

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

 JUAN ANTONIO FERNÁNDEZ-VELILLA
Abogado ()*

1. INTRODUCCIÓN

En el lento pero imparable proceso de armonización fiscal en el ámbito de la Unión Europea (UE), la Directiva 90/434/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros (Directiva 90/434)¹, supuso un hito que facilitó, en gran medida, la consecución de los objetivos, identificados como fundamentales en aquel momento, de crear en dicho ámbito de la unión Europea condiciones análogas a las de un mercado interior que eliminaran las restricciones, desventajas o distorsiones que las legislaciones de los distintos Estados miembros imponían, obstaculizando la realización de las operaciones a las que la citada Directiva hace referencia.

Con ese fin, la Directiva 90/434 estableció un régimen fiscal aplicable a las operaciones de reestructuración empresarial citadas, realizadas entre sociedades de diferentes Estados miembros, basado, fundamen-

talmente, en dos principios: (i) el principio de neutralidad fiscal; y (ii) el principio de ausencia de intervención administrativa. Nos detendremos en el examen de estos principios más adelante.

No obstante lo anterior, la experiencia inmediata derivada de las innumerables operaciones de reestructuración empresarial, que al amparo de la Directiva 90/434 se pusieron en marcha en la Unión Europea, permitió constatar, por una parte, la bondad y el acierto generales de las medidas adoptadas en favor de crear el marco fiscal más oportuno para permitir la creación de grandes empresas europeas capaces de competir en mejores condiciones con multinacionales de otras latitudes (fundamentalmente Estados Unidos y Japón)² y, por otra parte, la existencia de imperfecciones y lagunas normativas en el contenido de la Directiva 90/434, que necesariamente debían ser objeto de corrección.

Así, muy pronto, en 1993, la Comisión Europea («la Comisión») adoptó una propuesta de modificación de la Directiva 90/434³, cuyo alcance, no obstante, era más bien limitado.

(*) Del Departamento de Derecho Tributario, Oficina de Barcelona, de Uría & Menéndez.

¹ 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 canje de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros (DOCE L 225, de 20 de agosto de 1990).

² Recuérdense a estos efectos las facilidades fiscales previstas en la legislación interna americana para permitir la concentración empresarial tanto de empresas nacionales como extranjeras. Véase D.W. Welles y B.L. Gold, «Tax free acquisitions by foreign corporations of US corporations owned by US persons», *Intertax*, núm. 1, 1990, pág. 17.

³ 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 (93) 293 final (DOCE C 225, de 20 de agosto de 1993).

Efectivamente, la Comisión proponía únicamente dos modificaciones: ampliar el ámbito de aplicación de la Directiva 90/434 a todas las empresas que estuvieran sujetas al impuesto de sociedades en sus países de residencia, independientemente de su forma jurídica, y adaptar el concepto de participación y el porcentaje considerado como participación mínima, relativo a determinados supuestos que se analizan más adelante, al establecido en la Directiva 90/435/CEE/ sobre matrices y filiales⁴.

Si bien se sigue avanzando en la deseable supresión de las dificultades que entorpecen la actividad económica transfronteriza en el marco de la Unión Europea, la propia Comisión entiende que el cumplimiento de ese objetivo no se alcanzará en tanto en cuanto no se logre la introducción de una base imponible consolidada común en lo que respecta a las actividades de las empresas en el conjunto de la Unión Europea.

En el ínterin de la consecución de esa, todavía hoy, lejana meta, el legislador comunitario, con un encomiable espíritu práctico, ha decidido «adoptar medidas destinadas específicamente a solventar los problemas prácticos más acuciantes en materia fiscal a que se enfrentan las empresas que operan a escala internacional, entre ellas, todas las que se consideran absolutamente indispensables para mejorar el actual corpus de disposiciones comunitarias relativas a la fiscalidad de las sociedades»⁵.

En este orden de cosas, la Comisión, con fecha 17 de octubre de 2003, ha presentado una propuesta de Directiva del Consejo de modificación de la Directiva 90/434 (la «Propuesta de modificación»)⁶. Esta nueva Propuesta de modificación retoma, entre otros, los contenidos de la Propuesta de modifica-

ción de 1993, anteriormente citada, y supone el último esfuerzo normativo tendente a favorecer los objetivos de armonización fiscal de la imposición directa en la Unión Europea.

Sin embargo, resulta obvio que todo este esfuerzo tendente a eliminar los costes fiscales que entorpecen la realización de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones entre sociedades de los distintos Estados miembros de la Unión Europea, resultarían baldíos sino fueran acompañados de la formulación de un régimen sustantivo para las citadas operaciones transnacionales.

En este sentido, la adopción en 2001 del Estatuto de la Sociedad anónima Europea (SE)⁷ y en 2003 del Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (SCE)⁸ han supuesto un avance en el establecimiento de un marco jurídico que permita dotar de dimensión europea a las empresas y reorganizar su actividad a escala de la Comunidad. Son, pues, normas que coadyuvan a la consecución de los objetivos señalados.

Por último, si bien no será objeto de análisis en este artículo, no puede dejar de hacerse mención a la reciente y, a todas luces, trascendente Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de noviembre de 2003, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capitales, que recoge los principios establecidos en el Estatuto de la SE, completando así, los ya establecidos en la Propuesta de Décima Directiva del Consejo de 13 de diciembre de 1984, relativa a las fusiones transfronterizas de Sociedades Anónimas. La nueva Propuesta amplía el ámbito de aplicación de la de 1984 en un intento de dotar a las empresas de un instrumento jurídico adecuado que les permita realizar fusiones transfronterizas en las mejores condiciones.

⁴ 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* L 225, de 29 de agosto de 1990).

⁵ Exposición de motivos 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.

⁶ COM(2003) 0613 final, de 17 de octubre de 2003.

⁷ Reglamento (CE) 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE) y 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* L 294, de 10 de noviembre de 2001).

⁸ Reglamento (CE) 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (SCE) y Directiva 2003/72/CE del Consejo, de 22 de julio de 2003, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (*DOUE* L 207, de 18.8.2003).

2. LA DIRECTIVA 90/434/: PRINCIPIOS BÁSICOS

Como ya se ha adelantado, la Directiva 90/434 descansa sobre dos principios básicos que inspiran todo su contenido: el principio de neutralidad fiscal y el principio de no intervención administrativa.

2.1. El principio de neutralidad fiscal

El principio de neutralidad fiscal pretende que la realización de las operaciones que conforman el ámbito objetivo de la Directiva 90/434 resulte irrelevante fiscalmente. Es decir, que no se derive de dichas operaciones coste fiscal alguno ni para las empresas involucradas ni para sus socios.

Dicha neutralidad se logra a través de la técnica del diferimiento de los costes derivados de la transmisión de los elementos patrimoniales objeto de las operaciones de reestructuración, de manera que la carga tributaria se traslada a las sociedades adquirentes y no se hará efectiva hasta que las rentas no se materialicen a través de futuras transmisiones realizadas mediante operaciones distintas de las señaladas en la Directiva 90/434.

Este régimen tributario especial, recogido por la Directiva 90/434 puede resumirse, sin perjuicio del desarrollo de alguno de sus extremos que más adelante se aborda, como sigue:

- (i) Las sociedades que como consecuencia de las operaciones de reestructuración empresarial previstas en la Directiva 90/434 transmitan la totalidad o parte de su patrimonio a otras sociedades, no serán gravadas por las posibles rentas obtenidas como consecuencia de dicha transmisión. Conforme a reglas generales, esa transmisión comportaría la obtención de rentas para la sociedad transmitente que se calcularían por la diferencia entre el valor real de los elementos de activo y pasivo transferidos y su valor fiscal⁹ en el momento de realizarse la operación.
- (ii) Sin embargo, las sociedades adquirentes de los elementos de activo y pasivo transferidos deberán valorar estos elementos por el valor fiscal

que tenían en la sociedad transmitente antes de realizarse la operación de reestructuración, de manera que se difiere la imposición sobre las posibles rentas generadas hasta el momento en que dichos elementos sean transmitidos mediante una operación distinta de las previstas en la Directiva 90/434.

- (iii) La misma técnica de diferimiento se utiliza para conseguir la neutralidad de las operaciones en sede de los socios de las sociedades intervinientes, ya que la Directiva establece que las rentas que pudieran generarse como consecuencia del canje de valores que los socios realicen en el ámbito de operaciones de reestructuración (atribución de títulos de la sociedad adquirente a cambio de los representativos de la transmitente) tampoco quedarán sujetas a imposición en el momento del canje, siendo los nuevos títulos valorados por el mismo valor fiscal que tenían los canjeados; de esta suerte se logra un diferimiento de las rentas hasta el momento en que se transmitan los nuevos títulos por mediación de una operación distinta a las contempladas en la Directiva 90/434.
- (iv) En los supuestos en los que entre los elementos transmitidos figure un establecimiento permanente de la sociedad transmitente situado en un Estado miembro distinto del de dicha sociedad, la Directiva 90/434 establece, con el fin de lograr la plena neutralidad fiscal de las operaciones por ella reguladas, que el Estado miembro donde radique el establecimiento permanente renunciará al derecho de imposición que, conforme a reglas generales de tributación, le correspondería sobre las rentas generadas por la transmisión de los elementos afectados a dicho establecimiento permanente.
- (v) Una premisa fundamental impregna el principio de neutralidad y la técnica tributaria ideada para su consecución: los Estados miembros donde residen las sociedades transmitentes que ven diferidas las rentas que generan las transmisiones patrimoniales realizadas, no deben

⁹ La Directiva 90/434 define en su art. 4.1 valor fiscal como «el valor que se habría utilizado para calcular los beneficios o las pérdidas que integrarían la base imponible de un impuesto sobre la renta, los beneficios o las plusvalías de la sociedad transmitente, si dichos elementos de activo y pasivo se hubieran vendido en el momento de la fusión o de la escisión pero al margen de dicha operación».

perder el derecho a gravar dichas rentas en el futuro.

- (vi) Por último, la Directiva 90/434 permite a los Estados miembros establecer normas anti-abuso conforme a las cuales el régimen especial previsto por dicha Directiva no resultaría de aplicación si el principal objetivo —o uno de los principales objetivos de la operación— fuera el fraude o la evasión fiscal.

2.2. El principio de no intervención administrativa

Si bien es cierto que la Directiva 90/434 exigía a los Estados miembros la adopción de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en ella y que, a tal efecto, los Estados miembros podían imponer obligaciones de carácter formal para la aplicación del régimen especial previsto, no es menos cierto que no condicionaba la aplicación de sus disposiciones a ningún tipo de autorización administrativa, posibilidad que iría en contra de la finalidad de favorecer y facilitar la realización de operaciones de reestructuración transfronteriza.

Es este sentido, la realidad normativa de los distintos Estados miembros, previamente a la promulgación de la Directiva, era (y sigue siendo en gran medida) variopinta. Sirva como ejemplo más cercano la normativa española vigente en aquel momento —la Ley 76/1980, de 26 de diciembre, sobre Régimen Fiscal de las Fusiones de Empresas—, que preveía la posibilidad de obtener bonificaciones de hasta el 99% de las rentas generadas como consecuencia de la realización de operaciones de fusión y escisión, pero cuya aplicación requería de la tramitación de un complejo expediente administrativo.

La hoy vigente Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS), que recoge en su Capítulo VIII del Título VIII el régimen especial previsto en la Directiva 90/434 con las particularidades que mas adelante tendremos ocasión de comentar, establece, como requisito para su aplicación y para que las operaciones de reestructuración desplieguen efectos jurídicos, que el sujeto pasivo manifieste su opción por dicho régimen en determinados documentos de obligada cumplimentación y,

por otro lado, exige, como obligación formal, que dichas operaciones sean comunicadas a las autoridades fiscales, concretamente al Ministerio de Hacienda.

Como puede comprobarse, las diferencias entre el régimen que preveía la Ley 78/80 y el actual régimen son notables, pues se pasa de un sistema rogado, en el que se requería autorización administrativa, con el riesgo de arbitrariedad que ello conlleva a la hora de conceder las previstas bonificaciones, a un sistema objetivo y oprotivo, en el que la seguridad jurídica es la principal beneficiaria.

3. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 90/434 EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Antes de entrar en el análisis concreto de las modificaciones a la Directiva 90/434 previstas en la Propuesta de modificación, recordemos que fue la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las normas de las Directivas y Reglamentos comunitarios (Ley 29/91), la que cumplió con la exigencia que, para los distintos Estados miembros, establecía el artículo 12 de la Directiva 90/434, antes reseñada, de poner en vigor «las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva antes de 1 de enero de 1992».

Si bien es verdad que, como señala M. Navarro Egea refiriéndose a las operaciones de fusión, «la adecuación de las normas de la Directiva en el ordenamiento interno español no ha encontrado especiales dificultades en cuanto al reconocimiento de la fusión de sociedades, figura consolidada en nuestra legislación mercantil...»¹⁰, no deja de resultar plausible el esfuerzo y diligencia del legislador español al transponer la Directiva 90/434. Máxime si tomamos en consideración que, como tendremos oportunidad de analizar con más detalle, la Ley 29/91 no se limitó a transponer la Directiva sino que, en palabras de la profesora Navarro Egea, «extiende el régimen tributario de diferimiento en una triple vertiente: espacial, objetiva y subjetiva. Desde la primera vertiente, se observa que, más allá de las operaciones realizadas en el ámbito de la Unión Europea, se aplica a las operaciones nacionales y a

¹⁰ M. Navarro Egea, «La fusión de Sociedades en la Unión Europea a resultas de la Directiva 90/343/CEE», *Rev. Española de Derecho Financiero*, 1999, núm. 101, págs. 95 y ss. (en pág. 101).

las realizadas con entidades de Estados no integrados en la Europa comunitaria. Desde un punto de vista objetivo, excede las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos y canje de acciones, pues se extiende a otras operaciones de reestructuración empresarial que producen efectos equivalentes. Finalmente, desde un punto de vista subjetivo, se aprecia una flexibilidad de los condicionamientos exigidos por la norma comunitaria en relación con los sujetos pasivos que pueden acogerse a este régimen neutral...»¹¹.

Actualmente, es la LIS la que ha incorporado a su texto, en el Capítulo VIII del Título VIII, el régimen fiscal de diferimiento previsto en la Directiva 90/434, sin que puedan apreciarse cambios radicales, en cuanto a los principios inspiradores del régimen, antes citados, respecto de la Ley 29/91.

4. LA PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DE LA DIRECTIVA 90/434: ALGUNOS APUNTES A LA LUZ DE LA VIGENTE NORMATIVA FISCAL ESPAÑOLA SOBRE OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN

4.1. Los motivos de la Propuesta de Modificación

La Exposición de Motivos de la Propuesta de modificación realiza un magnífico y sistemático recorrido por los distintos Consejos Europeos, Comunicaciones de la Comisión y normativa comunitaria en general, que permite apreciar con claridad cuáles han sido los motivos fundamentales que han impulsado a los organismos de la Unión Europea a promover las actuaciones que culminarán en la modificación de la Directiva 90/434. Así, cabe destacar los siguientes hitos en el iter recorrido desde el Consejo Europeo de Lisboa de marzo de 2000 hasta la promulgación de la Propuesta de modificación:

- (i) Consejo Europeo de Lisboa, en el que se establece como objetivo estratégico de la Unión Europea lograr la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo y en el que se insta a implantar un marco general que favorezca la actividad económica en la Unión Europea.

- (ii) Mandato que en julio de 1999 otorga el Consejo de Ministros a la Comisión para que estudie el impacto de las disposiciones fiscales que suponen un obstáculo para las actividades económicas transfronterizas en el mercado interior y posibles medidas correctivas.
- (iii) Comunicación de la Comisión en la que se recogen las conclusiones del estudio de la fiscalidad de las sociedades¹² y se propone una serie de iniciativas concretas para adaptar la fiscalidad de las empresas a las nuevas condiciones económicas y para mejorar la eficacia del mercado interior mediante la eliminación de los obstáculos fiscales internos.
- (iv) Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, de 2001, sobre «Política fiscal en la Unión Europea», que pone de relieve, en materia de fiscalidad de sociedades, que actualmente las reestructuraciones de empresas suelen ir acompañadas de fusiones y adquisiciones transfronterizas que conllevan el pago de impuestos, tanto de forma puntual como recurrente.
- (v) Esta misma Comunicación, tras un exhaustivo análisis de la Directiva 90/434, destacaba la urgencia de proponer, tras celebrar consultas técnicas con los Estados miembros, las modificaciones de las actuales Directivas necesarias para armonizar los impuestos a que están sujetas las sociedades.
- (vi) La adopción de los Estatutos de la SE y de la SCE y, en particular, el hecho de que sus artículos 8 y 7, respectivamente, prevean la posibilidad de trasladar el domicilio social de estas sociedades de un Estado miembro a otro, aconsejan la adopción de medidas que impidan obstaculizar dicho traslado mediante normas fiscales de los Estados miembros contrarias al principio fundamental de libertad de establecimiento.

Por todo lo anteriormente expuesto y haciendo uso de la facultad que le confiere el artículo 94 del

¹¹ M. Navarro Egea, cit.(en pág. 102).

¹² Documento de trabajo de los servicios de la Comisión «Company taxation in the international market» («Fiscalidad de las sociedades en el mercado interior») SEC (2001) 1681.

Tratado CE, la Comisión presentó al Consejo esta Propuesta de modificación de la Directiva 90/434, de la que analizaremos a continuación los aspectos que consideramos de mayor trascendencia.

4.2. Las principales modificaciones propuestas

4.2.1. Ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva 90/434: la incorporación de nuevas sociedades

La Directiva 90/434 restringe su alcance subjetivo a un listado cerrado de sociedades que recoge en su Anexo. Así, su artículo 3.a) establece como uno de los requisitos para que la Directiva resulte de aplicación que la sociedad interviniente «revista una de las formas enumeradas en el Anexo».

Ya la propuesta de 1993 constató la necesidad de actualizar dicha lista y ampliar el ámbito subjetivo de la Directiva 90/434, pero las asimetrías de las normas mercantiles de los distintos Estados miembros impidió que se alcanzaran conclusiones definitivas al respecto.

Convertido este asunto en una prioridad política¹³, la Propuesta de modificación amplía, finalmente, la lista de sociedades aneja a la Directiva e incluye nuevas formas jurídicas.

La nueva lista incluye a las SE y SCE. Aprobados sus respectivos Estatutos y siendo una sociedad anónima la primera y una sociedad cooperativa la segunda, no existe razón alguna para dejarlas fuera de la lista, pues en ella ya figuran formas societarias de naturaleza semejante.

Por tanto, las sociedades que adopten estas formas jurídicas, podrán beneficiarse en el futuro del régimen previsto en la Directiva 90/434.

En cuanto a las sociedades españolas que pueden acogerse al régimen especial, no hay cambios. El nuevo Anexo prevé que la Directiva 90/434, será aplicable a «las sociedades de derecho español denominadas «sociedad anónima», «sociedad comanditaria por acciones», «sociedad de responsabilidad limitada», así como las entidades de derecho público que operen en régimen de derecho privado»¹⁴.

¹³ Conclusiones del Consejo ECOFIN de 26-27 de noviembre de 2000.

¹⁴ Reproducimos a continuación el texto del Anexo:

«Lista de las sociedades a que hace referencia la letra a) del artículo 3:

a) las sociedades de derecho belga denominadas «société anonyme»/«naamloze vennootschap», «société en commandite par actions»/«commanditaire vennootschap op aandelen», «société privée á responsabilité limitée»/«besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid», «société coopérative á responsabilité limitée»/«coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid», «société coopérative á responsabilité illimitée»/«coöperatieve vennootschap met onbeperkte aansprakelijkheid», así como las entidades de derecho público que adopten alguna de las formas jurídicas acabadas de mencionar;

b) las sociedades de derecho danés denominadas «aktieselskab» y «anpartsselskab». Otras sociedades sujetas a imposición en virtud de la Ley sobre el impuesto de sociedades, siempre y cuando su renta imponible se calcule y grave conforme a las disposiciones generales en materia tributaria aplicables a las «aktieselskaber»;

c) las sociedades de derecho alemán denominadas «Aktiengesellschaft», «Kommanditgesellschaft auf Aktien», «Gesellschaft mit beschr Haftung», «bergrechtliche Gewerkschaft»;

d) las sociedades de derecho helénico denominadas «avávu EtatpEía», «E'ntpcíu ncpuou cuOÚv (E.11E.)»;

e) las sociedades de derecho español denominadas «sociedad anónima», «sociedad comanditaria por acciones», «sociedad de responsabilidad limitada», así como las entidades de derecho público que operen en régimen de derecho privado;

f) las sociedades de derecho francés denominadas «société anonyme», «société en commandite par actions», «société á responsabilité limitée», «sociétés par actions simplifiées», «sociétés d'assurances mutuelles», «sociétés civiles», siempre que estén automáticamente sujetas al impuesto de sociedades, «coopératives», «unions de coopératives», así como los establecimientos y empresas públicos;

g) las sociedades constituidas o reconocidas de conformidad con el derecho irlandés, las entidades registradas bajo el régimen de la «Industrial and Provident Societies Act», las «building societies» constituidas al amparo de las «Building Societies Acts» y los «trustee savings banks» según se definen en la «Trustee Savings Banks Act» de 1989;

h) las sociedades de derecho italiano denominadas «società per azioni», «società in accomandita per azioni», «società a responsabilità limitata», «società cooperativa», «società per mutua assicurazione», y las entidades públicas y privadas cuya actividad sea íntegra o principalmente de carácter comercial;

i) las sociedades de derecho luxemburgués denominadas «société anonyme», «société en commandite par actions», «société á responsabilité limitée», «société coopérative», «société coopérative organisée comme une société anonyme», «asso-

4.2.2. Ampliación del ámbito objetivo de aplicación de la Directiva 90/434: traslados de domicilio de las SE y SCE y operaciones de escisión parcial

También el ámbito objetivo de aplicación de la Directiva se ve ampliado, incorporando a las operaciones ya previstas de fusión, escisión, aportaciones de activos y canje de valores dos nuevos supuestos: el traslado de domicilio de las SE y SCE y las operaciones de escisión parcial.

- (i) En cuanto al traslado de domicilio de las SE y SCE, posibilidad prevista en los artículos 8 y 7 de sus respectivos Estatutos, se trata de dotar de neutralidad fiscal a estas operaciones que suponen el ejercicio de la libertad de establecimiento prevista en los artículos 43 y 48 del Tratado CE.

A tal fin, se proponen las modificaciones necesarias para incardinar el nuevo supuesto en el texto de la Directiva 90/434. En concreto: se propone modificar el título de la Directiva (al que se añade «...y al traslado del domicilio social de un Estado miembro a otro»), el artículo 1º (estableciendo que la Directiva se aplicará al nuevo supuesto), y el artículo 2 (introduciendo la nueva definición de traslado de domicilio social); y se propone añadir un nuevo título, el Título IV bis, compuesto por los nuevos artículos 10 bis, 10 ter y 10 quater, en

los que se regula el sistema de diferimiento que permitirá la neutralidad del nuevo supuesto de hecho incorporado a la Directiva 90/434.

Resulta obvio que si las autoridades comunitarias han apostado por las SE (y en menor medida por las SCE) como instrumento para facilitar la consecución de los objetivos de competitividad y dinamismo económico en el marco de la Unión Europea, debe igualmente dotar de un marco de neutralidad fiscal, libre de restricciones, a las operaciones de reestructuración en las que intervengan las SE y SCE y a los cambios de domicilio que sus Estatutos prevén.

La Propuesta de Directiva utiliza la misma técnica tributaria del diferimiento ya analizada y así, en caso de traslado de domicilio social del que derive un cambio de residencia fiscal, los Estados miembros no podrán someter a tributación la diferencia entre el valor real y el valor fiscal del patrimonio de la sociedad cuyo domicilio social se traslada.

Obviamente, se mantiene la posibilidad de someter a tributación las rentas diferidas por el Estado miembro del que la sociedad era residente antes del traslado de domicilio, puesto que la aplicación del régimen queda supeditada al hecho de que los elementos patrimoniales

ciation d'assurances mutuelles», «association d'épargne-pension», «entreprise de nature commerciale, industrielle ou minière de l'Etat, des communes, des syndicats de communes, des établissements publics et des autres personnes morales de droit public»;

j) las sociedades de derecho neerlandés denominadas «naamloze vennootschap», «besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid», «Open commanditaire vennootschap», «Coöperatie», «onderlinge waarborgmaatschappij», «Fonds voor gemene rekening», «vereniging op coöperatieve grondslag» y «vereniging welke op onderlinge grondslag als verzekeraar of kredietinstelling optreedt»;

k) las sociedades de derecho austríaco denominadas «Aktiengesellschaft», «Gesellschaft mit beschränkter Haftung»;

l) las sociedades mercantiles o las sociedades civiles con objeto mercantil, así como otras personas jurídicas que ejerzan actividades comerciales o industriales, que estén constituidas de conformidad con el derecho portugués;

m) las sociedades de derecho finlandés denominadas «osakeyhtiö»/«aktiebolag», «osuuskunta»/«andelslag», «säästöpankki»/«sparbank» y «vakuutusyhtiö»/«försäkringsbolag»;

n) las sociedades de derecho sueco denominadas «aktiebolag», «bankaktiebolag», «försäkringsaktiebolag»;

o) las sociedades constituidas de conformidad con el derecho del Reino Unido;

p) las sociedades constituidas al amparo de lo dispuesto en el Reglamento (CE) n.º 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE), y 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, y las sociedades cooperativas constituidas al amparo de lo dispuesto en el Reglamento (CE) n.º 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE), y la Directiva 2003/72/CE del Consejo, de 22 de julio de 2003, por la que se completa el Estatuto de la sociedad cooperativa europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores.»

de la sociedad permanezcan afectados a un establecimiento permanente situado en dicho Estado y valorados por el valor fiscal que tenían antes del traslado.

Este principio, no obstante, no representa una novedad en el ordenamiento jurídico español ya que está recogido en el artículo 17.1.a) de la LIS que, a la sazón, establece que «se integrarán en la base imponible la diferencia entre el valor normal de mercado y el valor contable de los siguientes elementos patrimoniales; a) los que sean propiedad de una entidad residente en territorio español que traslada su residencia fuera del mismo, excepto que dichos elementos patrimoniales queden afectados a un establecimiento permanente situado en territorio español de la mencionada entidad. En este caso será de aplicación a dichos elementos patrimoniales lo previsto en el artículo 99».

El resto de normas que conforman el régimen tributario aplicable a fusiones y escisiones, incluida la neutralidad fiscal prevista para los socios de las sociedades intervinientes, también son transpuestas al nuevo Título IV bis, resultando así aplicables a los supuestos de traslado de domicilio social de SE y SCE.

- (ii) Por lo que respecta a las escisiones parciales, es este un supuesto que no contempla la Directiva 90/434, puesto que, en su redacción actual, el artículo 2.b) define la escisión como «la operación por 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».

Como puede observarse, uno de los elementos fundamentales de la definición vigente es el de la transmisión patrimonial consecuencia de la disolución sin liquidación de la sociedad escin-

da. Es lo que denominamos escisión total.

Así, pues, esa definición no alcanza y, por tanto, deja fuera del ámbito de aplicación de la Directiva a las escisiones parciales o segregaciones (*split-off*, según la denominación inglesa de dicha operación), operaciones mediante las cuales una sociedad transfiere, sin extinguirse, parte de su patrimonio que constituye una o varias ramas de actividad, a cambio de títulos de la sociedad beneficiaria de dicha transmisión que se atribuyen a los socios de la sociedad transmitente.

Es esta una figura que, en coherencia con lo establecido en la normativa mercantil española, ya recogieron las normas de transposición de la Directiva 90/434 al ordenamiento jurídico interno. Así, la Ley 29/91, inicialmente, y la actualmente vigente LIS (artículo 97.2.1º.b) incluyen, entre las operaciones a las que resultará de aplicación el régimen especial de neutralidad fiscal, las operaciones de escisión parcial o segregación.

Efectivamente, los artículos 252.1.b) y 253 de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA), regulan los supuestos de escisión parcial; coherentemente con ello, el legislador fiscal incorporó la definición mercantil al elenco de operaciones susceptibles de gozar del régimen fiscal especial.

Ahora, la Propuesta de modificación incorpora también esta figura a las operaciones previstas en la Directiva, ampliando así su ámbito objetivo de aplicación.

No obstante, si comparamos el ámbito objetivo de aplicación del régimen de neutralidad previsto en nuestro ordenamiento interno y el de la Directiva 90/434, podemos comprobar como aquél sigue siendo más amplio y que, quizás, se vaya a perder una buena oportunidad para incluir en el marco de la Directiva 90/434 algunas operaciones que dotarían de mayor flexibilidad a este instrumento normativo, instrumento que, no olvidemos, tiene como finalidad eliminar las barreras fiscales que entorpecen el crecimiento y competitividad del mercado europeo y de sus empresas.

Efectivamente, no parece lógico dejar fuera del ámbito de la Directiva 90/434 operaciones que pueden resultar muy comunes en el marco de las necesidades de reestructuración de las empresas, como son las escisiones parciales cuando el patrimonio que se segrega está constituido por participaciones en el capital de otras entidades. Podrían establecerse los límites que se consideren oportunos para evitar situaciones abusivas¹⁵, pero no privar a estas operaciones del beneficio de la neutralidad fiscal.

Por otro lado, tampoco la Propuesta de modificación ha contemplado las operaciones denominadas de escisión subjetiva, operaciones de escisión, total o parcial, en las que la norma proporcional exigida por la Directiva para atribuir a los socios de la sociedad transmitente los nuevos títulos emitidos por la sociedad beneficiaria se respeta de forma cuantitativa y no cualitativa, es decir que la atribución se realiza en proporción distinta a la que los socios tenían en el capital de la sociedad transmitente.

A título de ejemplo, sería el supuesto en el que una sociedad A, participada por los socios X e Y al 50% cada uno, se escinde transmitiendo, como consecuencia de su disolución sin liquidación, la totalidad de su patrimonio a las sociedades B y C, y la atribución de los títulos emitidos por B y C se hace conforme a una proporción cuantitativa, pero de manera que X recibe la totalidad de los títulos emitidos por B e Y la totalidad de los emitidos por C.

La normativa española de transposición de la Directiva 90/434 tampoco recogía esta figura entre las operaciones que podían gozar del régimen de neutralidad. No obstante, teniendo

en cuenta que también ésta es una figura reconocida por el derecho mercantil español¹⁶, la propia Dirección General de Tributos¹⁷ consideraba aplicable el régimen de neutralidad a este tipo de operaciones, siempre que se cumplieran los requisitos exigidos por la normativa mercantil y, obviamente, la operación no respondiera, fundamentalmente, a fines de fraude o evasión fiscal.

La LIS recogió, finalmente, la definición de escisión subjetiva o no proporcional en su artículo 97¹⁸, si bien estableció un requisito para que dichas operaciones pudieran gozar del régimen de neutralidad fiscal que la normativa mercantil no contempla. Así, probablemente con el fin de evitar determinadas operaciones abusivas¹⁹, el nuevo apartado 2º del artículo 97.2 exige, para que a las escisiones subjetivas les sea de aplicación el régimen, que los patrimonios transmitidos constituyan ramas de actividad.

A tenor de lo expuesto, cabría preguntarse si, a pesar de que las operaciones de escisión subjetiva no están expresamente definidas entre las operaciones que conforman el ámbito objetivo de la Directiva 90/434 y de que no existe una normativa mercantil única común a todos los Estados miembros en la que apoyarse, se puede interpretar que dichas operaciones también están contempladas por la Directiva 90/434, por cuanto, al exigir proporcionalidad en la atribución de títulos a los socios, no está pensando exclusivamente en el respeto a la proporción en el capital social de la entidad transmitente que dichos socios tenían con anterioridad a la operación de escisión, sino en

¹⁵ Así la exigencia del art. 97.2.1º.c) de la LIS de que la participación en el capital de otras entidades sea una participación que confiera la mayoría del capital social en las mismas.

¹⁶ Art. 252.2, segundo párrafo, de la LSA: «En los casos en que existan dos o más sociedades beneficiarias, la atribución a los accionistas de la sociedad que se escinde de acciones o participaciones de una sola de ellas requiere el consentimiento individual de los afectados».

¹⁷ Entre otras, Resoluciones de la DGT de 22 de junio de 1999, 7 de septiembre de 1999, 22 de diciembre de 1999 y 13 de julio de 2000.

¹⁸ Modificación introducida por la Ley 14/2000 de 29 de Diciembre aplicable para los períodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2001.

¹⁹ Véase A. Serrano Gutiérrez, «Régimen fiscal de las fusiones, aportaciones de acciones y canje de valores», en *Manual del Impuesto sobre Sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales (Manuales de la Hacienda Pública), Madrid, 2003, págs. 897 y ss. (en pág. 907).

una proporcionalidad que también puede ser considerada cuantitativamente si esa es la voluntad, expresamente manifestada, de todos los afectados.

Hasta el momento no ha habido, que nosotros sepamos, pronunciamiento alguno del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en este sentido, pero, sin duda, una interpretación amplia ayudaría a cumplir los objetivos que la Directiva 90/434 persigue.

4.2.3. La eliminación de la doble imposición en los supuestos de aportaciones de activos y canjes de valores

En determinados supuestos la aplicación de la técnica tributaria del diferimiento previsto en la Directiva 90/434 puede dar lugar a supuestos de doble imposición.

Quizás uno de los ejemplos mas claros de este fenómeno sean los supuestos a los que pueden dar lugar las operaciones de aportación de activos y de canje de acciones.

Según la técnica del diferimiento ya expuesta y tal como establece el artículo 4.1. de la Directiva 90/434, los elementos patrimoniales adquiridos por la sociedad beneficiaria como consecuencia de una aportación de rama de actividad deben valorarse por el valor fiscal que tenían en sede de la entidad transmitente con anterioridad a la aportación. Sin embargo, nada dice la Directiva respecto a cómo deben valorarse los títulos emitidos por la sociedad beneficiaria que recibe la sociedad transmitente como consecuencia de la aportación.

De la misma manera, el artículo 8.2 de la Directiva 90/434 prevé que, en el marco de un canje de valores, los socios valoren los títulos de la sociedad dominante que reciban como consecuencia del canje por el mismo valor fiscal que tenían, antes de realizar dicha operación, los títulos canjeados de la sociedad dominada. Pero la Directiva nada dice respecto de cómo deben valorarse los títulos de la sociedad dominada recibidos por la dominante (aunque, en nuestra opinión, cabría interpretar que el artículo 4.2. de la Directiva 90/434 resulta de

aplicación en su exigencia de que se valoren por el valor fiscal que tenían en sede de los socios antes de realizarse el canje).

Pues bien, si en los dos supuestos contemplados la normativa interna de un Estado miembro considerase que deben valorarse los títulos por el valor fiscal que tenían los elementos aportados/canjeados antes de realizarse la aportación/canje, nos encontraríamos con una situación susceptible de generar doble imposición, ya que la diferencia entre valor real y valor fiscal (utilizando la nomenclatura de la propia Directiva 90/434) de los elementos transmitidos quedaría diferida en sede de dos sujetos pasivos distintos: en sede de la sociedad transmitente y de la sociedad beneficiaria en los supuestos de aportación y en sede de los socios y de la sociedad dominante en los supuestos de canje.

Pensemos en una sociedad A, española, que transmite una serie de elementos patrimoniales que conforman una rama de actividad a otra sociedad B, residente en otro Estado miembro, mediante una aportación de activos. Si el valor fiscal de los elementos transmitidos fuera de 100 u.m. y su valor real fuera de 250 u.m., la diferencia no sería objeto de gravamen en España en sede de la sociedad A. Pero esta sociedad, de acuerdo con la normativa interna española²⁰, puesto que la Directiva, como hemos comentado, nada dice al respecto, debería valorar los títulos recibidos de la sociedad B por el valor fiscal que tenían los elementos patrimoniales aportados antes de realizarse la aportación (100 u.m.). De la misma manera, y esta vez sí por los dictados del artículo 4.2. de la Directiva 90/434, la sociedad B debería valorar los elementos patrimoniales recibidos por el valor fiscal que tenían previamente a la aportación (100 u.m.). Evidentemente, la doble imposición está servida.

En la actualidad, la Directiva no contempla solución alguna que palíe la doble imposición que puede comportar el sistema de diferimiento, dejando al albur de cada Estado miembro la posibilidad de establecer normas que eliminen esa doble imposición.

El legislador español, consciente de que, como ha quedado acreditado, la norma española de transpo-

²⁰ Art. 100 de la LIS: «Las acciones o participaciones recibidas como consecuencia de una aportación de rama de actividad se valorarán, a efectos fiscales, por el valor contable de la unidad económica autónoma, corregido en el importe de las rentas que se hayan integrado en la base imponible de la sociedad transmitente con ocasión de la operación».

sición del régimen de neutralidad previsto en la Directiva, permitía supuestos de doble imposición, estableció un sistema para eliminar dicha situación, consagrado en el artículo 109 de la LIS.

Este sistema ha sufrido modificaciones a lo largo del tiempo para perfeccionarlo hasta llegar a la actual redacción del citado artículo 109 de la LIS que permite eliminar la doble imposición de una forma que puede considerarse razonable.

No obstante, el legislador español nunca optó por el sistema más sencillo para eliminar los fenómenos de doble imposición descritos: valorar los títulos recibidos por el valor real de los elementos aportados (en el ejemplo anteriormente propuesto, 250.u.m.).

Autores próximos a la Administración (E. Sanz Gadea y J. A. López Santacruz), citados por A. Antón en un trabajo dedicado al régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores²¹, concluían en sendos artículos²² que la opción de valorar los títulos recibidos en los supuestos contemplados por el valor real de los elementos transmitidos resultaba muy peligroso, ya que abría la puerta a la realización de operaciones abusivas que podrían dar lugar a situaciones de desimposición (piénsese en valoraciones de los elementos transmitidos y, por tanto, de los títulos recibidos en contraprestación, superiores a su valor de mercado) y que, en dichas circunstancias, el problema de doble imposición resultaba un mal menor, habida cuenta que existían otros mecanismos (que son los que finalmente se instrumentaron) que permitían la eliminación del problema.

Pues bien, la Propuesta de modificación de la Directiva 90/434, ha optado por el sistema más sencillo ya expuesto: en cuanto al canje de valores, un nuevo párrafo 10 del artículo 8 de la Directiva

90/434 establece que «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».

No obstante, un nuevo párrafo 11 del citado artículo 8 de la Directiva establece una excepción al sistema de valoración descrito ya que permite que los Estados miembros opten por valorar los títulos recibidos por el valor fiscal que estos tenían antes del canje en sede de los socios, en los supuestos en los que el canje se realice no mediante la emisión de nuevos títulos sino mediante la entrega de acciones propias que la sociedad dominante tuviera en autocartera. Puesto que en estos supuestos de permuta de títulos podría generarse una renta para la sociedad dominante (diferencia entre el valor real de los títulos recibidos y el valor fiscal de la autocartera entregada), la Propuesta de modificación deja libertad a los Estados miembros para diferir o eliminar dicha plusvalía.

Por lo que respecta a las aportaciones de activos, la Propuesta de modificación añade un nuevo apartado 2 al artículo 9 de la Directiva 90/434, en el que se establece el nuevo sistema de valoración, por su valor real, de los títulos de la sociedad beneficiaria recibidos por la sociedad transmitente.

De todo lo anterior se desprende que, en lo que concierne a las operaciones de aportación de activos o canje de valores en las que participen empresas españolas, nos encontraremos con dos sistemas de valoración distintos: uno aplicable a las operaciones transfronterizas (sistema previsto en la Propuesta de modificación) y otro aplicable a las operaciones internas (artículo 109 de la LIS)²³.

Quizás fuera éste un buen momento para que la Administración, superando los miedos a la realización de operaciones abusivas, modificara la norma-

²¹ «El régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores», en *Comentarios al Impuesto sobre Sociedades*, Cuatrecasas Abogados, Madrid, 1998, págs. 1818 y ss. (en pág. 1880).

²² E. Sanz Gadea, «Régimen fiscal de las operaciones de reestructuración empresarial», *Noticias CEE*, y J. A. López-Santacruz, «Régimen fiscal de las fusiones, escisiones, aportaciones no dinerarias de ramas de actividad y canje de valores», *Tribuna Fiscal*, núm. 19.

²³ No obstante, no debe obviarse el hecho de que para determinados supuestos en relación con canje de acciones, la LIS ya establecía el mismo sistema de valoración que ahora establece la Propuesta de modificación. Así, el último párrafo del art. 101.2 de la LIS establece que, en supuestos de canje de valores y haciendo referencia al valor de los títulos recibidos por la sociedad dominante «en aquellos casos en que las rentas generadas en los socios no estuviesen sujetas a tributación en territorio español, se tomará el valor convenido entre las partes con el límite del valor normal de mercado».

tiva interna adecuándola al nuevo sistema de valoración que establece la Propuesta de modificación. Al fin y al cabo, la LIS ya establece los mecanismos antiabuso que recoge el artículo 110.2 de dicha norma legal.

4.2.4. Los supuestos de canjes de valores realizados con socios no residentes en la Unión Europea

La Propuesta de modificación añade un nuevo párrafo 12 al artículo 8 de la Directiva 90/434, referente a los canjes de acciones, en el que se prevé que el régimen de diferimiento previsto en dicha Directiva será aplicable a aquellas operaciones de canje en las que los socios de la sociedad dominante que realizan el canje con la sociedad dominada no son residentes, a efectos fiscales, en un Estado miembro de la Unión Europea.

Esta modificación, *a priori* inocua, puesto que el supuesto ya estaba contemplado en la LIS, 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.

Efectivamente, en su actual redacción, fruto de las modificaciones introducidas en su artículo 101.1 por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, la LIS establece requisitos para la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a los supuestos de canje de valores, distintos de los hasta ahora previstos en la Directiva 90/434. Así, la LIS establece, en su artículo 101.1, los siguientes requisitos:

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

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

Al no exigir como requisito para la aplicación del régimen especial que la sociedad dominada fuera residente en España o en un Estado miembro de la Unión Europea y con el fin de mantener la capaci-

dad de gravar en el futuro las rentas diferidas, el legislador español se vio abocado a exigir que si los socios no fueran residentes en un Estado miembro de la Unión Europea la sociedad dominada fuera residente en España.

Conforme a lo dispuesto en la Propuesta de modificación, bastará con que la sociedad dominante y la sociedad dominada residan en Estados miembros distintos para que resulte de aplicación el régimen previsto en la Directiva 90/434.

Como puede observarse, el ámbito de aplicación de la Directiva 90/434 y el de la LIS son distintos. No obstante, expirado el plazo de transposición que prevea la Directiva de modificación (la propuesta contempla el 1 de enero de 2005) el requisito establecido por la LIS de que, en caso de socios no residentes en Estados miembros de la Unión Europea, la sociedad dominante sea residente en España, no sería exigible para la aplicación del régimen de diferimiento y, por tanto, operaciones que hoy están fuera del ámbito de aplicación tanto de la Directiva (al menos conforme a su tenor literal) como de la LIS, pasarían a beneficiarse de dicho régimen de diferimiento. Y ello aun cuando la LIS no se adaptara a la nueva Directiva, dada su probable eficacia directa en el orden tributario interno.

Imaginemos una sociedad residente en España (ESP), totalmente participada por una sociedad residente en Estados Unidos (USA).

A tenor de lo dispuesto en el Convenio para eliminar la doble imposición entre España y Estados Unidos, las rentas generadas como consecuencia de la transmisión de dicha participación serían objeto de imposición en España (siempre que ciertos requisitos de temporalidad se cumplieran).

Por otra parte, con arreglo a la actual redacción de la Directiva 90/434 y de la LIS, en el supuesto de que la sociedad USA realizase un canje de valores mediante aportación de los títulos de ESP a una sociedad residente en un Estado miembro de la Unión Europea distinto de España, las rentas generadas como consecuencia de dicha aportación estarían sujetas a imposición en España.

En el supuesto de aprobación de la Propuesta de modificación, la operación mencionada podría gozar del régimen previsto en la Directiva 90/434 y,

en su caso, (i) futuras transmisiones de los títulos de ESP por parte de la sociedad dominante residente en un Estado miembro de la Unión Europea podrían gozar del régimen más beneficioso tanto de la normativa interna de dicho Estado miembro como del Convenio para evitar la doble imposición aplicable, y (ii) futuras transmisiones de los títulos de la sociedad dominante recibidos por la sociedad USA también podrían gozar de un régimen fiscal más favorable.

5. BREVE COMENTARIO A OTRAS MODIFICACIONES PROPUESTAS

Además de las modificaciones comentadas en el apartado anterior —modificaciones que, como se ha podido comprobar, podrían tener un impacto relevante en nuestra normativa interna—, la Propuesta de modificación recoge otras novedades no menos importantes pero que, sin embargo, no entran en colisión con lo establecido en el Capítulo VIII del Título VIII de la LIS y, por tanto, no requieren de un análisis tan detallado, aunque sí algún comentario.

5.1. Los efectos de la posible aplicación de normas de transparencia fiscal

La ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva 90/434 con la incorporación de nuevas sociedades a su Anexo, a las que resultará de aplicación el régimen de neutralidad, podría plantear un problema técnico en el supuesto de que alguna de las nuevas sociedades fuera considerada como una entidad sujeta al impuesto sobre sociedades en su país de residencia y, sin embargo, fuese considerada como transparente en el Estado de residencia de los socios de dicha entidad.

En estos supuestos y para evitar que, en caso de operaciones de reestructuración en que participara una entidad de esas características, la renta que resultara diferida por aplicación de la Directiva 90/434 fuera imputada a los socios como consecuencia de las exigencias de las normas de transparencia internas del Estado de residencia de éstos, la Propuesta de modificación incorpora un nuevo apartado 2 al artículo 4 de la Directiva 90/434, en el que expresamente se establece la imposibilidad de que el Estado de residencia del socio someta a imposición tales rentas.

De la misma manera, podría suceder que un Estado miembro considerase como transparente a una entidad residente en otro Estado miembro que, a su vez, fuese socio (sociedad socio) de una sociedad que fuera transmitente en el marco de una operación de reestructuración.

En ese caso, por aplicación de las normas de transparencia internas del Estado de residencia de la persona (física o jurídica) que participara en la sociedad socio, las rentas obtenidas por ésta que, por aplicación de la Directiva 90/434, serían objeto de diferimiento en el Estado de residencia de dicha sociedad socio, podrían, no obstante, ser objeto de imputación y, por tanto, gravadas en el Estado de residencia de la persona participante de la sociedad socio.

Para evitar dichos supuestos, se propone incorporar un nuevo apartado 3 al artículo 8 de la Directiva 90/434, que articula la posibilidad del diferimiento también respecto a las rentas que pudiera obtener, por imputación en virtud de normas de transparencia, la persona que participe en una sociedad socio.

En los dos supuestos comentados —los regulados en los nuevos apartados 2 del artículo 4 y 3 del artículo 8—, la Propuesta de modificación hace referencia a la consideración de transparente de una sociedad no residente por parte de un Estado miembro, en virtud de sus disposiciones de Derecho civil aplicables a la organización de las sociedades mercantiles. Se evita, por tanto, toda referencia a aquellos supuestos en los que la sociedad es considerada transparente por el Estado miembro en que resida en virtud de las normas fiscales aplicable en dicho Estado.

5.2. La transformación en filiales de los establecimientos permanentes

La redacción de la Directiva 90/434 había generado algunas incertidumbres respecto a la posibilidad de aplicar el régimen previsto en ella a aquellos supuestos en los que los elementos afectados a un establecimiento permanente, situado en un Estado miembro distinto del Estado de residencia de la sociedad propietaria de dicho establecimiento permanente, eran transmitidos, como consecuencia de una operación de reestructuración, a una sociedad residente en el Estado en el que estaba situado el establecimiento permanente.

Efectivamente, en dichos supuestos de «filialización» de los establecimientos permanentes se incumplía uno de los requisitos exigidos por la Directiva 90/434 para aplicar su régimen, a saber, que los elementos transmitidos queden vinculados a un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria.

Ya hemos visto como el artículo 10 de la Directiva 90/434 contempla los supuestos de transmisión de un establecimiento permanente a una sociedad beneficiaria residente en un Estado miembro distinto al Estado en el que está situado el establecimiento permanente, pero no contempla los supuestos en los que dicha sociedad beneficiaria es residente del mismo Estado miembro.

En ese caso, el establecimiento permanente desaparece, se «filializa» y, consecuentemente, no se cumpliría *strictu sensu* el requisito anteriormente citado de vinculación efectiva de los elementos transmitidos a un establecimiento permanente.

La Propuesta de modificación elimina cualquier incertidumbre al respecto modificando el artículo 10 de la Directiva 90/434 e incorporando a su ámbito objetivo de aplicación a los supuestos de «filialización» comentados.

5.3. Participación de la sociedad beneficiaria en la sociedad transmitente: el concepto de participación mínima

En los supuestos de participaciones, previas a la realización de operaciones de reestructuración, de la sociedad beneficiaria en la sociedad transmitente, puede ocurrir que, como consecuencia de dichas operaciones, la sociedad beneficiaria reciba elementos patrimoniales de la sociedad transmitente a cambio de la anulación de la participación que aquella tenía con ésta previamente.

Si el valor real de los elementos transmitidos fuera superior al valor fiscal de la participación anulada se pondrían de manifiesto, conforme a reglas generales de tributación, rentas en sede de la sociedad beneficiaria que, como consecuencia de la aplicación del régimen previsto en la Directiva 90/434, serían objeto de diferimiento.

Para que la Directiva 90/434 pudiera ser de aplicación se exige una participación superior, previa a la realización de las operaciones de reestructuración, al 25%.

En los supuestos en los que la participación previa sea igual o inferior a dicho porcentaje mínimo requerido, el artículo 7.2. de la Directiva 90/434 prevé que los Estados miembros puedan introducir excepciones a la no sujeción a imposición de las rentas derivadas de la anulación de la participación en el momento de realizarse las operaciones de reestructuración.

El diferimiento previsto por la Directiva 90/434 está en línea con las ventajas fiscales contempladas en la Directiva 90/435 sobre matrices y filiales en los supuestos de distribución de dividendos entre sociedades residentes en distintos Estados miembros cuando existe una participación mínima previa.

Efectivamente, las rentas derivadas de la anulación de la participación en supuestos de reestructuración no son otra cosa que la puesta de manifiesto de rentas que podrían, igualmente, haber sido objeto de distribución vía dividendos en caso de haber sido materializadas mediante un negocio jurídico distintos al de la fusión o escisión.

En ese orden de cosas, parece lógico que exista una total coincidencia en ambas Directivas en cuanto a la exigencia de la participación mínima que permita, en los supuestos contemplados en una y otra, obtener los beneficios fiscales previstos.

Para poder aplicar el diferimiento sin cortapisas a las rentas generadas como consecuencia de la anulación de la participación, la Directiva 90/434 exige una participación que exceda del 25%, mientras que, con el mismo fin, la Directiva 90/435 exigía una participación mínima del 25%. No obstante este desencuentro en el concepto de participación mínima, la actual redacción de la Directiva 90/435²⁴ prevé una nueva participación mínima que, progresivamente, se irá reduciendo hasta el 10% (a partir de 2009). Consecuentemente, y con el fin de adecuar definitivamente el concepto de participación mínima al establecido por esta última Directiva, la

²⁴ Redacción introducida por 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.

Propuesta de modificación propone introducir un nuevo párrafo 2 en el artículo 7 de la Directiva 90/434 que igualmente contempla que sólo en el caso de que la participación previa sea inferior al 10% los Estados miembros podrán establecer excepciones al régimen de diferimiento previsto para las rentas que se pongan de manifiesto como consecuencia de la anulación de la participación en supuestos de reestructuración.

6. CONCLUSIONES

Como ya se ha comentado a lo largo del presente escrito, resulta plausible el esfuerzo realizado por el legislador comunitario para, haciéndose eco de las prioridades y exigencias políticas identificadas por los últimos Consejos Europeos, adecuar la normativa tributaria existente a la nueva realidad social, política y económica y dar, así, un paso más en el proceso de armonización de la imposición directa en el ámbito de la Unión Europea.

Eso es, sin duda, lo que representa la Propuesta de modificación que se ha analizado. Sin embargo, de muy poco serviría si no se adoptara además la Propuesta de Directiva relativa a las fusiones transfronterizas de Sociedades Anónimas y no se avanzara, de ese modo, en la creación del adecuado instrumento jurídico que facilite la realización de dichas operaciones, a las que resulta de aplicación el régimen fiscal previsto en la Directiva 90/434 cuya modificación se propone.

No obstante la mejora técnica y la ampliación del ámbito objetivo y subjetivo de aplicación de la Directiva 90/434 que se propone, el legislador comunitario podría ser más ambicioso y aprovechar la ocasión para ampliar el régimen de diferimiento a

los supuestos de escisiones de participaciones en cartera de terceras sociedades o a los supuestos de escisión subjetiva.

Por otra parte, sería deseable que algunas de las innovaciones que, con gran sentido práctico, propone la Propuesta de modificación, tuvieran un reflejo inmediato en la normativa interna de transposición (la LIS), evitando así la coexistencia de normas distintas para tratar supuestos de operaciones de reestructuración internas (en las que intervienen exclusivamente sociedades residentes en España) o intracomunitarias (en las que intervienen sociedades residentes en distintos Estados miembros de la Unión Europea). Así ocurriría, por ejemplo, con los sistemas para evitar la doble imposición que puede generar el sistema de diferimiento de las rentas arbitrado en supuestos de aportaciones no dinerarias y canje de valores.

En este sentido, sería deseable que el legislador interno adoptara, en cuanto a las operaciones internas se refiere, el sistema que recoge la Propuesta de modificación y permitiera valorar a valor real los títulos recibidos por la sociedad transmitente de la sociedad beneficiaria en supuestos de aportación de activos y los recibidos por la sociedad dominante en los supuestos de canje de valores.

Finalmente, también sería deseable que, en materia de canje de valores, se transpusieran los nuevos requisitos que establece la Propuesta de modificación al ordenamiento interno español y que se modificara la LIS en consecuencia, ya que si no se produjera tal adaptación, resultaría, en cualquier caso, aplicable la Directiva 90/434 a determinados supuestos que la nueva redacción propuesta ampara y la actual redacción de la LIS no contempla.

