tax avoidance Directive: an effective tool to tackle tax avoidance?”, *EC Tax Review*, vol.29, nº1, 2020, pp.38-52

O'SHEA, T., "Cartesio: Moving a Company's Seat Now Easier in the EU", *Tax Notes International*, vol.53, nº12, 2009, pp.1071-1075

O'SHEA, "Dutch Exit Tax Rules Challenged in National Grid Indus", *Tax Notes International*, vol.65, nº3, 2012, pp.201-205

O'SHEA, T., "ECJ Says Hungarian Conversion Rules Unacceptable", *Tax Notes International*, vol.67, nº13, 2012, pp.1215-1219.

O'SHEA, T., "ECJ Rules Dissolution of a Company Not the Same as Liquidation", *Tax Notes International*, vol.69, nº7, 2013, pp.675-679

O'SHEA, T., "Finnish Tax Rules on Cross-Border Mergers Challenged", *Tax Notes International*, 23 Septemeber, 2013, pp.129-1212.

O'TOOLE, R., "La política europea de competencia: los argumentos para el control de fusiones a nivel comunitario", *Noticias C.E.E.*, nº 45, 1988, pp.123-130

OUDENOT, P, *Fiscalité des groupes et des restructurations*, LexisNexis, Paris, 2011

PAKARINEN, L., "Finnish Cross-Border Opportunities in Estonia", *Tax Notes International*, vol. 49, nº11, 2008, pp.967-984

PALACIO GONZÁLEZ, J., "The principle of subsidiarity", *European Law Review*, vol.20, nº4, 1995, pp.355-370

PALAO TABOADA, C., "Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales", *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº 235, 2002, pp.63-110

PALAO TABOADA, C., "La modificación de la Directiva de Fusiones", *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº50, 2005, pp.3-30.

PALAO TABOADA, C., "La modificación de la Directiva de Fusiones", en ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., GONZÁLEZ GARCÍA, E., RAMALLO MASSANET, J., LEJEUNE VALCÁRCEL, E., YÁBAR STERLING, A. (coords.), *Estudios en homenaje al profesor Pérez de Ayala*, Dykinson, Madrid, 2007, pp.831-858

PALAO TABOADA, C. *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*, Lex Nova, Valladolid, 2009

PALAO TABOADA, C., "OECD Base Erosion and Profit Shifting Action 6: The General Anti-Abuse Rule", *Bulletin for international taxation*, vol.69, nº10, 2015, pp.602-608

PANNIER, M., "The EU Cross Border Merger Directive - A New Dimension for Employee Participation and Company Restructuring", *European Business Law Review*, vol.16, nº6, 2005, pp.1424-1442

- PAPADOPOULOS, T., “Legal Perspectives on the Scope of the Tenth Company Law Directive on Cross-Border Mergers”, *European Current Law*, n°10, 2008, pp.1-5
- PAPADOPOULOS, T., “The Magnitude of EU Fundamental Freedoms: Application of the Freedom of Establishment to the Cross-Border Mergers Directive”, *European Business Law Review*, vol.23, n°4, 2012, pp.517-546
- PARADA, L., *Double Non-taxation and the Use of Hybrid Entities: An Alternative Approach in the New Era of BEPS*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2018
- PASA, B., BENACCHIO, G.A., *The harmonization of civil and commercial law in Europe*, CEU Press, Budapest, 2005
- PASTOR SEMPERE, C., “La Sociedad Cooperativa Europea domiciliada en España”, *Revista de Estudios Cooperativos*, n°97, 2009, pp.117-144
- PATTERSON, B., MARTÍNEZ SERRANO, A., “Tax co-ordination in the European Union”, *Directorate-General for Research Working Paper, Economic Affairs Series n° 125*, European Parliament, 2000
- PELLÉ, P., “Companies crossing borders within Europe”, *Utrecht Law Review*, vol.4, n°1, 2008, pp.6-12
- PELLECCHIA, M., “Exit Taxation and Restructuring Operations: A Comparison of EU and Italian Tax Law”, *European Taxation*, vol.58, n°8, 2018, pp.364-370.
- PENTTILÄ, S., “Finland”, *Tax Notes International*, 17 June 2013, pp.1164-1165.
- PÉREZ VERA, E., “Comentario al artículo 9.11 del Código Civil, en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo I, 1ª Ed., Edersa, Madrid, 1978
- PEETERS, S., “Exit taxation: from an internal market barrier to a tax avoidance prevention tool”, *EC Tax Review*, vol.26, n°3, 2017, pp.122-132
- PETKEVICA, J., “The concept of a “branch of activity” in the EC Merger Directive and issues regarding its implementation in Portugal”, *European Taxation*, vol.48, n°7, 2008, pp.370-376
- PETROSOVIC, K., “Abuse under the Merger Directive”, *European Taxation*, vol.50, n° 12, 2010, pp.528-567
- PIERON, A., “The Belgian motive test and its application to reorganisations”, *International Tax Review*, March 2012, pp.80-81
- PISTONE, P., “Uguaglianza, discriminazione a rovescio e normativa antiabuso in ambito comunitario”, *Diritto e pratica tributaria*, n°4, III, 1998, pp.581-622

PISTONE, P., “The impact of ECJ case law on national taxation”, *Bulletin for International Taxation*, vol.64, nº8/9, 2010, pp.412-428.

PITA GRANDAL, A., ANEIROS PEREIRA, J., “La cláusula antiabuso en las fusiones desde la perspectiva comunitaria y española”, *Crónica Tributaria*, nº 144, 2012, pp.111-148.

POPA, O., “An Overview of ATAD Implementation in EU Member States”, *European Taxation*, vol.59, nº 2/3, 2019, pp.120-122.

PORTALE, G.B., “La riforma delle società di capitali tra diritto comunitario e diritto internazionale privato”, *Europa e diritto privato*, nº1, 2005, pp.101-146.

POZA CID, R., SANTAELLA VALLEJO, M., “La coordinación de la fiscalidad directa en la Unión Europea”, *Crónica Tributaria*, nº137, 2010, pp.199-219

PRIETO RICO, M., “Régimen fiscal de la escisión de sociedades”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº 188, 1998, pp.55-90.

QUIGLEY, C., “British-American Tobacco Company Ltd and R.J. Reynolds Industries Inc. v. Commission of the European Communities”, *European Intellectual Property Review*, vol.10, nº4, 1988, pp.120-122

QUIJANO GONZÁLEZ, J., ESTEBAN RAMOS, L., “Tutela de los acreedores: las responsabilidades de las sociedades que participan en la escisión”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ESTEBAN VELASCO, G. (dirs.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Tomo II, Aranzadi, Cizur Menor, 2009

QUINTAS SEARA, A., “El traslado transfronterizo de la sede social: la necesidad de articular una respuesta desde la óptica del derecho societario europeo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 57, 2017, pp.517-574

QUINTAS SEARA, A., “La Directiva 2005/56/CE como eje central del proceso de armonización del Derecho societario europeo en materia de fusiones transfronterizas: una reflexión acerca de su origen, importancia, y cuestiones sobre las que todavía existe un margen de mejora”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 62, 2017, pp.47-91

RAAIJMAKERS, G., OLTHOFF, T., “Creditor protection in cross-border mergers; unfinished business”, *Utrecht Law Review*, vol.4, nº1, 2008, p.34

RÄDLER, A.J., “Do national anti-abuse clauses distort the internal market?”, *European Taxation*, vol.34, nº9, 1994, pp.311-313.

RÄDLER, A.J., LAUSTERER, M., BLUMENBERG, J., “Tax abuse and EC law”, *EC Tax Review*, vol.6, nº2, 1997, pp.86-101

- RAITASUO, O., HALTIA-TAPIO, J., “Finland”, en VAN GERVEN, D. (ed.), *Cross-border Mergers in Europe*, vol.II, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp.3-13
- RIBES RIBES, A., “La difícil precisión de la noción de establecimiento permanente a través de la cláusula del agente dependiente (STS de 12 de enero de 2012, caso *Roche*)”, *Crónica Tributaria*, nº extra 4, 2012, pp.29-35
- RIBES RIBES, A., “La problemática de los exit taxes en la Unión Europea”, en ADAME MARTÍNEZ, F., RAMOS PRIETO, J., (coords.), *Estudios sobre el sistema tributario actual y la situación financiera del sector público: Homenaje al Profesor Dr. D. Javier Lasarte Álvarez*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2014, pp.903-936
- RICKFORD, J., “Inaugural lecture: The European Company”, en RICKFORD, J. (ed.), *The European Company: Developing a Community Law of Corporations*, Intersentia, Antwerp-Oxford-New York, 2003, pp.13-33
- RICKFORD, J., “The Proposed Tenth Company Law Directive on Cross Border Mergers and its Impact in the UK”, vol.16, nº6, 2005, pp.1393-1414
- RINGE, W.G., “The European Company Statute in the Context of Freedom of Establishment”, *Journal of Corporate Law Studies*, vol.7, nº2, 2007, pp.185-212
- RIVAS ANDRÉS, J., “El Reglamento comunitario sobre el control de las operaciones de concentración de empresas: una primera aproximación”, *Noticias de la Unión Europea*, nº70, 1990, pp.19-30
- RODAS PAREDES, P.N., *Libertad de establecimiento y movilidad internacional de las sociedades mercantiles*, Comares, Granada, 2011
- RODIÈRE, R., “L’harmonisation des législations européennes dans le cadre de la Communauté économique européenne”, *Revue trimestrielle de droit européen*, 1965, pp.336-351
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *Escisión*, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A., OLIVENCIA, M. (dirs.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t.IX, vol.3, Civitas, Madrid, 1992
- ROELANS, J., *Régimes fiscaux applicables aux fusions de sociétés dans les États membres de la C.E.E. et perspectives communautaires*, Bruylant, Bruxelles, 1970
- ROELOFS, E., “Cross-Border Division of SEs”, *European Company Law*, vol.7, nº4, 2010, pp.142-148
- ROJO, A., “La escisión de sociedades”, en ALONSO UREBA, A., CHICO ORTIZ, J.M, y LUCAS FERNÁNDEZ, F., *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Civitas, Madrid, 1987, pp.663-709

RONFELDT, T., WERLAUFF, E., “Mergers as a method of establishment: on cross-border mergers, transfer of domicile and divisions, directly applicable under the EC Treaty’s freedom of establishment”, *European Company Law*, vol.3, nº3, 2006, pp.125-129

ROSEMBUJ, T., “Harmful tax competition”, *Intertax*, vol.27, nº10, 1999, pp.316-334

ROSSI, M., “Tax Authority Rules on Cross-Border Tax-Free Mergers”, *Tax Notes International*, vol.49, nº10, 2008, pp.856-857

ROSSI-MACCANICO, P., “The 3D I Case: Useful Clarification from the Court on the Boundaries of the EU Merger Directive”, *EC Tax Review*, nº4, 2013, pp.197-201

RUIBAL PEREIRA, L., *La sucesión en Derecho Tributario. Especial Referencia a la sucesión de empresa*, Lex Nova, Valladolid, 1997

RUIBAL PEREIRA, L., “Concepto y régimen jurídico de la operación de aportación de rama de actividad”, en YEBRA MARTUAL-ORTEGA, P., GARCÍA NOVOA, C., LÓPEZ DÍAZ, A. (coords.), *Estudios sobre el Impuesto de Sociedades*, Comares, Granada, 1998, pp.467-494

RUIZ ALMENDRAL, V., SEITZ, G., “El fraude a la ley tributaria (análisis de la norma española con ayuda de la experiencia alemana)”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº257-258, 2004, pp.3-64

RUIZ ALMENDRAL, V., “¿Tiene futuro el test de los “motivos económicos válidos” en las normas anti-abuso? (sobre la planificación fiscal y las normas anti-abuso en el Derecho de la Unión Europea)”, *revista de Contabilidad y Tributación*, nº329-330, 2010, pp.5-60

RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE, A., *Manual de Derecho Mercantil*, 3ª Ed., Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2007

RUIZ-HUERTA CARBONELL, J., AGÜNDEZ GARCÍA, A., GARCIMARTÍN ALFÉREZ, C., LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., *Tendencias de reforma fiscal: hacia una fiscalidad europea*, Documento de Trabajo 62/2011, Fundación Alternativas, Madrid, 2011

RUHLMANN, M., “German Tax Pitfalls for Cross-Border Mergers”, *Tax Notes International*, vol.71, nº6, 2013, pp.567-569

RUSSO, R., OFFERMANN, R., “The 2005 Amendments to the EC Merger Directive”, *European Taxation*, vol.46, nº6, 2006, pp.250-257.

RUSSO, R., “Partnerships and Other Hybrid Entities and the EC Corporate Direct Tax Directives”, *European Taxation*, vol.46, nº10, 2006, pp.478-486.

RYAN, P.S., “Will There Ever Be a Delaware of Europe?”, *Columbia Journal of European Law*, vol.11, nº1, 2004, pp.187-200

SÁNCHEZ CALERO, F.J., “La propuesta de la Comisión de la CEE de Décima Directiva referente a las fusiones transfronterizas de Sociedades Anónimas y su incidencia en la posición jurídica de los trabajadores de las sociedades fusionadas, conforme al Derecho Español”, *Noticias de la Unión Europea*, nº55-56, 1989, pp.61-72

SÁNCHEZ MANZANO, J.D., *Fiscalidad de las operaciones de reestructuración empresarial. Fusiones. Escisiones. Aportaciones no dinerarias y canjes de valores*, Tesis doctoral, Universidad de Granada, 2004

SÁNCHEZ MANZANO, J.D., “Análisis de determinadas soluciones administrativas en torno al concepto de rama de actividad”, *Quincena Fiscal*, nº13, 2012, pp.83-97

SÁNCHEZ OLIVÁN, J., *La fusión y la escisión de sociedades. Aportaciones de activos y canjes de valores*, Edersa, Madrid, 1998

SÁNCHEZ RUS, H., “La fusión transfronteriza de sociedades anónimas desde la perspectiva del derecho español”, en AA.VV., *Las operaciones societarias de modificación estructural*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp.141-210

SANCHO, C., “Contratación y subcontratación internacional. Estructuras societarias internacionales”, *IESE Occasional Paper*, OP-191, 2012, pp.1-31.

SANCHO VILLA, D., “El traslado del domicilio social a España en el Registro Mercantil”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. 0, 2000, pp.465-486

SANCHO VILLA, D., “La transferencia internacional de la sede social en el comercio internacional”, *Boletín Económico del ICE*, nº2674, 2000, pp.3-11

SANCHO VILLA, D., *La transferencia internacional de la sede social en el Espacio Europeo*, Eurlex, Madrid, 2001

SANCHO VILLA, D., “La teoría de la sede y el derecho comunitario: a propósito de la sentencia Centros”, *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº4, 2001, pp.203-210

SANDERS, P., “Vers une société anonyme européenne?”, *Rivista delle Società*, 1959, pp.1163 y ss.

SANTA MARÍA, A., *European Economic Law*, Second Edition, Kluwer, United Kingdom, 2009

SANZ GADEA, E., “Régimen fiscal de las operaciones de reestructuración empresarial”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 96, 1993, pp.141-148.

SANZ GADEA, E., “Novedades introducidas en la normativa del impuesto sobre sociedades por las leyes 13/2000 y 14/2000”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº 215, 2001, pp.99-132

SANZ GADEA, E., “Fusiones y operaciones asimiladas: aspectos internacionales”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 239, 2004, pp.11-26

SANZ GADEA, E., “Medidas antielusión fiscal”, *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, nº 8, 2009

SANZ GADEA, E., “El Impuesto sobre Sociedades en 2012 (III). La compensación de pérdidas. Las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario. La limitación de gastos financieros intragrupo”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº 365-366, 2013, pp.83-140.

SANZ GADEA, E., “La directiva antiabuso (IV). La tributación de salida”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº 421, 2018, pp.35-84

SANZ GÓMEZ, R., “(Una) vuelta al debate sobre la posibilidad de sancionar el abuso del derecho tributario: reflexiones a la luz de la propuesta de reforma de la Ley General Tributaria”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº380, 2014, pp.118-120

SASS, G., “Implementation of the EC Merger and Parent/Subsidiary Directives and the Arbitration Convention”, *Tax Planning International Review*, vol.20, nº7, 1993, pp.3-6

SAUNDERS, R., “The Uncertain World of International Tax Planning”, *Tax Planning International Review*, vol.22, nº12, 1995, pp.12-14

SCHELPE, D., “The Denkavit-Vitic-Voormeer case”, *EC Tax Review*, vol.6, nº1, 1997, pp.17-22.

SCHINDLER, C.P., “Cross-Border Mergers in Europe – Company Law is catching up! – Commentary on the ECJ's Decision in SEVIC Systems AG”, *European Company and Financial Law Review*, vol.3, nº1, 2006, pp.109-119

SCHLER, M., “Basic tax issues in acquisition transactions”, *Penn State Law Review*, vol.116, nº3, 2012, pp.879-911

SCHMIDT, M., “Permanent Establishment and Merger Directive”, en AIGNER, H.J., ZÜGER, M., *Permanent establishments in international tax law*, Linde, Vienna, 2003, pp.501-524

SCHMIDT, J., “Cross-border mergers and divisions, transfers of seat: Is there a need to legislate?”, *Study for the JURI Committee*, Brussels, 2016

SCHMITTHOFF, C.M., “The Second EEC Directive on Company Law”, *Common Market Law Review*, vol.15, nº1, 1978, pp.43-54

- SCHÖN, W., “Tax competition in Europe: the legal perspective”, *EC tax review*, vol.9, n°2, 2000, pp.90-105
- SCHÖN, W., “Tax Issues and Constraints on Reorganizations and Reincorporations in the European Union”, *Tax Notes International*, vol.34, n°2, 2004, pp.197-204
- SCHONEWILLE, P.H., “Some questions on the Parent-Subsidiary Directive and the Merger Directive”, *Intertax*, vol.20, n°1, 1992, pp.13-20
- SCHREIBER, U., FÜHRICH, G., “European group taxation-the role of exit taxes”, *European Journal of Law and Economics*, vol.27, n°3, 2009, pp.257-274.
- SCHULZ, A., EICKER, K., “The European Company Statute- the German View”, *Intertax*, vol.29, n°10, 2001, pp.332-341
- SCHÜTZE, R., *European Union Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015
- SCHWARZ, J.S., “European commission Strategy for Company Taxation in the European Community”, *Bulletin for international taxation*, vol.56, n°5, 2002, pp.215-218
- SCHWARTZ, I.E., “De la conception du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne”, *Revue trimestrielle de droit européen*, vol.3, n°2, 1967, pp.238-268.
- SCHWARTZMAN, R.A., “Expansion of Mergers and Consolidation Provisions”, *The CPA Journal*, vol.75, n°6, 2005
- SCOPPIO, M.E., “La notion d’établissement stable dans le cadre international des impôts directs et indirects”, *Revue Générale de Fiscalité*, vol.36, n°2, 2005, pp.8-14
- SEER, R., “Germany”, en MEUSSEN, G. (ed.), *The Burden of Proof in Tax Law*, EATLP Internacional Tax Series, vol.10, IBFD, Amsterdam, 2013, pp.127-154
- SEGAIN, H., “Fusions transfrontalières: va-t-on vers plus de confiance?”, *Journal des Sociétés*, n° 58, 2008, pp.38-44
- SERLOOTEN, P., *Droit fiscal des affaires*, 11^a Ed., Dalloz, Paris, 2012
- SERRA MALLOL, A.J., *Las agrupaciones de interés económico*, Tecnos, Madrid, 1992
- SIEIRO CONSTENLA, M., “La fiscalidad de las operaciones de reestructuración empresarial”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n°5, 2001, pp.835-852
- SIEMS, M., “SEVIC: Beyond Cross-Border Mergers”, *European Business Organization Law Review*, vol.8, n°2, 2007, pp.307-316

SIGURVALDADOTTIR, V., “The Applicability of Direct Tax EU Directives within EEA States: the Position of the UK on Withdrawal from the EU”, *British Tax Review*, nº5, 2014, pp.544-573

SOLER ROCH, M.T., “El régimen tributario de la SE”, *Documentos de trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, nº 16, 2006

SOUSA DA CAMARA, ALMEIDA FERNANDES, J., “Corporate Loss Utilization through Aggressive Tax planning”, *International Transfer Pricing Journal*, May/June 2012, pp.212-215

STOLOWY, N., “Does the "Societas Europaea" or "European Company" make a significant contribution to the construction of a European company law?”, *Journal of Business Law*, nº5, 2012, pp.363-378

STORM, P., “Cross-border Mergers, the Rule of Reason and Employee Participation”, *European Company Law*, vol.3, nº3, 2006, pp.130-138

STRIVENS, R., “The “Philip Morris” Case: share acquisitions and complainants’ rights”, *European Intellectual Property Review*, vol.10, nº 6, 1988, 163-171

SYNVET, H., “Enfin la société européenne?”, *Revue trimestrielle du droit européen*, vol.26, nº2, 1990, pp.253-273

SZUDOCZKY, R., *The sources of EU law and their relationships: lessons for the field of taxation : primary law, secondary law, fundamental freedoms and state aid rules*, IBFD Doctoral Series, vol.32, IBFD, Amsterdam, 2014

SZYDLO, M., “Prevention of Forum Shopping in European Insolvency Law”, *European Business Organization Law Review*, vol.11, nº2, 2010, pp.253-272.

TAPIA HERMIDA, A.J., “Aspectos jurídico-mercantiles de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas cotizadas”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº12, 1999, pp.133-173

TENORE, M., “The Parent-Subsidiary Directive”, en LANG, M., PISTONE, P., SCHUCH, J., STARINGER, C. (eds.), *Introduction to European Tax Law on Direct Taxation*, 2re Edition, Spiramus, Vienna, 2013, pp.131-150

TERRA, B.J.M., WATTEL, P.J., *European Tax Law*, 6th Edition, Kluwer, Deventer, 2012

THIBIERGE, C., “Le statut des sociétés étrangères”, en AA.VV. *Le statut de l'Étranger et le Marché Commun*, 57^e Congrès des Notaires de France, Tours, 1959

THÖMMES, O., TOMSETT, E., “Issues of the implementation of the Merger Directive in the EC Member States”, *EC Tax Review*, nº4, 1992, pp.228-240

- THÖMMES, O., “Merger Directive”, en THÖMMES, O., FUKS, E., *EC Corporate Tax Law*, vol.1, IBFD, Amsterdam, 2004
- TILQUIN, T., *Traité de fusions et scissions*, Kluwer, Belgique, 1993
- TOMSETT, E., “The impact of EC Tax Directives on U.S Groups with European Operations”, *Bulletin for International Fiscal Documentation*, vol.46, n°3, 1992, pp.123-133
- TRÖGER, T.H., “Choice of Jurisdiction in European Corporate Law — Perspectives of European Corporate Governance”, *European Business Organization Law Review*, vol.6, n°1, 2005, pp.3-64
- TURNIER, W., “Continuity of Interest--Its Application to Shareholders of the Acquiring Corporation”, *California Law Review*, vol.64, n°4, 1976, pp.902-942
- UGLIANO, A., “The New Cross-Border Merger Directive: Harmonisation of European Company Law and Free Movement”, *European Business Law Review*, vol.17, n°3, 2007, pp.585-617
- URÍA, R., MENÉNDEZ, A., BELTRÁN, E., *Disolución y liquidación de la sociedad anónima (Arts. 260 a 281 de la Ley de Sociedades Anónimas)*, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A., OLIVENCIA, M. (dirs.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t.XI, Civitas, Madrid, 1992
- VALENTE, P., “Profili comparatistici delle modalità di recepimento della Direttiva Comunitaria 90/434/CEE in alcuni paesi dell'Unione Europea”, *Diritto e pratica tributaria*, vol.67, n°5, 1996, pp.1522-1545
- VAN BOEIJEN-OSTASZEWSKA, A., BURGERS, I.J.J., *The Taxation of Permanents Establishments*, Suppl. n°28, IBFD, Amsterdam, December 2006
- VANDAMME, J., “L'arrêt de la Cour de justice du 21 février 1973 et l'interprétation de l'article 86 du traité CEE”, *Cahiers de droit européen*, vol.10, n° 1-2, 1974, pp.112-126
- VAN DEN BRANDE, E., “The Merger Directive amended: the final version”, *EC Tax Review*, vol.14, n° 3, 2005, pp.119-127.
- VAN DEN BROEK, H., *Cross-Border Mergers within the EU. Proposals to Remove the Remaining Tax Obstacles*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2012
- VAN DEN BROEK, H., DEN TOOM, M., “Transfer of a PE under the Merger Directive (2009/133): Capital Gains Taxation and the Freedom of Establishment”, *European Taxation*, vol.58, n°8, 2018, pp.335-342
- VAN DEN TEMPEL, A.J., “Corporation tax and individual income tax in the European Communities”, en EUROPEAN COMMISSION, *Studies. Competition: Approximation of legislation Series*, n°15, Brussels, 1970

VAN DER ELST, R., “Les notions de coordination, d’harmonisation, de rapprochement et d’unification du droit dans le cadre juridique de la Communauté européenne”, en WAELBROECK, M. (dir.), *Les instruments du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Éditions de l’Université de Bruxelles, Collection Thèses et travaux juridiques, Bruxelles, 1976

VANDERWOLK, J., “Purposive interpretation of tax statutes: recent UK decisions on tax avoidance transactions”, *Bulletin for International Fiscal Documentation*, vol.56, n° 2, 2002, pp.70-76.

VAN DE STREEK, J., “Some thoughts on the European Parliament Amendments of the CCCTB”, en WEBER, D. (ed.), *EU Income Tax Law: Issues for the Years Ahead*, IBFD, Amsterdam, 2013, pp.103-114

VANDE VELDE, I., “The EU tax framework for cross-border reorganizations within the EU”, en VERMEYLEN, J., VANDE VELDE, I. (eds.), *European Cross-Border Mergers and Reorganisations*, Oxford University Press, New York, 2012, pp.88-122

VAN HULTEN, L.C., KORVING, J.J.A.M., “Svig og Misbrug: The Danish Anti-Abuse Cases”, *Intertax*, vol.47, n°8-9, 2019, pp.793-800

VANISTENDAEL, F., “Taxation of corporate reorganizations”, en THURONYI, V. (ed.), *Tax Law Design and Drafting*, vol.2, International Monetary Fund, Washington, 1998, pp.895-924

VAN OMMESLAGHE, P., “L’application des articles 85 et 86 du Traité de Rome aux fusions, aux groupes de sociétés et aux entreprises communes”, *Revue trimestrielle de droit européen*, vol.3, n°3, 1967, pp.457-506

VAN OMMESLAGHE, P., “La première directive du Conseil du 9 mars 1968 en matière de sociétés”, *Cahiers de droit européen*, vol.5, 1969, pp.495-563 y 619-665

VAN THIEL, S., “La supresión de la discriminación en materia de imposición sobre la renta como barrera a la libre circulación de personas en la Unión Europea”, *Quincena Fiscal*, n°12, 1996, pp.41-54

VAN THIEL, S., *EU case law on income tax*, IBFD, Amsterdam, 2001

VAN THIEL, S., *Free movement of persons and Income Tax Law: the European Court in search of principles*, IBFD, Amsterdam, 2002

VEERSMA, U., SWINKELS, S., “Participation in European Companies: views from social partners in three Member States”, *Transfer: European Review of Labour and Research*, vol.11, n°2, 2005, pp.189-205

VELASCO SAN PEDRO, L.A., “La política de la competencia en la Unión Europea. Disposiciones aplicables a las empresas”, en CALONGE VELÁZQUEZ, A. (coord.), *Políticas comunitarias. Bases jurídicas*, 1ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2002, pp.177-201

- VELASCO SAN PEDRO, L.A., “De la *Societas Privata Europaea* a la *Societas Unius Personae* en las propuestas europeas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol.9, nº1, 2017, pp.327-341
- VENIT, J.S., “Mergers”, *European Law Review*, Suppl. (Competition Law Checklist), 1991
- VERMEYLEN, J., “The Cross-Border Merger Directive”, en VERMEYLEN, J., VANDE VELDE, I. (eds.), *European Cross-Border Mergers and Reorganisations*, Oxford University Press, New York, 2012, pp.1-34
- VESELY, W., “A Reorganizations--Statutory Mergers and Consolidations”, *Case Western Reserve Law Review*, vol.19, nº4, 1968, pp.975-989
- VICENT CHULIÁ, F., “La Sociedad Cooperativa Europea”, *Revista jurídica de economía social y cooperativa*, nº14, 2003, pp.51-82
- VICHATZKY, S., “Le groupement européen d'intérêt économique (G.E.I.E)”, *Revue trimestrielle de droit européen*, nº2, 1990, pp.275-306
- VIDAL MATOS, P., “Reverse Discrimination and Direct Taxation in the EU”, en WEBER, D. (ed.), *EU Income Tax Law: Issues for the Years Ahead*, IBFD, Amsterdam, 2013, pp.197-211
- VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA, G., “Libre circulation des sociétés en Europe: concurrence ou convergence des modèles juridiques?”, *Revue trimestrielle de droit européen*, nº1, 2014, pp.7-39
- VILÁGI, R., “Exit taxes on various types of corporate reorganizations in light of EU Law”, *European Taxation*, vol.52, nº7, 2012, pp.346-354
- VILLAR EZCURRA, M., “Exigencias del Derecho comunitario a la metodología del Derecho financiero y tributario”, *Crónica Tributaria*, nº100, 2001, pp.23-48
- VILLEMOT, D., “Le régime fiscal de faveur des fusions et des apports partiels d'actifs”, *Revue de Droit Fiscal*, nº46, 1993, pp.1833-1838
- VILLEMOT, D., *Le fiscalité des fusions-acquisitions*, Presses Universitaires de France, Paris, 1995
- VILLEMOT, D., “Les aménagements apportés au régime des apports partiels d'actif et des scissions: des avancées incontestables qui doivent se poursuivre”, *Revue de Droit Fiscal*, 52, 2000, pp.1117-1123.
- VINTHER, N., WERLAUFF, E., “Community Law and the Independent Business as Interpreted by the ECJ in Andersen & Jensen Aps”, *European Taxation*, vol.42, nº10, 2002, pp.441-445.
- VOGEL, K., *Double Taxation Conventions*, Deventer, 1991

VON DER GROEBEN, H., “Vers des sociétés anonymes européennes: nécessité et possibilité de créer une société de type européen”, *Revue trimestrielle de droit européen*, n°2, 1967, pp.224-237

VOSSESTEIN, G., “Companies freedom of establishment after *Sevic*”, *European Company Law*, vol.3, n°4, 2006, pp.177-182

VOSSESTEIN, G., “Transfer of the registered office. The European Commission's decision not to submit a proposal for a Directive”, *Utrecht Law Review*, vol.4, n°1, 2008, pp.53-65

VOSSESTEIN, G., “Cross-Border Transfer of Seat and Conversion of Companies under the EC Treaty Provisions on Freedom of Establishment. Some Considerations on the Court of Justice's *Cartesio* Judgment”, *European Company Law*, vol.6, n°3, 2009, pp.115-123

WATTEL, P.J., “Exit Taxation in the EU/EEA Before and After National Grid Indus”, *Tax Notes International*, vol.65, n°5, 2012, pp.371-379

WEBER, D., “A closer look at the general anti-abuse clause in the Parent-Subsidiary Directive and the Merger-Directive”, *EC Tax Review*, vol.5, n°2, 1996, pp.63-69.

WEBER, D., “The first steps of the ECJ concerning an abuse-doctrine in the field of harmonized direct taxes”, *EC Tax Review*, vol.6, n°1, 1997, pp.22-31.

WEGRZYNOWSKA, B., “*Cartesio*: Analysis of the Case”, *European Journal of Legal Studies*, vol.2, n°2, 2009, pp.67-81.

WELLES, D., GOLD, B., “Tax-free acquisitions by foreign corporations of US corporations owned by US persons”, *Intertax*, vol.18, n°1, 1990, pp.17–22

WERLAUFF, E., “The development of Community company law”, *European Law Review*, vol.17, n°3, 1992, pp.207-231

WERLAUFF, E., “A misinterpreted Directive text”, *European Taxation*, vol.34, n°1, 1994, pp.25-27

WESTERLUND, G., TAAJAMAA, T., “Finland: case law: the exchange of shares”, *International Tax Review*, vol.12, n°3, 2001

WHEELER, J.C., “What the Merger Directive does not say”, *European Taxation*, vol.35, n°5, 1995, pp.142-146

WIDMANN, S., “The influence of the Merger Directive on German tax law”, *Intertax*, vol.18, n°10, 1990, pp.412-413

WILKENHUYSEN, M., SILCOX, L., “Luxembourg”, en VAN GERVEN, D. (ed.), *Cross-border Mergers in Europe*, vol.II, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp.89-100.

- WINTHER-SØRENSEN, N., “Pending case filed by Danish courts: the Kofoed case”, en LANG, M., SCHUCH, J., STARINGER, C. (eds.), *ECJ-Recent Developments in Direct Taxation 2007*, Linde, Wien, 2007, pp.23-31
- WISNIEWSKI, A., OPALSKI, A., “Companies’ Freedom of Establishment after the ECJ Cartesio Judgment”, *European Business Organization Law Review*, vol.10, n°4, 2009, pp.595-625
- WYCKAERT, M., GEENS, K., “Cross-border mergers and minority protection An open-ended harmonization”, *Utrecht Law Review*, vol.4, n°1, 2008, pp.40-52
- WYMEERSCH, E., “Centros: A landmark decision in European Company Law”, *Financial Law Institute Working Papers Series*, n°15, Universiteit Gent, 1999
- WYMEERSCH, E., “The Transfer of the Company's Seat in European Company Law”, *ECCI Working Paper Series in Law*, n°8, 2003, pp.1-36
- WYMEERSCH, E., “Is a Directive on Corporate Mobility Needed?”, *European Business Organization Law Review*, vol.8, 2007, pp.161-169
- XUEREB, S., “Addressing the tax consequences of UCITS IV cross-border mergers in Europe: extending the Merger Directive as a solution? Part 1”, *European Taxation*, vol.52, n°5, 2012, pp.215-225
- XUEREB, S., “Addressing the tax consequences of UCITS IV cross-border mergers in Europe: extending the Merger Directive as a solution? Part 2”, *European Taxation*, vol.52, n°6, 2012, pp.290-300
- YE, H., YU WAN, G., “China’s SAT issues guidance on tax administration of enterprise reorganizations”, *Deloitte World Tax Advisor*, 21 August 2015, pp.1-4
- ZALASINSKI, A., “Case-law-based anti-avoidance measures in conflict with proportionality test. Comment on the ECJ decision in Kofoed”, *European Taxation*, vol.47, n°12, 2007, p.571-576.
- ZIMMER, F., “Year in review: Norway”, *Tax Notes International*, vol.64, n°12, 2011, p.919
- ZORMAN, G., JANEZIC, K., “Tax-Neutral Cross-Border Reorganizations in Slovenia”, *European Taxation*, vo.48, n°11, 2008, pp.599-602

El doctorando



Alberto Quintas Seara

El director de la tesis



José Manuel Calderón Carrero