



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

La fiscalidad en el Impuesto sobre Sociedades de
las reestructuraciones empresariales

Autor

Guillermo Castellón Prió

Directora

Olga Carreras Manero

Facultad de Derecho

Año 2015

Índice

I. INTRODUCCIÓN	5
II. ALGUNAS CUESTIONES GENERALES RELATIVAS A LAS REESTRUC- TURACIONES EMPRESARIALES	7
III. ÁMBITO DE PROTECCIÓN: CONCEPTO Y ASPECTOS OBJETIVOS	10
1. FUSIÓN	10
2. ESCISIÓN	13
2.1 Escisión total	13
2.2 Escisión parcial	14
3. APORTACIÓN NO DINERARIA	15
3.1 Rama de actividad	15
3.2 Aportaciones no dinerarias especiales.....	16
4. CANJE DE VALORES	16
5. OPERACIONES ANÁLOGAS DE OTROS SUJETOS DEL IS Y CAMBIO DE DOMICILIO SOCIAL DE SOCIEDADES EUROPEAS.....	17

Índice

IV. LA FISCALIDAD DE LAS OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL EN EL IMPUESTO DE SOCIEDADES.....	18
1. CUESTIONES GENERALES.....	18
2. SUPUESTOS EXCLUIDOS: EXISTENCIA DE MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS.....	18
3. LA SUBROGACIÓN DE DERECHOS Y OBLIGACIONES TRIBUTARIAS...	23
4. FUSIONES Y ESCISIONES.....	24
4.1 Entidades transmitentes.....	24
4.2 Entidades adquirentes.....	27
4.3 Socios de la entidad transmitente.....	27
5. APORTACIONES NO DINERARIAS.....	28
6. CANJE DE VALORES.....	30
7. OBLIGACIONES FORMALES.....	32
V. CONCLUSIONES.....	34
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	37

ABREVIATURAS

DGT	Dirección General de Tributos
EEE	Espacio Económico Europeo
IIC	Institución de Inversión Colectiva
IIVTNU	Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana
IRNR	Impuesto sobre la Renta de los No Residentes
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
IS	Impuesto sobre Sociedades
LIRPF	Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
LIS	Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto de Sociedades
LME	Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las sociedades mercantiles
Nº	Número
P. (p.)	Página (s)
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TRLIS	Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades
UE	Unión Europea

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo versa sobre el régimen fiscal especial de las reestructuraciones empresariales. Son diversos los impuestos que pueden gravar, directa o indirectamente, una operación de reestructuración empresarial (IS, IRPF, IRNR, IIVTNU, etc.), si bien en este estudio nos centraremos, en lo fundamental, en la incidencia en el IS.

A este respecto, es preciso señalar que en un contexto de crisis económica como el actual, el legislador tributario debe adaptarse a tal situación y realizar la correspondiente modificación de la normativa fiscal de manera que no suponga un perjuicio para los contribuyentes que ven mermada su capacidad económica.

Así, los períodos de riesgo económico influyen en las operaciones de reestructuración comprometiendo su desarrollo; no obstante, y aunque durante las crisis económicas el número de procesos llevados a cabo descende, inevitablemente, de la misma manera que la actividad económica, no podemos obviar que los procesos de reestructuración empresarial adquieren su dimensión más vital e importante. Sin embargo, no sólo la crisis influye en la variación del número de operaciones de reestructuración, la propia sociedad y economía globalizada donde la competencia suele estar masificada redundando en la consecución de la tan ansiada eficiencia empresarial.

Siendo esto así, y desde una perspectiva puramente económica, tal eficiencia se consigue a través de la realización de una *operación de reestructuración empresarial*, la cual puede implicar, en los tiempos presentes, la supervivencia o la desaparición definitiva de numerosas sociedades.

De acuerdo con ello, y atendiendo a la importancia de tales operaciones¹, he optado por realizar el presente trabajo sobre su tratamiento en el IS.

¹ En los últimos tiempos podemos recordar la compra de los supermercados El Árbol por DIA, la de Ono por Vodafone o los intentos por hacerse con la empresa de telefonía española Jazztel por parte de Orange. Tampoco podemos menospreciar el gran número de reestructuraciones llevadas a cabo durante estos últimos años en el sector bancario español que, a efectos tributarios, se rigen por el mismo régimen que el resto de sociedades.

A este respecto, y desde el punto de vista de las fuentes examinadas, me he centrado, en lo fundamental, en la actual Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto de Sociedades. Sin obviar, como no podría ser de otro modo y cuando así ha sido preciso, el anterior texto normativo que regulaba el citado impuesto.

Junto a ello, he abordado el análisis de ciertas consultas tributarias vinculantes de la DGT relacionadas con la temática estudiada y en las que ya se aplica la nueva legislación, estudio éste que no resultaría completo sino se hubiera complementado asimismo, por las opiniones doctrinales sobre esta materia.

Ya para finalizar, he de indicar que en el trabajo expondré una serie de ideas previas referentes a la finalidad de la configuración de un régimen especial en el IS para este tipo de operaciones y, posteriormente, analizaré cada una de las operaciones protegidas y los beneficios, respecto al régimen general, a los que los sujetos intervinientes pueden acceder si cumplen determinados requisitos.

II. ALGUNAS CUESTIONES GENERALES RELATIVAS A LAS REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES

La realización de una operación de reestructuración por parte de las empresas suele ser la consecuencia de un profundo análisis del mercado y de los costes productivos en los que éstas incurren². Desde un punto de vista mercantil, y como ya hemos indicado, la realización de este tipo de operaciones puede significar un aumento de la eficiencia de la sociedad y, en consecuencia, permitir la longevidad de las empresas en un contexto económicamente convulso. Sin embargo, dichas operaciones podrían verse frenadas si el régimen tributario que las regula no articula una normativa específica a la que someter tales acciones. En efecto, si una operación de esta naturaleza es sometida sin especialidad alguna al régimen general previsto en la LIS, la motivación mercantil del procedimiento puede quedar totalmente desvirtuada al ser económicamente ineficiente a la hora de someterlo a su tributación.

De acuerdo con ello, se ha creado en sede tributaria, a fin de alcanzar un cierto grado de neutralidad frente a estas operaciones³, un régimen especial al que éstas

² El concepto de operación de reestructuración empresarial hace referencia a los procesos contemplados por el ordenamiento jurídico que ocasionan una importante modificación en las sociedades, como consecuencia de la reorganización de los elementos del patrimonio empresarial, bienes, derechos y obligaciones.

³ Dicha neutralidad fiscal, según SÁNCHEZ OLIVÁN, J., *Fusión y escisión de sociedades Aportaciones de activos y canje de valores. Cesión global del activo y del pasivo*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2004, pp. 447-453, debe tener su fundamento en que las principales operaciones de reestructuración empresarial (fusiones y escisiones) son, por su propia naturaleza, económicamente neutrales. En efecto, en el caso de las fusiones, salvo en el supuesto de la absorción, las sociedades se extinguen, no produciendo ningún cambio del valor del patrimonio de las sociedades extintas ni el valor de los valores representativos del capital percibidos por los socios. Las operaciones de escisión pueden acogerse a esta línea argumentativa pero en sentido inverso. El sistema fiscal debe permanecer neutral ante este tipo de operaciones, pues no se produce un beneficio en el momento de la realización de la operación, sino en el futuro (no hay plusvalías que puedan beneficiar a nadie dado que las sociedades se extinguen y los valores que ostentan los socios siguen representando a los elementos patrimoniales transmitidos en la misma proporción que tenían con anterioridad). Por otra parte, la neutralidad fiscal frente a las aportaciones de activos y canje de valores responde a una verdadera concesión legislativa, dado que el aportante recibe una contraprestación que puede tener consecuencias fiscales.

puedan acogerse para facilitar el disfrute de los correspondientes beneficios mercantiles sin tener que verse desincentivados por la normativa tributaria⁴.

En efecto, el contexto económico surgido a raíz de la globalización, el cual se caracteriza por una internacionalización de las sociedades y un incremento de su competencia, acentúa los procesos de reestructuración societaria con el objetivo de alcanzar una mayor cuota de mercado, la reducción de costes y un incremento en los beneficios a través de la eficiencia empresarial. Las crisis económicas tampoco son ajenas a los procesos de reestructuración y numerosas empresas se acogen a ellas con el único fin de su supervivencia.

Estas operaciones pueden originar renta entre los sujetos intervinientes, bien derivadas en los incrementos patrimoniales puestos de manifiesto en la transmisión del patrimonio social, o en la variación patrimonial que puedan sufrir las participaciones de los socios de las entidades inmersas en una operación de reestructuración empresarial.

En este contexto, el ordenamiento tributario, con el fin de no ser un obstáculo a las empresas para acceder a los procesos de reestructuración, ha articulado *un régimen especial de tributación* en el IS para las sociedades que decidan llevar a cabo una de estas operaciones. Dicha normativa específica se fundamenta, básicamente, en el diferimiento de la tributación de las plusvalías resultantes y en la valoración de las participaciones y elementos patrimoniales por el mismo valor que ostentaban con anterioridad⁵, siempre que las sociedades en cuestión cumplan los requisitos establecidos en la normativa tributaria. Por su parte, se encuentran sometidas al régimen general aquellas operaciones que no cumplan los requisitos exigidos, o bien las empresas que decidan someterse, expresamente, al mismo mediante renuncia expresa.

⁴ RUIZ BAÑA, M^a. L., «Las operaciones de reestructuración en la imposición sobre la renta», en *Transmisiones de empresas y modificaciones estructurales de sociedades*, Beneyto Pérez et al. (dir.), Bosch, Barcelona, 2010, p. 237.

⁵ Así, según NAVARRO EGEA, M., *Fiscalidad de la reestructuración empresarial*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 143, «el Fisco no renuncia al gravamen de las posibles plusvalías o minusvalías; tan solo se pospone al momento de su realización efectiva en sede de la entidad adquirente o, en su caso, de los socios».

Siendo esto así, es preciso señalar, desde este instante, que la actual LIS ha introducido algunas novedades respecto al derogado Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades, en relación con las operaciones de reestructuración empresarial.

En este sentido, y hasta la entrada en vigor de la nueva Ley que regula el IS, para el acceso al régimen fiscal especial los sujetos intervinientes debían hacer constar su voluntad en un acuerdo social o en documento público y, además, realizar una comunicación al Ministerio de Economía. En caso contrario, la operación se registraría conforme al régimen general. Por su parte, y ya con la actual LIS, el régimen especial se configura como el principal aplicable y no como un sistema secundario, es decir, los sujetos no tienen que optar por él, se presume que la operación de reestructuración se registrará por la normativa específica, salvo que los sujetos intervinientes renuncien expresamente a su aplicación. Ahora bien, subsiste una comunicación preceptiva para la entidad adquirente, la transmitente o los socios, según los casos, a la Administración tributaria, implicando su no realización la comisión de una infracción tributaria grave que conlleva una sanción de 10.000 euros por cada operación omitida.

Junto a ello, se ha eliminado el tratamiento fiscal del fondo de comercio de fusión que se regulaba en el TRLIS, manteniendo un régimen transitorio para las operaciones efectuadas con anterioridad al 1 de enero de 2015⁶.

Asimismo, se introduce, expresamente y como novedad, la subrogación de la entidad adquirente en las bases imponibles negativas generadas por una rama de actividad, cuando ésta es objeto de transmisión a otra entidad, de manera que las bases imponibles acompañan a la actividad que las ha generado, cualquiera que sea el titular jurídico de la misma.

⁶ Ha de indicarse que no incidiremos a lo largo del presente trabajo en el examen de dicho régimen transitorio, pues nos excederíamos del objeto del mismo.

III. ÁMBITO DE PROTECCIÓN: CONCEPTO Y ASPECTOS OBJETIVOS

1. FUSIÓN

El ordenamiento tributario opta por delimitar las operaciones de *fusión* societaria, por ello, resulta necesario determinar qué supuestos calificados como fusión mercantil no se encuentran incluidos en el régimen especial tributario de las reestructuraciones empresariales contemplado en la LIS, como pudieran ser las fusiones simplificadas, las especiales o los supuestos asimilados.

En este sentido, el artículo 76.1 de la LIS contempla el concepto de fusión, definiéndolo como aquella operación en la que una o varias entidades transmiten en bloque sus patrimonios sociales a otra entidad ya existente, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación o, a una entidad de nueva creación, mediante la atribución a sus socios de valores representativos del capital social de la otra entidad y, en su caso, de una compensación dineraria que no excederá del 10% del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad [apartados a y b del artículo 76.1 de la LIS].

Así, de tal definición podemos destacar las *dos siguientes características*: por un lado, nos encontramos frente a dos tipos de fusiones, la *absorción* (una o varias sociedades se extinguen para pasar a formar parte de otra sociedad constituida con carácter previo a la operación) y la *fusión propia* (dos o más sociedades se extinguen para constituir una nueva sociedad en el transcurso de la operación) y, por otro, debe respetarse la proporción de socios de las sociedades participantes en la operación; de ahí que, la atribución de los valores representativos del capital de la nueva sociedad deban ser proporcionales a los que ostentaran en las sociedades extintas.

De este modo, y con el fin de no mermar los derechos de los socios, viene a preverse la posible compensación dineraria limitada, para aquellos supuestos en los que

la atribución de los valores representativos no pueda ser llevada a cabo de manera proporcional⁷.

Junto a ello, hemos de advertir que, aunque no se prevea específicamente la operación de *fusión inversa* (esto es, cuando la entidad absorbida es la titular de las acciones de la absorbente), consideramos, a tenor de lo indicado por la doctrina y, en las consultas tributarias a la DGT números V0273-15 y V0088-15 de 23 y 14 de enero respectivamente, que a la misma le resulta aplicable el régimen especial ahora analizado⁸.

Por su parte, el apartado c) del artículo 76.1 de la LIS define la denominada *fusión impropia* (operación por medio de la cual una entidad íntegramente participada es absorbida), indicando que la misma tiene lugar cuando una entidad transmite, en el momento de su disolución sin liquidación, el conjunto de su patrimonio social a la entidad que es titular de la totalidad de los valores representativos de su capital social, sin ampliación de capital social, ni atribución de participaciones a los socios de la sociedad dominante.

En relación con la definición, en sede tributaria, de las operaciones de fusión, ha de indicarse que una parte de nuestra doctrina ha considerado que deben encuadrarse, con excepciones en los casos en que la titularidad de los valores representativos pertenecen a una persona física, aquellas operaciones en las que no existe una atribución de valores representativos del capital social, como es el caso de las absorciones por entidades hermanas o gemelas⁹. En estos supuestos calificados como fusión en el

⁷ Puede darse la imposibilidad de atribución proporcional al no contar con un número entero de participaciones sociales (obtenido del cociente resultante de dividir el valor del patrimonio de las sociedades fusionadas entre el valor teórico de la nueva sociedad o la absorbente) a distribuir entre los socios.

⁸ Sobre la inclusión de la fusión inversa en el régimen especial se ha manifestado RUIZ BAÑA, M^a. L., «Las operaciones de reestructuración...», *cit.*, p. 239. Por su parte, la DGT admite las citadas operaciones siempre y cuando «la operación proyectada se realiza en el ámbito mercantil al amparo de lo dispuesto en la Ley 3/2009, y cumple además lo dispuesto en el artículo 76.1 de la LIS, dicha operación podría acogerse al régimen fiscal establecido en el capítulo VII del título VII de la LIS en las condiciones y requisitos exigidos en la misma».

⁹ MENÉNDEZ GARCÍA, G., «Fiscalidad de las operaciones de reestructuración y de la disolución y liquidación de las sociedades mercantiles», en *La Crisis Económica y su Incidencia en el Sistema*

ámbito mercantil, no se produce una atribución de valores representativos del capital a los socios de la sociedad absorbida, dado que la nueva situación patrimonial de la absorbente no varía, en esencia, en relación con el instante anterior a que se produzca tal operación, al encontrarse ambas sociedades participadas directamente por una misma entidad. Por ello, se entiende que el valor de las participaciones del socio en la entidad absorbida incrementa el valor de la participación del mismo socio en la absorbente, realizando una atribución de valores representativos de forma implícita¹⁰.

Por su parte, y para finalizar este punto, cabe señalar, ya en lo que atañe a la operación de *cesión global de activos y pasivos*, que la misma constituye, desde un punto de vista mercantil, una operación autónoma (artículos 81-91 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las sociedades mercantiles), sin embargo, un determinado tipo de cesión de activos y pasivos ha de encuadrarse dentro del concepto tributario de fusión.

En efecto, dicha operación viene a definirse como la que una sociedad transmite en bloque todo su patrimonio a uno, o varios socios, o a terceros a cambio de una contraprestación que no puede consistir en participaciones en el capital social del

Tributario, Chico de la Cámara *et al.* (dir.), Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 160-162; LÓPEZ TELLO, J. y 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», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 25, 2010, pp. 53-58; CALVO VÉRGEZ, J., *Fusiones y escisiones de sociedades, Aspectos prácticos fiscales y contables*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 81-83.

¹⁰ En este sentido, en la Consulta nº V0521-15, de 9 de febrero de 2015 a la DGT, se ha indicado que: «No obstante, en este caso particular en donde las sociedades absorbidas y absorbente están íntegramente participadas por el mismo socio de forma directa (la entidad A), no parece absolutamente necesario que se produzca tal atribución de títulos. En efecto, aun cuando no se produzca esa atribución de valores de la sociedad absorbente, al existir un único socio en la entidad que participa en la operación, la situación patrimonial de éste no varía sustancialmente ya que sigue participando en el mismo patrimonio antes y después de la operación de fusión, con la particularidad de que el valor de la participación en las absorbidas incrementa el valor de la participación tenida en la sociedad absorbente con posterioridad a la fusión, cumpliéndose así la neutralidad requerida en el capítulo VII del título VII de la Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades, para la aplicación del régimen fiscal especial. Por tanto, en un caso como el planteado de fusión entre sociedades íntegramente participadas de forma directa por un mismo socio, aunque no se produzca una atribución de valores al socio de la entidad absorbida, ni un aumento de capital en la sociedad absorbente, la operación planteada podrá aplicar el régimen fiscal especial del capítulo VII del título VII del TRLIS, en la medida en que cumpla los requisitos mercantiles necesarios para ello».

cesionario. Por ello, cuando la entidad absorbente fuera titular del 100% de los valores de la absorbida, esta última podría ceder globalmente su patrimonio de manera que se produciría el mismo efecto que la fusión contemplada en el apartado c) del artículo 76.1 de la LIS. Pese a todo ello, tal idea debe ser desestimada, puesto que la LME, en su artículo 53, prevé expresamente esta situación bajo la denominación de operación asimilada a la fusión.

2. ESCISIÓN

Una vez examinado el concepto de fusión en el ámbito tributario, es el momento de pasar a analizar, a continuación, las operaciones de *escisión*, diferenciando a tal fin la *escisión total* de la *escisión parcial*.

2.1 Escisión total

Comenzando por la primera de dichas operaciones, el artículo 76.2 de la LIS prevé que nos encontraremos frente a una *escisión total* cuando tenga lugar la extinción de la sociedad original, siempre que la entidad divida, en dos o más partes, la totalidad de su patrimonio social y los transmita en bloque a otras tantas entidades ya existentes o de nueva creación, como consecuencia de su disolución sin liquidación, atribuyendo a los socios, proporcionalmente, valores representativos del capital social de las entidades adquirentes y, en su caso, una compensación en dinero con el mismo límite que el enunciado para las operaciones de fusión [artículo 76.2 a) de la LIS].

Siendo esto así, cabe señalar que la atribución de valores debe realizarse proporcionalmente, constituyendo un importante requisito que deben respetar las escisiones que pretenden acogerse al régimen especial de la LIS. En este sentido, consideramos que una escisión en la que no se respete la atribución proporcional de valores representativos del capital social de las nuevas empresas a la cuota que los socios mantenían en la sociedad original, no puede acogerse a dicho régimen especial, salvo que los patrimonios adquiridos constituyan una rama de actividad¹¹. Tal previsión

¹¹ Consulta tributaria a la DGT nº V0306-15.

pretende evitar que, bajo la figura de la escisión, se intenten encubrir otras operaciones como podría ser una posible liquidación o separación de socios.

2.2 Escisión parcial

Por su parte, nos encontramos frente a una *escisión parcial* cuando una entidad transmite una o varias fracciones patrimoniales, que constituyan una rama de actividad, a una o varias entidades, a cambio de la atribución a los socios de la entidad que se escinde de valores representativos del capital social de la entidad adquirente y, en su caso, una compensación dineraria, procediendo la entidad que se escinde a la reducción de su capital social y de las reservas en la cuantía necesaria para llevar a cabo la operación [artículo 76.2 b) de la LIS].

Es necesario precisar que, para que la operación pueda acogerse a tal régimen, el patrimonio restante que resulte de la transmisión a otra sociedad debe ser suficiente para que pueda ser considerado como rama de actividad en la sociedad escindida.

Asimismo, el apartado c) del precepto citado dos párrafos más atrás, contempla como escisión la segregación de una parte del patrimonio social, aunque la misma no constituya una rama de actividad, sino participaciones en el capital de entidades diferentes en las que ostenta la mayoría del capital, y que son adquiridos por otras entidades a cambio de valores representativos del capital social de estas últimas que deberán ser asignados a los socios en proporción a sus respectivas participaciones y reduciendo su capital social y reservas, en la medida en que sea necesario para llevar a cabo la operación.

En los casos en que existan dos o más entidades adquirentes, la atribución a los socios de la entidad escindida de valores representativos del capital social en proporción distinta a la que tenían en la sociedad original, requerirá que las fracciones transmitidas constituyan una rama de actividad, como prevé el artículo 76.2.2º de la LIS, para que la operación se vea protegida por el régimen especial del IS.

En relación con esta cuestión, es preciso señalar que, para que una escisión se viera amparada por el susodicho régimen especial, los socios de la entidad escindida

deberían ser objeto de retribución de tantas proporciones de participaciones como entidades se hubieran beneficiado de la escisión, para cumplir con el requisito de la proporcionalidad¹². Ahora bien, atendiendo precepto citado *ut supra*, la referida operación se entendería amparada bajo el régimen especial, siempre y cuando el patrimonio escindido constituyera en las sociedades escindidas y en las beneficiarias una rama de actividad.

3. APORTACIÓN NO DINERARIA

3.1 Rama de actividad

El apartado cuarto del artículo 76 de la LIS hace referencia al concepto de *rama de actividad*, requisito necesario para que determinadas operaciones societarias puedan acogerse al régimen especial de reestructuración empresarial de la LIS. En este sentido, puede definirse como rama de actividad al «conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios».

Por su parte, el artículo 76.3 de la LIS se encarga de definir la aportación no dineraria de rama de actividad como aquella operación por la cual una entidad aporta, sin ser disuelta, a otra entidad, ya existente o de nueva creación, la totalidad de una o más ramas de actividad, recibiendo a cambio valores representativos del capital social de la entidad adquirente.

Así, las principales notas que la diferencian de las anteriores operaciones de reestructuración analizadas son que la sociedad que realiza la aportación de la rama de actividad no precisa que el patrimonio resultante tras la aportación constituya rama de actividad. Además, la atribución del capital social de la entidad adquirente corresponde

¹² De este modo, y a modo de ejemplo, cabe señalar que si la Sociedad escindida A, formada por dos socios X y Z, cada uno con propiedad del 50% del capital de A, da lugar a dos sociedades: B en la que ostentará el 100% de su capital social X y C en la que hará lo propio el socio Z. En este supuesto, en caso de aplicación del artículo 76.2 de la LIS, la operación no se encuadraría en el régimen especial al no ser una atribución proporcional, puesto que deberían ostentar ambos socios el 50% de cada una de las sociedades.

a la sociedad aportante y no a los socios de ésta, dado que no implica una reducción del capital social de la entidad.

Asimismo, resulta necesario precisar que la sociedad aportante puede elegir si en la transmisión de la rama de actividad, van anejas las deudas contraídas para la organización y funcionamiento de los bienes y derechos que se traspasan, tal y como establece el artículo 76.4 de la LIS.

Por último, me parece interesante apuntar que la operación de *segregación* puede encontrar su protección bajo el régimen de la aportación no dineraria de rama de actividad, pese a ser calificada como una escisión en el ámbito mercantil¹³.

3.2 Aportaciones no dinerarias especiales

Junto a lo anterior, y siquiera de una forma breve, ha de hacerse referencia al artículo 87 de la LIS, el cual contempla las *aportaciones no dinerarias especiales*, es decir, en las que no se transmite una rama de actividad. Dichas aportaciones no dinerarias podrán someterse al referido régimen especial cuando concurren ciertos requisitos, los cuales serán analizados en un momento ulterior, distinguiendo entre si el sujeto aportante es un contribuyente del IRPF o del IS.

4. CANJE DE VALORES

Pasando ya a examinar las operaciones de *canje de valores*, las mismas son aquellas operaciones en las que una entidad (que será la dominante) adquiere una participación en el capital social de otra (dominada) que le permita obtener la mayoría de los derechos de voto en ella, o una mayor participación mediante la atribución a los socios de la segunda entidad de valores representativos del capital social de la sociedad dominante y, en su caso, la correspondiente compensación dineraria nombrada en las operaciones anteriores [artículo 76.5 de la LIS].

¹³ Consultas tributarias a la DGT números V0170-15 y V0319-15.

Como especialidad de esta operación puede destacarse la no intervención de la sociedad dominada, dado que el intercambio de valores se produce entre la sociedad dominante y los socios de aquélla.

5. OPERACIONES ANÁLOGAS DE OTROS SUJETOS DEL IS Y CAMBIO DE DOMICILIO SOCIAL DE SOCIEDADES EUROPEAS

A título informativo, y con la finalidad de analizar exhaustivamente el artículo 76 de la LIS dedicado a las definiciones de las operaciones de reestructuración social, considero conveniente realizar una breve referencia a las operaciones análogas de otros sujetos del IS y al cambio de domicilio social de las sociedades europeas, las cuales, empero, no serán analizadas en este trabajo por exceder de los límites propuestos en el mismo.

Así, el artículo 76.6 de la LIS establece que determinadas operaciones de sujetos que no ostentan la forma jurídica de sociedad mercantil pero son contribuyentes del IS se encuentran sujetas al régimen especial, siempre que presenten unos resultados equivalentes a las operaciones antes enunciadas, como, por ejemplo, una asociación sin fines lucrativos que realiza una aportación no dineraria de rama de actividad o una absorción entre IIC¹⁴.

Por su parte, el artículo 76.7 de la LIS contempla que el régimen especial de las reestructuraciones societarias es de aplicación a las operaciones de cambio de domicilio social de una sociedad europea de un Estado miembro a otro de la UE.

¹⁴ Consultas tributarias a la DGT números V0570-15 y V0110-15.

IV. LA FISCALIDAD DE LAS OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL EN EL IMPUESTO DE SOCIEDADES

1. CUESTIONES GENERALES

Una vez efectuado lo anterior, es el momento de abordar, a continuación, la *fiscalidad* de las operaciones de reestructuración empresarial, indicando, en primer lugar, que el acceso al régimen especial se producirá cuando se realice una operación contemplada en los artículos 76 y 87 de la LIS, además, para ello, la operación debe tener una motivación económica válida, no entendiéndose como tal la que busque el fraude o evasión fiscal, sin perjuicio de la renuncia a la que pueden optar las empresas que deseen tributar con arreglo al régimen general.

Los principales efectos que diferencian al régimen especial del general consisten en un diferimiento de la tributación de la renta que pudiera generarse con ocasión de la realización de una operación de reestructuración, y en la inmutabilidad del valor fiscal de los valores o elementos transmitidos, así como, de su fecha de adquisición, efectos estos que serán analizados en sede de cada operación de reestructuración empresarial.

2. SUPUESTOS EXCLUIDOS: EXISTENCIA DE MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS

El establecimiento de un régimen de neutralidad fiscal se concibe con el objetivo de no desincentivar la realización de operaciones de reestructuración societarias, pero sólo de las que respondan a la existencia de motivos económicos válidos. Sin embargo, aquellas operaciones que son realizadas con el mero objetivo de la evasión o fraude fiscal, no pueden ser protegidas por el presente régimen; por ello, dicha operación, además de cumplir los requisitos analizados previamente para ser considerada una reestructuración empresarial a efectos tributarios, debe responder a un *motivo económico válido*.

Siendo esto así, podemos entender, como operaciones que responden a la existencia de motivos económicos válidos, aquéllas en las que trata de aumentarse la competitividad de las empresas mediante la reducción de costes o aumento de ingresos

no fundamentados en una tributación menor o nula¹⁵. De este modo, podrá concluirse que existen indicios de fraude o evasión fiscal cuando se produzca una reducción de los impuestos a ingresar con ocasión de la realización de la operación de reestructuración societaria.

Ahora bien, según CALVO VÉRGEZ existirán indicios de fraude o evasión fiscal cuando «la operación de fusión o asimilada que se realice, ya sea por sí sola o en unión con otras, determine la evitación total o parcial de la realización del hecho imponible o la minoración de la base o de la deuda tributaria, o bien la realización de actos o negocios jurídicos caracterizados por la existencia de simulación»¹⁶; por tanto, y, en opinión del citado autor, cuando tenga lugar una minoración en los impuestos a pagar, como consecuencia de una operación de reestructuración empresarial, ello no conlleva, por sí misma, la existencia de un fraude o evasión fiscal. Se precisa, por tanto, un ánimo defraudatorio, entendiéndose por tal la evitación de la realización del hecho imponible, la minoración de la deuda tributaria o la realización de actos simulados.

De acuerdo con ello, y en el caso de que la operación de reestructuración respondiera a motivos económicos válidos (por ejemplo un aumento en la cuota de mercado de dos sociedades competidoras logrado a través de su fusión) y, la forma jurídica de la sociedad o el sometimiento a un régimen especial determinaran una menor tributación, la operación podría acogerse al régimen especial. Así pues, cuando el proceso no se realice con el único objetivo de mejorar su economía con la reducción de impuestos, sino que imperase un motivo económico mayor (la consecución de una mejor cuota de mercado), se excluye la existencia de un ánimo defraudatorio entre los sujetos intervinientes.

Una operación de especial controversia entre la jurisprudencia y la doctrina es la conocida como *fusión apalancada*, esto es, cuando se constituye una sociedad inactiva con la finalidad de que adquiera la totalidad o la mayoría de los valores representativos

¹⁵ RUIZ BAÑA, M^a. L., «Las operaciones de reestructuración...», *cit.*, pp. 270-272.

¹⁶ CALVO VÉRGEZ, J., *Fusiones y escisiones de sociedades... cit.*, pp. 532-533.

de otra sociedad con el fin de, con posterioridad, realizar una fusión impropia y comenzar a realizar la actividad de la sociedad absorbida. Tales operaciones pueden encuadrarse en el régimen especial en opinión de una parte de la doctrina, al considerarse que concurren motivos económicos válidos si la operación se contempla desde un punto de vista global y no desde la operación de absorción en concreto¹⁷. Sin embargo, nuestros tribunales, opinión a la que me sumo¹⁸, han considerado que la operación no puede encuadrarse en el régimen especial al no concurrir motivos económicos válidos, y ello en la medida en que la entidad creada se endeuda con el fin de adquirir los valores representativos de la sociedad operativa y, posteriormente, la deuda es amortizada con el activo (que procede íntegramente de la sociedad adquirida) de la nueva sociedad resultante de la fusión¹⁹.

El problema que se suscita es ¿qué podemos considerar por motivo económico válido? Como hemos observado, no podemos dar una definición precisa de tal concepto, sin embargo, la doctrina administrativa de la DGT, a través de las respuestas vinculantes a las consultas que se le formulan, ha ido admitiendo numerosos motivos que pueden considerarse económicamente válidos. Dichos motivos pueden servir de orientación para la determinación de la existencia de motivos económicos válidos en otros supuestos similares, sin embargo, entendemos que es preciso analizar cada operación concreta para determinar la validez de aquéllos.

¹⁷ CALVO VÉRGEZ, J., *Fusiones y escisiones de sociedades... cit.*, pp. 83-94; DOCE, S. y NADAL, G., «¿Es viable la neutralidad fiscal en las fusiones apalancadas?», en *Actualidad Jurídica*, Aranzadi, nº 865, 2013; FALCÓN Y TELLA, R., «Tratamiento fiscal de las fusiones posteriores a una adquisición apalancada (*leveraged buyout*): SAN 16 octubre 2013», en *Revista Quincena Fiscal*, Aranzadi, nº 3, 2014.

¹⁸ A mi modo de ver, una fusión apalancada no debería resultar protegida por el régimen especial, y ello aunque es cierto que dicha operación es válida a efectos mercantiles, la motivación de tal operación persigue, a mi juicio, un ánimo defraudatorio fiscal. En efecto, puede alegarse la concurrencia de motivos económicos válidos en tal operación, como pudieran ser la simplificación organizativa o la reducción de costes, sin embargo, dichos fundamentos concurren en todas las operaciones de fusión y, aunque son admitidos por la DGT en ciertos supuestos concretos, no deberían ser aceptados en una fusión apalancada. Ciertamente, una operación de reestructuración debe contemplarse desde un punto de vista global y no concreto, de acuerdo a ello, puede determinarse que la operación responde a un fraude fiscal que encubre la adquisición indirecta de una empresa en funcionamiento a través de una persona jurídica interpuesta que no va a realizar por sí misma, hasta la consumación de la absorción, una actividad económica.

¹⁹ SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 31 de enero de 2013 y STS de 25 de abril de 2013.

En efecto, la principal consecuencia de la amplitud del concepto de motivo económico válido es el aluvión de consultas tributarias vinculantes que debe contestar la Administración. Así, viene siendo habitual que los sujetos intervinientes en una operación de reestructuración, antes de llevarla a cabo, sometan el proceso que pretenden efectuar a una consulta a la Administración tributaria para que manifieste su opinión sobre si tal operación puede ser encuadrada dentro del régimen especial. Como simple dato, a principios de abril de 2015, de las 97 consultas tributarias vinculantes llevadas a cabo en relación con la nueva LIS, 77 resoluciones hacen referencia al concepto de «motivos económicos válidos». Esta estadística puede llevarnos a reflexionar sobre la ambigüedad del concepto que quizás podría ser desarrollado de una manera más precisa y ahorrar los recursos empleados por la DGT y dotar de mayor seguridad jurídica a los sujetos intervinientes que no deseen realizar una consulta previa a la Administración tributaria.

En este sentido, cabe destacar que la DGT ha reconocido ciertos supuestos de inaplicación parcial del régimen especial. Así, en determinadas ocasiones se dan casos en que desde un punto de vista global las operaciones societarias revisten todos los caracteres preceptivos exigidos por el ordenamiento tributario para acogerse al régimen especial, sin embargo, desde un punto de vista particular, tales operaciones encuadradas dentro de las globales (fusión o escisión) pueden suscitar dudas de si revisten motivos económicos válidos o si concurre fraude fiscal. Para ello, la DGT ha venido adoptando el criterio de una *actuación proporcionada* respecto a estas operaciones para que se aplique, de una manera efectiva, el régimen tributario especial. En dichos supuestos, la Administración permite aplicar el régimen beneficioso de manera parcial, es decir, sólo a aquellas operaciones en las que se corrobora la existencia de motivos económicos válidos o ausencia de fraude fiscal y aplicando el régimen tributario general para aquellas operaciones que no revistan estos caracteres.

Por su parte, el artículo 89.2 de la actual LIS viene a prever 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». Con ello, se reconoce,

expresamente, la posibilidad de inaplicar parcialmente las ventajas fiscales contempladas en el régimen especial a concretas operaciones dentro de un proceso global, que no pudieran responder a motivos económicos válidos.

A este respecto, cabe señalar que la principal consecuencia de llevar a cabo una operación de reestructuración que se ha acogido al régimen especial, sin presentar motivos económicos válidos, es que en caso de que la Administración tributaria, en el transcurso de sus actuaciones de comprobación, lo determinara se produciría la inaplicación total o parcial del régimen especial por la inexistencia de motivos económicos válidos y se eliminarían los efectos de las ventajas fiscales, perdiendo el derecho a la aplicación del régimen especial por parte de las sociedades intervinientes.

Ya para finalizar, realizaré una mera enumeración, a modo de ejemplo, de algunos de los motivos económicos reconocidos como válidos por la DGT desde la entrada en vigor de la actual LIS, en sede de cada tipo de operación de reestructuración societaria.

Fusión: aprovechar la experiencia en el desarrollo de la actividad de construcción de edificaciones de la sociedad absorbida, utilizando al mismo tiempo la marca y posición financiera de la sociedad absorbente; lograr una mayor eficiencia y eficacia en la gestión del negocio a través de la simplificación de la estructura societaria del grupo; integrar negocios análogos y complementarios, con el consiguiente aprovechamiento de economías de escala y sinergias así como mejorar la capacidad comercial y de negocios frente a terceros²⁰.

Escisión: especialización en la creación de programas informáticos y posterior distribución, dando entrada en el capital a nuevos socios con experiencia profesional; proteger los beneficios pasados, materializados en activos financieros y tesorería, del posible deterioro futuro de su actividad; separar dos actividades tan dispares como la

²⁰ Consultas a la DGT números V0309-15, V0311-15 y V0320-15.

inmobiliaria y la profesional y obtener una mejor racionalización tanto desde el punto de vista económico como organizativo²¹.

Aportación no dineraria: optimizar los recursos del grupo y unir estructuras comerciales y productivas; centralizar la dirección y gestión de participaciones sociales; dotar de una mayor solvencia financiera, efectuar adquisiciones conjuntas de nuevas empresas y apoyar financieramente a las existentes²².

Canje de valores: facilitar el relevo generacional y las relaciones futuras entre los hijos del matrimonio, participantes en una de las empresas; integrar y aglutinar en una única sociedad los activos e inversiones, convirtiéndola en una sociedad holding; conseguir una imagen empresarial fuerte y solvente del grupo²³.

3. LA SUBROGACIÓN DE DERECHOS Y OBLIGACIONES TRIBUTARIAS

En los supuestos en los que cualquier operación de reestructuración empresarial implique una *sucesión a título universal*, van a transmitirse a la entidad adquirente los derechos y obligaciones tributarias de la sociedad transmitente. En este sentido, las operaciones de fusión y las de escisión podrán beneficiarse de los efectos de una sucesión a título universal²⁴.

Siendo esto así, será la entidad adquirente la encargada de cumplir con los requisitos necesarios para poder seguir disfrutando de los beneficios fiscales de la

²¹ Consultas a la DGT números V0166-15, V0431-15 y V0439-15.

²² Consultas a la DGT números V0267-15, V0322-15 y V0514-15.

²³ Consultas a la DGT números V0167-15, V0168-15 y V0519-15.

²⁴ Así, es necesario diferenciar entre una operación de fusión y una de escisión: LÓPEZ MELENDO, J., *La operación societaria de escisión y su régimen fiscal*, Comares, Granada, 2002, pp. 36-42 y 287-292, «en el caso de la fusión, resulta evidente que desde un punto de vista material existe una sociedad que sucede a otra en la totalidad de sus derechos y obligaciones [...], sin embargo, esta coincidencia no se manifiesta en la escisión. La escisión, como consecuencia de su propia configuración como operación societaria, jamás puede implicar desde una perspectiva material la adquisición de la totalidad de un patrimonio por otra sociedad, porque de ser esto así dicha operación sería cualquier otra cosa menos escisión [...]. Ahora bien, cuestión diferente es si a pesar de ello una operación de escisión puede beneficiarse de los efectos jurídicos característicos de una sucesión universal. La respuesta es afirmativa».

entidad transmitente (por ejemplo, ciertas deducciones). Además, según el artículo 1.9 del Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, deberá mantenerse, por parte de la empresa adquirente, el sistema de amortizaciones que era llevado a cabo por la transmitente, salvo si la adquirente realiza un plan de amortización específico para los elementos patrimoniales que le han sido transmitidos. Junto a ello, viene a preverse, expresamente, la transmisión de las bases imponibles negativas pendientes de compensación a la entidad adquirente, en los supuestos en que se produzca una sucesión universal (la transmitente se extingue) o parcial (transmisión de una rama de actividad). En este último caso, se transmiten las bases imponibles negativas generadas únicamente por la rama aportada.

En relación con esta cuestión he de señalar que dicha previsión es una novedad de la actual LIS ya que, en el derogado TRLIS no se admitía la compensación de bases imponibles negativas en los supuestos en los que la entidad transmitente no se extinguía, de manera que tal compensación correspondía, única y exclusivamente, a la entidad que la generaba.

4. FUSIONES Y ESCISIONES

4.1 Entidades transmitentes

El artículo 77 de la LIS comienza a exponer las ventajas fiscales a las que pueden acogerse las sociedades absorbidas o escindidas que realizan una operación de reestructuración sujeta al régimen especial del IS.

Así, la primera particularidad es que la renta que pudiera producirse con ocasión de la realización de una de estas operaciones (diferencia entre el valor fiscal y el de transmisión) no se integrará en la base imponible del IS de la *sociedad transmitente*. Por tanto, dicho diferimiento del gravamen del IS queda consumado al trasladar la valoración contable de la entidad transmitente a la adquirente, de manera que en la transmisión no se pone de manifiesto renta alguna. Sin embargo, para que pueda darse tal diferimiento de tributación deben cumplirse ciertos requisitos previstos en los apartados a) al e) del precepto arriba indicado.

En relación con esta cuestión, es preciso señalar que la finalidad del diferimiento es asegurar la neutralidad del ordenamiento tributario frente a las figuras de reestructuración societaria, así, pretende gravar las rentas que se hubieran puesto de manifiesto en el momento de la operación societaria, trasladando su gravamen a un momento posterior, de manera que el coste tributario no paralice la realización de la operación. Para asegurar que el ordenamiento tributario grave la futura operación, se prevén dichos requisitos, puesto que, si no se cumplen la transmisión no puede acogerse a tal diferimiento y es gravada en el momento en que se produce, integrándose en la base imponible de la sociedad transmitente.

De este modo, viene a establecerse que no podrán acogerse al régimen de diferimiento las entidades transmitentes cuando las entidades adquirentes se encuentren exentas del IS o se sometan al régimen de atribución de rentas. Además, en el caso de que la entidad adquirente estuviera sometida a un tipo de gravamen diferente al de la transmitente, la parte de renta, calculada de forma lineal, que correspondiera a la presente transmisión sería gravada en el futuro con el tipo de gravamen de la entidad transmitente. Por otra parte, hay que tener en cuenta que no sólo pueden intervenir en la operación sujetos nacionales, de manera que el régimen especial debe establecer unos requisitos adicionales de acceso a las entidades intervinientes para que efectivamente la renta sea gravada en España, si es necesario, impidiendo su diferimiento.

Ahora bien, debe precisarse que no se integrarán en la base imponible aquellos bienes y derechos transmitidos por las entidades residentes en territorio español cuando concurra alguna de las siguientes *situaciones*:

- Los bienes y derechos se encuentren situados en España y se afecten a un establecimiento permanente radicado en dicho territorio cuando la entidad adquirente sea extranjera. En caso de que, posteriormente a la realización de la operación de reestructuración se afectaran los elementos patrimoniales a otro establecimiento permanente situado fuera de la UE o del EEE, cesará el efecto del diferimiento y el establecimiento permanente deberá tributar por dichos bienes.

- El establecimiento permanente transmitido radique en un Estado miembro de la UE y la entidad adquirente resida en la UE, en virtud de la Directiva 2009/133/CE.
- El establecimiento permanente transmitido radique en un Estado no miembro de la UE y la entidad adquirente resida en España.

Por otra parte, tampoco se integrarán en la base imponible los bienes y derechos transmitidos por una entidad no residente en territorio español cuando:

- El establecimiento permanente transmitido se encuentre en España y los elementos transmitidos se afecten a un establecimiento permanente radicado en dicho territorio cuando la entidad adquirente sea extranjera.
- Las participaciones de entidades radicadas en territorio español transmitidas cuando la sociedad adquirente se encuentre situada en el mismo territorio que la transmitente o en un Estado miembro de la UE, con ciertas especialidades (Directiva 2009/133/CE).

Ya para finalizar, ha de indicarse que el régimen del no diferimiento puede renunciarse por aquellas entidades que deseen tributar por la renta que se pone de manifiesto con la transmisión en el momento presente, aplicando el régimen general. Para ello, bastará con integrar en su base imponible aquellos elementos que no deseen someter a diferimiento, no teniendo que ser la totalidad, pudiendo la sociedad elegir entre qué elementos patrimoniales diferir su gravamen a un momento posterior en el tiempo. En tal caso, las entidades transmitentes deberían tributar, según el artículo 17.5 de la LIS, por la diferencia entre el valor normal de mercado y el valor fiscal que reflejaran los elementos patrimoniales por los que hubieren deseado tributar²⁵.

²⁵ No será preciso renunciar al gravamen diferido en caso de transmisión de buques o aeronaves por las entidades que se dedican a su explotación, ya que el régimen especial prevé, expresamente, que dichas rentas no podrán ser objeto de diferimiento.

4.2 Entidades adquirentes

Pasando ya a analizar la situación de las *entidades adquirentes*, debe señalarse que la tributación de los elementos transmitidos por parte de la entidad adquirente en un futuro supone la necesidad de establecer un régimen especial de valoración del patrimonio adquirido. Así, el artículo 78 de la LIS establece que los elementos transmitidos se valoran por los mismos valores fiscales que tenían en la entidad transmitente antes de efectuarse la operación, manteniéndose la fecha histórica de adquisición de la entidad transmitente. A estos efectos, es preciso recordar que, si la entidad transmitente optó por renunciar a la tributación diferida, el valor de dichos bienes, en concreto, si la renuncia fue parcial, no será el histórico sino éste más la plusvalía que se ponga de manifiesto al efectuar la operación societaria y, a su vez, la fecha de adquisición se modificará, pasando a ser sustituida por la fecha en que la operación tenga eficacia mercantil²⁶.

Junto a ello, es preciso destacar la previsión del artículo 82 de la LIS relativa a las operaciones en las que la entidad adquirente participa en el capital de la transmitente o viceversa. Así, si la participación es de, al menos, un 5%, la renta (positiva o negativa) derivada de la anulación de la participación no se integrará en la base imponible de la correspondiente entidad. Por el contrario, si la participación es menor a dicho porcentaje, la renta no puede beneficiarse de tal previsión y se tributará por la diferencia entre el valor de mercado de los elementos patrimoniales de la parte proporcional atribuible a la participación y el valor contable.

4.3 Socios de la entidad transmitente

Efectuado el examen anterior, es el momento de abordar la cuestión relativa a la tributación de los socios en las operaciones de fusión y escisión. A este respecto, el artículo 81 de la LIS prevé un diferimiento en la tributación de las rentas originadas con la atribución de valores de la entidad adquirente a los socios de la transmitente, siendo necesario, a tal fin, que los socios sean residentes de un Estado miembro de la UE o, en

²⁶ La fecha en la que una operación de reestructuración societaria tiene eficacia mercantil ha sido considerada como la fecha del asiento de presentación (STS 21 de mayo de 2012).

su defecto, los valores atribuidos sean representativos de una entidad residente en España.

Se acuerdo con ello, si el socio perdiera su condición de residencia en territorio español en favor de su residencia en un Estado no miembro de la UE o del EEE, cesaría el diferimiento de la tributación y vendría obligado a declarar la renta objeto del diferimiento, sin perjuicio de la posibilidad de solicitar la devolución de los importes pagados en caso de recuperación de la condición de contribuyente en el IS o en el IRPF, siempre que los valores objeto de diferimiento permanezcan en su patrimonio.

Siendo esto así, el diferimiento de la tributación tiene como consecuencia la necesidad de estimar los valores recibidos por el mismo valor fiscal que tenían en la entidad transmitente, con el consecuente aumento o disminución en el importe de la compensación dineraria complementaria percibida. La fecha de adquisición de tales valores será la de los títulos anulados; sin embargo, en caso de no aplicarse el régimen especial, los socios contribuyentes del IS deben integrar en su base imponible la diferencia entre el valor de mercado de la participación recibida y el valor fiscal de la anulada (artículo 17.9 LIS), mientras que los socios contribuyentes del IRPF deberán integrar la diferencia entre el valor de adquisición de los títulos, derechos o valores representativos de la participación del socio y el valor de mercado de los títulos, numerario o derechos recibidos o el valor de mercado de los entregados [artículo 37.1 e) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas], teniendo en cuenta que, en caso de aplicación del régimen general, los valores tendrán como fecha de adquisición la fecha de realización de la correspondiente operación.

5. APORTACIONES NO DINERARIAS

Pasando ya a analizar las *aportaciones no dinerarias* es el artículo 79 de la LIS el que prevé un diferimiento de la tributación de la renta que pueda manifestarse al realizar la correspondiente aportación. Por ello, las acciones o participaciones recibidas por la entidad transmitente, en contraprestación por la aportación no dineraria transferida, deben ser valoradas por el mismo valor fiscal que tenía ésta, sin perjuicio de

la renuncia a la aplicación de este régimen expuesta anteriormente, mediante la cual la valoración se realizará de acuerdo a las reglas generales, es decir, en caso de que el aportante sea un contribuyente del IS, integrará en su base imponible la diferencia entre el valor de mercado de los elementos transmitidos y su valor fiscal (artículo 17.5 LIS).

Por otra parte, si el aportante es contribuyente del IRPF, según el artículo 37.1 d) de la LIRPF, se integrará en la base imponible la diferencia entre el valor de adquisición de los elementos aportados y el mayor valor entre el valor nominal de las participaciones recibidas y las primas de emisión, el valor de cotización de los títulos recibidos en el día de la aportación o el anterior, o el valor de mercado del elemento aportado.

Con el objetivo de evitar la doble imposición que pudiera darse en las aportaciones no dinerarias, el artículo 88 de la LIS prevé, de forma expresa, que los beneficios distribuidos con cargo a las rentas imputables a los bienes aportados y las transmisiones de los elementos recibidos dan derecho a la exención para evitar la doble imposición de dividendos. Así, cabe señalar que tal ventaja fiscal, en caso de una aportación no dineraria especial, podrá ser adoptada por aquellas empresas que cumplan los requisitos enunciados en el artículo 87 de la LIS. En este sentido, vamos a proceder a enunciar cuáles son los *requisitos* para poder disfrutar de aquélla en función de los sujetos que realizan la aportación:

Si se trata de un contribuyente del IS:

- La entidad adquirente debe tener su residencia en territorio español o un establecimiento permanente en éste al que afectar los bienes recibidos.
- La aportación debe suponer a la entidad transmitente una participación de, al menos, un 5% en el capital de la entidad adquirente²⁷.

²⁷ Esta previsión no excluye aquellos supuestos en los que el aportante mantiene previamente un porcentaje inferior al 5% en los fondos propios de la entidad y, a raíz de la aportación no dineraria, lo supera.

Por su parte, y en lo que atañe a los contribuyentes del IRPF o IRNR:

- En caso de que la aportación sea de valores representativos de capital, además de los dos requisitos enunciados anteriormente, deberán cumplirse otros criterios específicos recogidos en la LIS:

a) No pueden ser representativos de una agrupación de interés económico, uniones temporales de empresas ni de entidades gestoras de patrimonios mobiliarios o inmobiliarios según el artículo 4.ocho.dos de la Ley 19/1991 del Impuesto sobre el Patrimonio.

b) Deben representar al menos una participación del 5% en los fondos propios de la sociedad.

c) Deben haberse poseído de manera ininterrumpida durante el año inmediatamente anterior.

- En caso de que la aportación fuera de cualquier otro elemento patrimonial, dichos elementos deben estar afectos a una actividad económica en la que se lleve la contabilidad de acuerdo al Código de Comercio o la correspondiente legislación mercantil.

Por último, es conveniente destacar que, en caso de que un contribuyente del IRPF o IRNR realizara una aportación no dineraria de rama de actividad, dicha operación debería sujetarse a los mismos requisitos contemplados para las aportaciones no dinerarias especiales, a la hora de someterla al régimen especial de reestructuración societaria.

6. CANJE DE VALORES

En el artículo 80 de la LIS viene a detallarse el régimen fiscal del *canje de valores* que, al igual que lo previsto en sede de las anteriores operaciones, se concreta en un diferimiento de la tributación de los valores transmitidos al momento en el que éstos sean transferidos a un tercero. Así, y para que los sujetos intervinientes en la

operación de canje de valores puedan acogerse a tal ventaja fiscal, deben cumplirse ciertos *presupuestos* contemplados en la citada norma, a saber:

- Los socios de la entidad dominada deben residir en un Estado miembro de la UE o, en su defecto, los valores recibidos en contraprestación deben corresponder a una entidad con residencia en España.
- La entidad dominante debe ser residente en España o estar comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE.
- Las entidades intervinientes no deben estar domiciliadas o establecidas en territorios calificados como paraísos fiscales.

En tales situaciones, y siempre que los requisitos se cumplan, se producirá el diferimiento de la tributación; de modo que las participaciones que adquiera la entidad dominante serán valoradas por el valor fiscal que tenían en el patrimonio de los socios de la entidad dominada, manteniendo su fecha de adquisición. Asimismo, hay que señalar que las rentas que puedan manifestarse deberán estar sujetas a tributación en territorio español o, en caso contrario, serán valoradas por su valor de mercado y su fecha de adquisición será la correspondiente a la operación del canje. Por su parte, las participaciones recibidas a cambio por los socios de la entidad dominada mantienen la valoración de las participaciones que tenían en su patrimonio, sin perjuicio de su aumento o disminución en caso de que medie una compensación dineraria.

Junto a lo anterior, es preciso indicar que, en caso de que un socio perdiera la condición de residente en España y las participaciones no resultaran afectas a un establecimiento permanente en territorio español, la diferencia entre el valor de mercado y el calculado conforme al párrafo anterior se integrará en la última base imponible que haya de ser abonada por el socio. La cesación del diferimiento de la tributación se aplicará salvo que se cumpla alguna de las excepciones contempladas en la LIS, siempre que el socio adquiera la residencia en un Estado miembro de la UE o del EEE. Además, cuando el socio recupere la condición de contribuyente del IS o del IRPF, puede solicitar la devolución de las cantidades ingresadas correspondientes a las ganancias

patrimoniales declaradas con arreglo al cambio de residencia. Así, la recuperación del diferimiento fiscal se producirá siempre que los valores permanezcan en el patrimonio del socio.

Por su parte, y en el caso que no fuera de aplicación el régimen especial de la LIS, los socios contribuyentes del IS deberán integrar en su base imponible, según el artículo 17.5 de dicha norma, la diferencia entre el valor de mercado de los elementos adquiridos y el valor fiscal de los entregados. Ahora bien, los contribuyentes del IRPF deberían integrar en su base imponible, a tenor del artículo 37.1 h) de la LIRPF, la diferencia entre el valor de adquisición del valor cedido y el mayor valor entre el valor de mercado de la participación entregada o de la que se recibe a cambio.

7. OBLIGACIONES FORMALES

En lo que atañe ya a las *obligaciones formales*, es el artículo 86 de la LIS el que se encarga de enunciar ciertas obligaciones contables que deben llevar a cabo las entidades inmersas en una operación de reestructuración empresarial. Dichas obligaciones responden a la necesidad de determinar qué elementos no han sido objeto de tributación en el momento de la realización de la correspondiente operación, lo cual va a determinar la vinculación a la posterior transmisión que las empresas hagan de los elementos beneficiados por el régimen especial. Todo ello, con el objetivo de que la tributación diferida se lleve a cabo de una manera efectiva, es decir, aplicando los mismos datos con los que se hubiera debido practicar en el momento de la realización de la operación de reestructuración.

En consecuencia, las entidades adquirentes deben incluir en su memoria anual, en la medida en que las sociedades transmitentes no hayan renunciado a la aplicación del régimen especial, ciertos datos relativos a estas últimas sociedades (tales como, el periodo impositivo de adquisición de los elementos transmitidos, su último balance o los beneficios fiscales disfrutados). Por su parte, las entidades transmitentes se encuentran obligadas a comunicar todos aquellos datos que las adquirentes deban incluir en sus respectivas memorias.

Junto a ello, debe señalarse que, los socios (personas jurídicas que realizan una operación de canje de valores), también deben reflejar ciertos datos en sus memorias anuales, como son: el valor contable y fiscal de los valores entregados y el valor por el que se contabilizan los valores recibidos.

A este respecto, hay que tener en cuenta que todos estos datos se deberán reflejar, tanto por las personas jurídicas participantes, como por las entidades adquirentes, en sus respectivas memorias mientras permanezcan en su inventario los valores o elementos patrimoniales adquiridos o cuando deban cumplirse los requisitos derivados de los incentivos fiscales disfrutados por la entidad transmitente. Ahora bien, dicha referencia podrá ser sustituida, en las posteriores memorias anuales, por la indicación de su constancia en la primera memoria aprobada tras la operación de reestructuración.

Ya para finalizar, sólo resta indicar que el incumplimiento de cualesquiera de estas obligaciones implica la comisión de una *infracción tributaria* específica grave, siendo su sanción una multa pecuniaria de 1.000 euros por cada dato omitido en los cuatro primeros años y de 5.000 euros por cada dato omitido en los ejercicios posteriores, con los límites establecidos en la LIS. En relación con la cuantía de la sanción, podemos destacar que, respecto al derogado TRLIS, ha sido quintuplicada, dado que, en la anterior legislación, las multas consistían en 200 euros y 1000 euros por cada dato omitido, en los primeros cuatro años y en los posteriores, respectivamente.

V. CONCLUSIONES

I. Las operaciones de reestructuración empresarial se encuentran enormemente condicionadas por el régimen fiscal que rige su tributación.

Como hemos podido observar durante el desarrollo del presente trabajo, las empresas que deseen realizar una operación de reestructuración empresarial pueden regirse, a efectos tributarios, bien por el régimen general de la LIS o, en algunos casos, el de la LIRPF, o bien por el régimen especial previsto, al respecto, en el Capítulo VII del Título VII de la LIS.

II. La principal finalidad de la articulación de un régimen especial que proteja las operaciones de reestructuración empresarial, es evitar que su sometimiento al gravamen general del IS pueda generar un efecto desincentivador para las empresas que decidan llevarlos a cabo. Ahora bien, debemos tener en cuenta que el ordenamiento tributario no fomenta el uso de estas fórmulas, sino que pretende crear una atmósfera de neutralidad frente al fenómeno de la reestructuración, evitando, en todo caso, la posibilidad de que las empresas pudieran acogerse a dicho régimen especial con el fin exclusivo de obtener ventajas fiscales.

Con arreglo a ello, podemos concluir que tal neutralidad fiscal se consigue con la previsión del régimen especial dado que las consecuencias tributarias que se derivan de su aplicación no generan un efecto desincentivador entre los sujetos intervinientes de una operación de reestructuración empresarial. Es preciso destacar que, además, ello se cumple de una manera efectiva gracias a la introducción del diferimiento tributario. Dicha situación plasma, a efectos fiscales, la continuidad de las sociedades extintas o de los elementos patrimoniales transmitidos a través de las entidades adquirentes. No se tributa por los efectos propios de las transmisiones patrimoniales, es decir, se produce una situación asimilada al hecho de que los elementos patrimoniales transmitidos se mantuvieran bajo el patrimonio de los sujetos transmitentes y no se hubiera realizado operación alguna.

De este modo, las rentas que se manifiestan al realizarse la operación no tributan, sino que lo hacen cuando las entidades adquirentes transmiten a un tercero aquellos elementos patrimoniales que se hayan beneficiado del diferimiento o cuando cambien las circunstancias de los sujetos intervinientes, de manera que, en un futuro, el ordenamiento tributario español no pudiera gravar tales rentas.

III. No todas las operaciones de reestructuración pueden acceder al régimen especial tributario. En efecto, algunas operaciones calificadas como de reestructuración empresarial, según el Derecho mercantil, no cumplen los requisitos previstos en el ordenamiento tributario para poder acogerse al régimen fiscal especial y disfrutar de los beneficios previstos en éste. Los procesos de reestructuración se someten al análisis de la concurrencia o no de motivos económicos válidos. Como hemos tenido ocasión de apuntar anteriormente, el control de la existencia o no de motivos económicos válidos es el más conflictivo debido a la ambigüedad del concepto y a la necesidad de realizar un examen pormenorizado de cada operación por parte de la Administración tributaria.

En mi opinión, es necesario precisar de una manera más detallada y concisa el concepto de motivo económico válido, dado que nos encontramos frente a una definición indeterminada en la que se requiere, necesariamente, la intervención de la DGT para su concreción.

IV. En consecuencia, y a mi modo de ver, el régimen especial de las operaciones de reestructuración societarias permite la supervivencia de la actividad económica de empresas que, por sí solas, no podrían continuar en el mercado. Algunos procesos, necesariamente, determinan la extinción de las personas jurídicas que en ellos intervienen, pero no la actividad económica que venían desarrollando.

V. Con todo ello, considero que el régimen especial cumple la función con la que fue concebido. El legislador tributario opta por un sistema en el que la renta no es gravada en el momento presente, sino en un futuro, un sistema en el que se trata de buscar la finalidad extrafiscal, y de no ser un obstáculo a la realización de ciertas operaciones mercantiles con la consecuente merma de ingresos fiscales que ello ocasiona. Así, entiendo que los efectos que se derivan del consiguiente régimen resultan

necesarios para que tanto los sujetos intervinientes no se vean desmotivados a realizar este tipo de operaciones, como para que la Administración tributaria grave efectivamente la renta puesta de manifiesto en los procesos de reestructuración.

VI. BIBLIOGRAFÍA

CALVO VÉRGEZ, J., *Fusiones y escisiones de sociedades, Aspectos prácticos fiscales y contables*, La Ley, Madrid, 2011.

DOCE, S. y NADAL, G., «¿Es viable la neutralidad fiscal en las fusiones apalancadas?», en *Actualidad Jurídica*, Aranzadi, nº 865, 2013.

FALCÓN Y TELLA, R., «Tratamiento fiscal de las fusiones posteriores a una adquisición apalancada (*leveraged buyout*): SAN 16 octubre 2013», en *Revista Quincena Fiscal*, Aranzadi, nº 3, 2014.

LÓPEZ MELENDO, J., *La operación societaria de escisión y su régimen fiscal*, Comares, Granada, 2002.

LÓPEZ TELLO, J. y 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», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 25, 2010.

MENÉNDEZ GARCÍA, G., «Fiscalidad de las operaciones de reestructuración y de la disolución y liquidación de las sociedades mercantiles», en *La Crisis Económica y su Incidencia en el Sistema Tributario*, Chico de la Cámara *et al.* (dir.), Aranzadi, Navarra, 2009.

NAVARRO EGEA, M., *Fiscalidad de la reestructuración empresarial*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

RUIZ BAÑA, M^a. L., «Las operaciones de reestructuración en la imposición sobre la renta», en *Transmisiones de empresas y modificaciones estructurales de sociedades*, Beneyto Pérez *et al.* (dir.), Bosch, Barcelona, 2010.

SÁNCHEZ OLIVÁN, J., *Fusión y escisión de sociedades Aportaciones de activos y canje de valores. Cesión global del activo y del pasivo*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2004.