

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

JESÚS LÓPEZ TELLO Y MIGUEL CREMADES SCHULZ
Abogados (*)

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

El presente artículo versa sobre los principales aspectos del impacto que en el ámbito fiscal ha tenido la reciente Ley 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales de Sociedades Mercantiles. Tras una breve introducción a esta Ley, se analiza en primer lugar la transformación de sociedades. Posteriormente, se analiza la coordinación entre el concepto mercantil y la definición fiscal de fusiones y escisiones a efectos del régimen especial de neutralidad del Impuesto sobre Sociedades, con especial referencia a la posibilidad de una calificación unitaria y de una calificación fiscal en función de la equivalencia de efectos económicos. El artículo procede entonces a explorar individualmente el encaje de las fusiones y escisiones especiales dentro del régimen fiscal especial, resaltando las dificultades conceptuales para ello de la fusión de sociedad íntegramente participada de forma indirecta, la fusión entre sociedades íntegramente participadas por un mismo socio o la fusión inversa por sociedades íntegramente participada de forma indirecta y subrayando el posible encaje de la segregación y la filialización en otras figuras tributarias distintas de la escisión, para terminar descartando la inclusión de la cesión global de activos y pasivos.

1 · INTRODUCCIÓN

Según se dice en el Preámbulo de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles (la «LME»), la Ley pretende la unificación y la ampliación del régimen jurídico de las denominadas «modificaciones estructurales», entendidas como aquellas alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad, y que, por tanto, incluyen la transformación, la fusión, la escisión y la cesión global de activo y pasivo. A esta enumeración conceptual de modificaciones se añade, por sus relevantes consecuencias en el régimen jurídico aplicable a la sociedad, el traslado

Tax Developments under the Spanish Law on Corporate Restructuring: Transformation, Merger, Spin-off and Joint transfer of assets and liabilities

This article deals with the main aspects of the tax impact of Spanish Law 3/2009 of 3 April, on corporate restructuring («Ley de Modificaciones Estructurales de Sociedades Mercantiles»). Following a brief introduction to the Law, this article analyses company transformations and the coordination between the legal and tax definitions of mergers and spin-offs for the purposes of the tax roll-over regime, specifically, the feasibility of a joint classification and a tax classification based on the economic effects of the transaction. This article analyses the application of the roll-over regime to special mergers and spin-offs, and highlights the difficulties arising from the merger of wholly and indirectly owned companies, the merger of companies wholly owned by the same shareholder, or the reverse merger by wholly and indirectly owned companies. This article also looks at the possible application of the roll-over regime to separation or subsidiarisation under tax definitions other than spin-offs and disregards such possibility for the joint transfer of all assets and liabilities.

internacional del domicilio social. Es éste el ámbito objetivo de la LME, y así queda definido en su artículo 1.

También dice el preámbulo de la LME que, aunque el régimen jurídico de estas operaciones societarias tiene como modelo subyacente el de las sociedades de capital, se trata de una normativa general mercantil sobre modificaciones estructurales de las sociedades y, en cuanto ley general mercantil, es aplicable a cualquier sociedad de esta naturaleza, con independencia de la forma o del tipo social. En este sentido, el artículo 2 de la LME está dedicado al ámbito subjetivo de la Ley, y ordena desde luego su aplicación a todas las sociedades que tengan la consideración de mercantiles, si bien hace mención separada a las modificaciones estructurales de las sociedades cooperativas, que se regirán por su específico régimen legal.

(*) Abogados del Grupo Tributario de Uría Menéndez (Madrid).

Un rápido resumen de las principales novedades introducidas por la LME en materia de modificaciones estructurales en sentido estricto puede hacerse siguiendo asimismo su preámbulo.

Así, se unifica la normativa sobre *transformación* de sociedades mercantiles, cuyo régimen, dividido hasta ahora entre la Ley de Sociedades Anónimas y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, se actualiza, a la vez que se dilata el perímetro de las transformaciones posibles.

En materia de *fusión*, destacan la regulación de la absorción de una sociedad íntegramente participada, la de una sociedad participada al 90% y también la de aquella operación mediante la cual una sociedad se extingue transmitiendo en bloque el patrimonio a la sociedad que posee la totalidad de las acciones, participaciones o cuota correspondientes a aquélla, es decir, sin atribución de éstas a los socios de la sucesora. Y, en materia de *escisión*, sobresale el ingreso en el Derecho sustantivo de sociedades mercantiles de la figura de la segregación, junto con las ya reguladas operaciones de escisión total y parcial, y la aplicación de las normas de la escisión a la operación mediante la cual una sociedad transmite en bloque una parte del patrimonio social a otra de nueva creación, recibiendo directamente a cambio todas las acciones, participaciones o cuotas de socio de esa sociedad.

Finalmente, en cuanto a la *cesión global de activo y pasivo*, destaca su consideración como modificación estructural, superando la concepción que limitaba esta operación al ámbito propio de la liquidación y, al mismo tiempo, proporcionando un instrumento legislativo más para la transmisión de empresas. Ahora la Ley permite que una sociedad transmita en bloque todo su patrimonio a otra u otras por sucesión universal a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas del cesionario.

De conformidad con nuestra tradición normativa, la LME no contiene la regulación del régimen fiscal aplicable a las modificaciones estructurales que disciplina, régimen fiscal que se ha de buscar en las correspondientes leyes tributarias.

Como quiera que el propósito de este trabajo no alcanza el análisis de la imposición indirecta, será la Ley del Impuesto sobre Sociedades («LIS»), cuyo texto refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, la que nos proporcionará el régimen fiscal. Dentro de ese ámbito, nuestro empeño quedará además limitado a las

modificaciones estructurales que pueden considerarse como tales en sentido estricto, esto es, la transformación, la fusión, la escisión y la cesión global de activo y pasivo.

2 · EL RÉGIMEN FISCAL DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES EN LA LIS

2.1 · Transformación de sociedades

A la transformación de sociedades se refiere el artículo 26 LIS como causa de conclusión del período impositivo.

El efecto esencial de la conclusión del período impositivo es el devengo del impuesto —«*el impuesto se devengará el último día del período impositivo*» dice el artículo 27 LIS—, y, por tanto, el nacimiento de la obligación de declarar e ingresar en el Tesoro —«*la declaración se presentará en el plazo de los 25 días naturales siguientes a los seis meses posteriores a la conclusión del período impositivo*», ordena el artículo 136 LIS.

El artículo 26 LIS dispone que el período impositivo concluirá cuando se produzca la transformación de la forma jurídica de la entidad y ello determine (i) la no sujeción al impuesto de la entidad resultante, o (ii) la modificación de su tipo de gravamen o la aplicación de un régimen tributario especial.

Interesa destacar en este punto que la palabra «entidad» significa, a propósito del Impuesto sobre Sociedades, sujeto pasivo del impuesto —«*los sujetos pasivos de este impuesto se designarán abreviada e indistintamente por las denominaciones sociedades o entidades a lo largo de esta Ley*» (artículo 7.3 LIS)—, y que el ámbito de los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades es más amplio que el ámbito de las sociedades mercantiles. En efecto, son sujetos pasivos del impuesto las personas jurídicas —con la señalada excepción de las sociedades civiles—, universo más amplio que el de las sociedades mercantiles, pero además también lo son los principales tipos de fondos que nuestra legislación financiera regula (de inversión, de capital-riesgo, de pensiones, de regulación del mercado hipotecario, de titulización hipotecaria, de titulización de activos, y los fondos de garantía de inversiones), las uniones temporales de empresas, y las comunidades titulares de montes vecinales en mano común.

La no sujeción de las sociedades civiles al Impuesto sobre Sociedades ha sido el ejemplo tradicionalmente usado para explicar la conclusión del período

do impositivo por causa de transformación cuando ello determina la no sujeción al impuesto de la entidad transformada. En lo que aquí interesa, el supuesto sería el de transformación de una sociedad mercantil en sociedad civil.

Pues bien, el artículo 4 LME no incluye la transformación de una sociedad mercantil en sociedad civil en su lista de supuestos de posible transformación. Sí se refiere a que una sociedad civil podrá transformarse en cualquier tipo de sociedad mercantil, pero no al supuesto inverso. Lo que, puesto en relación con la regulación siempre del supuesto directo de transformación y de su inverso en los demás casos de posible transformación —menos, lógicamente, cuando se trata de la transformación de una sociedad mercantil en cualquier otro tipo de sociedad mercantil—, induce a preguntarse si tras la LME no es posible la transformación de una sociedad mercantil inscrita en sociedad civil.

En cuanto a las transformaciones de sociedades que dan lugar a la conclusión del período impositivo del Impuesto sobre Sociedades, porque la transformación determina la modificación de su tipo de gravamen o la aplicación de un régimen tributario especial, es inmediatamente el caso de los siguientes supuestos de posible transformación contemplados en el artículo 4 LME:

(i) Transformación de una sociedad mercantil inscrita en agrupación de interés económico (el capítulo II del título VII de la LIS regula el régimen tributario especial de agrupaciones de interés económico, españolas y europeas, y de uniones temporales de empresas).

(ii) Transformación de una sociedad mercantil inscrita en sociedad cooperativa (la disposición final segunda de la LIS dispone que las cooperativas tributarán de acuerdo con lo establecido en la Ley 20/1990, de 19 de diciembre, sobre Régimen Fiscal de Cooperativas).

Por lo demás, tras la LME queda igual la cuestión de la conclusión del período impositivo por causa de transformación en aquellos supuestos en los que una sociedad mercantil, sin adoptar un tipo social distinto y conservando su personalidad jurídica (concepto de transformación en el artículo 3 LME), accede a un tipo de gravamen o un régimen tributario especial.

Algún tributarista propugna a estos efectos una interpretación amplia de los términos utilizados en el artículo 26 LIS —«transformación de la forma jurídica de la entidad»—, según la cual esta transforma-

ción alcanzaría «tanto la modificación de la forma societaria de la entidad como la modificación sustancial de su naturaleza o régimen jurídico»¹. Atendiendo a su procedencia, no es extraño que tal interpretación haya sido recibida en alguna consulta de la Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda («DGT»). Así, en la consulta vinculante V0534-08 se dice expresamente que «la transformación jurídica de la entidad (...) no abarca únicamente las modificaciones del tipo societario, sino que también se refiere a los supuestos en los que se produce una alteración en el estatuto o régimen jurídico».

Se comprende perfectamente el fundamento tributario de la tesis pensando, por ejemplo, en el acceso a la cualidad de sociedad de capital riesgo o sociedad de inversión, sometidas a tipos de gravamen muy reducidos, por lo que podría ser acogida si la LIS se limitara a hablar de «transformación de la entidad». Pero la Ley dice lo que dice, y una interpretación que obvie que la transformación lo es de la forma jurídica de la entidad sólo puede ser hecha, *de lege ferenda*, por el legislador. Se ha escrito en este sentido, a propósito del acceso por una sociedad al régimen fiscal especial de las entidades de tenencia de valores extranjeros sin adoptar un tipo social distinto, que «este hecho no motiva quiebra del período impositivo porque falta el requisito imprescindible para ello requerido en la norma: la transformación de la forma jurídica de la sociedad»².

Finalmente, y en lo que hace al valor de la consulta V0534-08 antes citada, nos parece que es muy relativo, pues, abstracción hecha de los argumentos de legalidad anteriores, existen otros pronunciamientos de la DGT en los que el centro directivo se muestra muy estricto en el respeto a la literalidad del artículo 26 LIS. Es el caso, por ejemplo, de la consulta vinculante V0354-09, donde se afirma que «en el contexto del Impuesto sobre Sociedades, la transformación de una AIE en una sociedad limitada, no producirá la conclusión del período impositivo a que se refiere el artículo 26.2.d). Ello obedece a que en este caso, la transformación de la forma jurídica de la entidad no supone ni la modificación del tipo de gravamen ni la aplicación a la entidad resultante de la transformación de un régimen especial. La transformación

1 J. A. LÓPEZ-SANTACRUZ, *Memento práctico Francis Lefebvre. Impuesto sobre Sociedades 2008*. Madrid, 2008, pág. 39.

2 A. MAROTO SÁEZ, *Manual del Impuesto sobre Sociedades*, A.A.V.V., Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 2003, pág. 534.

implicará la aplicación del régimen general del Impuesto sobre Sociedades. Se va a pasar, dentro del ámbito del Impuesto sobre Sociedades, del régimen especial propio de las AIE al régimen general propio de las sociedades mercantiles, supuesto que, conforme al tenor literal del artículo 26.2.d sobre interrupción del período impositivo por causa de transformación, no está contemplado».

2.2 · Fusión y escisión

Los apartados 2.d), 3 y 7 del artículo 15 LIS se refieren a las operaciones de fusión y escisión, estableciendo, respectivamente:

- (i) la valoración a mercado de los elementos patrimoniales transmitidos en virtud de «fusión, absorción y escisión total o parcial»;
- (ii) la integración en la base imponible de la sociedad transmitente —absorbida o escindida— de la diferencia entre el valor normal de mercado de los elementos transmitidos y su valor contable; y
- (iii) la integración en la base imponible de los socios de la diferencia entre el valor normal de mercado de la participación recibida —acciones o participaciones en el capital de la sociedad absorbente o beneficiaria de la escisión— y el valor contable de la participación anulada —acciones o participaciones en el capital de la sociedad absorbida o escindida—.

Esta regulación, ciertamente parca, constituye el régimen general de estas operaciones en el Impuesto sobre Sociedades, hecho frecuentemente olvidado por la tremenda fuerza y vis expansiva del régimen fiscal especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una sociedad europea o una sociedad cooperativa europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea («el régimen fiscal especial de fusiones» o, simplemente, «el régimen fiscal especial»), al que la LIS dedica un capítulo entero (el VIII del título VII).

Como es sabido, la esencia del régimen fiscal especial de fusiones radica en la búsqueda de la neutralidad, de modo que, en expresión feliz de Ley 29/1991, de 16 de diciembre —que incorporó a nuestro ordenamiento la Directiva 90/434/CEE, fuente del sistema—, el régimen «no estimula la realización de las operaciones antedichas, pero tampoco las obstaculiza, porque su ejecución no origina carga

tributaria alguna, ni otro beneficio fiscal que el consistente en el diferimiento de aquélla».

La neutralidad, sigue diciendo la exposición de motivos de la Ley 19/1991, «se alcanza a través de dos técnicas tributarias:

— *No integración en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, que grava a las entidades transmitentes, de los incrementos y disminuciones de patrimonio correspondientes a los bienes transmitidos.*

— *Las entidades adquirentes deben valorar los elementos recibidos, a efectos fiscales, por el importe que tenían con anterioridad a la realización de la transmisión.*

Técnicas similares se utilizan respecto de los socios de las entidades transmitentes, ya que estos no están obligados a integrar en su base imponible los incrementos y disminuciones de patrimonio que se produzcan con ocasión del canje de valores, pero los recibidos se valoran, a efectos fiscales, por el valor de adquisición de los entregados».

La casi absoluta preponderancia práctica del régimen fiscal especial de fusiones hace aconsejable que nuestro análisis de las novedades traídas por la LME se haga desde la perspectiva de su encaje en dicho régimen fiscal especial. A tal efecto, lo primero que debemos determinar son las operaciones de fusión y escisión que pueden acogerse al régimen especial.

2.3 · Las operaciones de fusión y escisión que pueden acogerse al régimen especial

Siguiendo una tradición normativa que arranca de la Directiva 90/434/CEE, el régimen especial de fusiones no determina el ámbito de las operaciones que pueden acogerse a él por remisión a otras ramas del ordenamiento, sino que utiliza el sistema de lista cerrada y definición.

En efecto, en cuanto a fusiones y escisiones, el artículo 83 LIS dice así:

«Artículo 83. Definiciones.

1. Tendrá la consideración de fusión la operación por la cual:

- (i) *Una o varias entidades transmiten en bloque a otra entidad ya existente, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, sus respectivos patrimonios sociales, mediante la atribución a sus socios de valores representativos del capi-*

tal social de la otra entidad 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 valores deducido de su contabilidad.

(ii) Dos o más entidades transmiten en bloque a otra nueva, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, la totalidad de sus patrimonios sociales, mediante la atribución a sus socios de valores representativos del capital social de la nueva entidad 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 valores deducido de su contabilidad.

(iii) Una entidad transmite, como consecuencia y 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.

2. Tendrá la consideración de escisión la operación por la cual:

— Una entidad divide en dos o más partes la totalidad de su patrimonio social y los transmite en bloque a dos o más entidades ya existentes o nuevas, como consecuencia de su disolución sin liquidación, mediante la atribución a sus socios, con arreglo a una norma proporcional, de valores representativos del capital social de las entidades adquirentes 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 valores deducido de su contabilidad.

— Una entidad segrega una o varias partes de su patrimonio social que formen ramas de actividad y las transmite en bloque a una o varias entidades de nueva creación o ya existentes, manteniéndose al menos una rama de actividad en la entidad transmitente, recibiendo a cambio valores representativos del capital social de estas últimas, que deberán atribuirse a sus socios en proporción a sus respectivas participaciones, con la consiguiente reducción de capital social y reservas en la cuantía necesaria, y, en su caso, una compensación en dinero en los términos de la letra anterior.

— Una entidad segrega una parte de su patrimonio social, constituida por participaciones en el capital de otras entidades que confieran la mayoría del capital social en estas, manteniendo en su patrimonio al menos participaciones de similares

características en el capital de otra u otras entidades o bien una rama de actividad, y la transmite a otra entidad, de nueva creación o ya existente, recibiendo a cambio valores representativos del capital de la entidad adquirente, que deberá atribuir a sus socios en proporción a sus respectivas participaciones, reduciendo el capital social y las reservas en la cuantía necesaria y, en su caso, una compensación en dinero en los términos de la letra anterior.

En los casos en que existan dos o más entidades adquirentes, la atribución a los socios de la entidad que se escinde de valores representativos del capital de alguna de las entidades adquirentes en proporción distinta a la que tenían en la que se escinde requerirá que los patrimonios adquiridos por aquellas constituyan ramas de actividad».

El artículo 22 LME proporciona el siguiente concepto de fusión: «En virtud de la fusión, dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan»; y a continuación el artículo 23 LME distingue las siguientes clases de fusión:

«1. La fusión en una nueva sociedad implicará la extinción de cada una de las sociedades que se fusionan y la transmisión en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad, que adquirirá por sucesión universal los derechos y obligaciones de aquéllas.

2. Si la fusión hubiese de resultar de la absorción de una o más sociedades por otra ya existente, ésta adquirirá por sucesión universal los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán, aumentando, en su caso, el capital social de la sociedad absorbente en la cuantía que proceda».

A primera vista, entre las clases de fusión de la LME, falta la operación contemplada en el artículo 83.1.c) LIS, esto es, aquélla en la que una entidad transmite, como consecuencia y 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. Esta falta aparente se resuelve por el artículo 53 LME, que la califica de operación asimilada a la fusión, diciendo que «también constituye una fusión la operación mediante la cual una sociedad se extingue transmitiendo en bloque su patrimonio a la sociedad

que posee la totalidad de las acciones, participaciones o cuotas correspondientes a aquella».

Los problemas de encaje empiezan con las operaciones que la LME denomina fusiones especiales, y que regula en sus artículos 48 a 52.

2.3.1 · El encaje de las fusiones especiales de la LME en el régimen fiscal especial

El artículo 48 LME se refiere a la absorción de sociedad íntegramente participada, y dice que cuando la sociedad absorbente fuera titular de forma directa o indirecta de todas las acciones o participaciones sociales en que se divida el capital de la sociedad o sociedades absorbidas, la operación podrá realizarse sin necesidad de que concurre —entre otros requisitos— el aumento de capital de la sociedad absorbente.

No vemos inconveniente en admitir que la absorción de sociedad íntegramente participada de forma directa está incluida en el ámbito del artículo 83.1.a) LIS. Es cierto que falta el aumento de capital de la sociedad absorbente, y con ello la atribución a los socios de la absorbida de valores representativos del capital social de la absorbente, pero ello es consecuencia natural del proceso de fusión en este caso, pues al no existir en la sociedad absorbida otros socios que la propia sociedad absorbente no procede el establecimiento de la relación de canje para la incorporación de los socios de la absorbida a la absorbente, y, por tanto, no es preciso el aumento de capital en la sociedad absorbente para atender al canje. No se olvide, además, que la tenencia por la sociedad absorbente de acciones o participaciones en el capital de la absorbida está específicamente contemplada, sin límite en el porcentaje de participación, en el artículo 89.1 LIS —y en el mismo sentido en el artículo 7 de la Directiva 90/434/CEE—, artículo que precisamente regula dentro del régimen especial los efectos fiscales de la anulación de esa participación por causa de la fusión.

Y aún cabría mantener la tesis tradicional, presente ya en los primeros comentarios sobre el régimen fiscal especial a raíz de su incorporación a nuestro ordenamiento por la Ley 19/1991³, de que la absor-

ción de sociedad íntegramente participada de forma directa cabe en la letra c) del artículo 83.1 LIS.

La absorción de sociedad íntegramente participada de forma indirecta sin aumento de capital de la sociedad absorbente suscita, sin embargo, una reflexión distinta.

En primer lugar, porque en este caso no se da la circunstancia de que el único socio de la sociedad absorbida sea la sociedad absorbente; por el contrario, la sociedad absorbente puede perfectamente no ser socio de la absorbida y poseer su participación en ella indirectamente en su totalidad. De este modo, ni existe atribución de valores al socio de la absorbida ni dicha inexistencia puede salvarse acudiendo al artículo 89.1 LIS, pues por la participación indirecta de la sociedad absorbente en la absorbida la sociedad absorbente no «participa en el capital de la entidad transmitente» en el sentido de dicho artículo.

Pero es que, además, la falta de atribución de valores al socio de la sociedad absorbida, esto es, a la sociedad o sociedades a través de las cuales la absorbente participa indirectamente en la absorbida y que no son parte de la fusión, determina que dicho socio o socios sufran inmediatamente una pérdida en su patrimonio, equivalente al valor de su participación en el capital de la sociedad absorbida que se cancela sin contrapartida en la fusión. Es una merma patrimonial sin causa que ha de remediarse y, en tal sentido, el artículo 49.2 LME, que se refiere al caso de que la sociedad absorbente fuese titular de forma indirecta de todas las acciones o participaciones sociales en que se divida el capital de la sociedad absorbida, dispone que «cuando la fusión provoque una disminución del patrimonio neto de sociedades que no intervienen en la fusión por la participación que tienen en la sociedad absorbida, la sociedad absorbente deberá compensar a estas últimas sociedades por el valor razonable de esa participación».

De este modo, la absorción de sociedad íntegramente participada de forma indirecta sin aumento de capital de la sociedad absorbente y con compensación a socios de la absorbida que no intervienen en la fusión se halla extramuros de las definiciones de la LIS, y, a primera vista, una interpretación extensiva posible que la incluya en dicho ámbito no parece sencilla.

Dos caminos se nos ocurren para intentar aplicar el régimen fiscal especial a la operación que nos ocupa y, por extensión, al resto de variantes de modificaciones estructurales que sean novedad de la LME y que no encajen en las definiciones de la LIS: (i) una

3 J. LÓPEZ TELLO en «Régimen fiscal de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores», *Cuadernos de Formación. Inspección de los Tributos*, Escuela de la Hacienda Pública, nº 20, septiembre 1992, tema central, pág. 6.

suerte de principio de calificación unitaria⁴, en cuya virtud lo que se califique como fusión o escisión a efectos mercantiles sea automáticamente una fusión o escisión a efectos del régimen fiscal especial y (ii) un juicio de efectos equivalentes, de modo que aquellas operaciones que no quepan en las definiciones de la LIS pero que produzcan resultados equivalentes podrían acogerse al régimen especial.

2.3.2 · La pretendida calificación unitaria

Aunque intelectualmente atractivo, un pretendido principio de calificación unitaria en esta materia, en cuya virtud lo que se califique como fusión o escisión a efectos mercantiles es automáticamente una fusión o escisión a efectos del régimen fiscal especial de fusiones, no tiene fundamento.

El sistema de la LIS, que continúa el precedente de la Ley 19/1991 y bebe de la fuente de la Directiva 90/434/CEE, es el de lista cerrada y definición concreta de las operaciones a efectos fiscales. No es que no exista una apelación general a las categorías mercantiles, es que no existe referencia de ningún tipo, ni genérica ni específica ni de alcance supletorio. Por otro lado, el artículo 2 de la Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre, «LGT») no admite dudas al respecto cuando dice que *«en tanto no se definan por la normativa tributaria, los términos empleados en sus normas se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda»*, y el régimen especial empieza con un artículo, el 83 LIS, que se titula precisamente «definiciones». Todavía más, las palabras de la LIS dicen lo que ha de decirse en un sistema de definición a determinados efectos —aquí, los fiscales— cuando sus definiciones principian con la frase *«tendrá la consideración de fusión»* y *«tendrá la consideración de escisión»*, y la frase se repite del mismo modo en el inicio de las correspondientes definiciones de aportación no dineraria de ramas de actividad y de canje de valores.

Durante los últimos años, fundamentalmente en razón de un probablemente bienintencionado intento de incorporar al régimen fiscal especial las fusiones simplificadas del hoy ya derogado artículo 250 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades

Anónimas (aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, «TRLISA»), la DGT ha convertido en cláusula de estilo una frase parecida a la siguiente: *«En la medida en la que este hecho (por ejemplo, que al socio de la sociedad escindida no se le atribuyen valores representativos del capital de una de las entidades adquirentes en proporción a la participación que tenía en la sociedad que se escinde) no desvirtúe la calificación jurídico-mercantil de la operación como de escisión, igual consideración tendría a efectos fiscales, en cuyo caso la operación descrita podría acogerse, en principio, al régimen fiscal especial»*⁵.

Por las razones antes expuestas, amén de la expresa prohibición de la analogía en el ámbito tributario —*«no se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible, de las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales»* (artículo 14 LGT)—, la cláusula anterior no es admisible. Y tras la LME, como tendremos ocasión de ver cuando nos adentremos en el análisis particular de las muchas operaciones de la LME que presentan problemas de encaje en las definiciones del régimen fiscal especial, una cláusula de ese estilo puede incluso convertirse en una fuente de peligrosa inseguridad jurídica. La Administración tributaria debe reconocer el momento en el que hay que apartar las buenas intenciones y dejar que sea la ley la que acompañe el desarrollo del tráfico del modo y hasta el punto en que así lo decida el legislador.

2.3.3 · El juicio de efectos equivalentes

Tampoco nos parece posible una extensión del ámbito de las operaciones que pueden acogerse al régimen especial de las fusiones por la vía de un examen comparativo de efectos que alcanzase la conclusión de que los resultados de la operación controvertida son equivalentes a los de alguna de las operaciones definidas.

Sin reiterar por conocido el principio general de proscripción de la interpretación económica que hoy establece el artículo 13 LGT, sí cabe señalar que el régimen fiscal especial de fusiones tuvo —y tiene— desde sus orígenes una puerta de acceso fundada en un juicio de resultados equivalentes.

⁴ Así lo llama J. L. PRADA LARREA, en «Consecuencias fiscales en el Impuesto sobre Sociedades de la nueva Ley de Modificaciones Estructurales», *Revista Técnica Tributaria*, nº 86, julio-septiembre 2009, pág. 22.

⁵ Tomada de una consulta vinculante tan reciente como la V1704-09, de 16 de julio de 2009.

Nos estamos refiriendo al apartado 6 del artículo 83 LIS, según el cual, «*el régimen tributario previsto en este capítulo será igualmente aplicable a las operaciones en las que intervengan sujetos pasivos de este impuesto que no tengan la forma jurídica de sociedad mercantil, siempre que produzcan resultados equivalentes a los derivados de las operaciones mencionadas en los apartados anteriores*».

Está claro que esta puerta de acceso queda reservada a los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades que no sean sociedades mercantiles, de modo que las sociedades mercantiles deben buscar su acomodo en el régimen a través de alguna de las definiciones proporcionadas por los apartados anteriores de ese artículo 83 LIS.

Sentada así nuestra postura de que, con carácter general, es la modificación legislativa de la Ley tributaria la que debe resolver el problema del acceso al régimen fiscal especial de las operaciones reguladas por la LME que no encajen en las definiciones de la LIS, procede ahora que identifiquemos tales operaciones, a cuyo fin desarrollaremos un análisis individual de operaciones que arrancará con las fusiones especiales, allí donde estábamos tratando de la absorción de sociedad íntegramente participada de forma indirecta. Concluiremos dicho estudio, y este trabajo, con el análisis de la nueva cesión global del activo y pasivo regulada en los artículos 81 y siguientes LME.

3 · ESTUDIO INDIVIDUAL DE OPERACIONES QUE PUDIERAN SER CONTROVERTIDAS A EFECTOS DE SU ENCAJE EN EL RÉGIMEN FISCAL ESPECIAL

3.1 · Fusiones especiales

3.1.1 · Absorción de sociedad íntegramente participada de forma indirecta

El caso se define por el rasgo de que la participación de la sociedad absorbente en la absorbida es totalmente indirecta, existiendo una o más sociedades intermedias que no intervienen en la fusión (utilizando un símil de grados de parentesco, podría decirse que es una fusión abuela-nieta, por contraposición a la absorción de sociedad íntegramente participada de forma directa, que sería una fusión madre-hija). A nuestro juicio, el supuesto puede asimismo incluir la absorción de sociedad íntegramente participada cuando la participación en la absorbida es en parte directa y en parte indirecta.

Al igual que en la absorción de sociedad íntegramente participada de forma directa, también cuando la participación es indirecta puede prescindirse del aumento de capital en la sociedad absorbente.

No obstante, el artículo 49.2 LME establece que, en su caso, puede resultar exigible dicho aumento: «*Cuando la sociedad absorbente fuese titular de forma indirecta de todas las acciones o participaciones sociales en que se divide el capital de la sociedad absorbida, además de tener en cuenta lo dispuesto en el apartado anterior, será siempre necesario el informe de expertos a que se refiere el artículo 34 y será exigible, en su caso, el aumento de capital de la sociedad absorbente*»⁶.

Si no hay incremento del capital social ni la absorbente participa en el capital de la absorbida, el único supuesto en el que podría tener encaje como fusión a efectos del régimen especial es el previsto en el artículo 83.1.c) LIS. Ahora bien, este apartado exige que la absorbente sea titular de todos los valores representativos del capital social de la absorbida y es evidente que ello no se produce en este supuesto. Es decir, quedaría fuera de la definición de fusión a efectos del régimen fiscal especial.

No obstante, cabría plantearse si esa exigencia puede entenderse cumplida con la titularidad indirecta, aunque no esté expresamente admitida en la norma. Asumamos por un momento que ello es así y que la operación planteada pudiera acogerse al régimen fiscal especial. Sigamos adelante con el análisis.

A diferencia del supuesto de absorción de sociedad íntegramente participada de forma directa, en este caso el patrimonio de la absorbida no entra en la absorbente contra la anulación de la participación que tenía en aquella y que hace surgir en la sociedad absorbente el fondo de comercio de fusión o la revalorización de activos de la absorbida cuyos efectos fiscales están claramente admitidos y detalladamente regulados en el artículo 89 LIS. La pregunta sería entonces, si tampoco hay aumento de capital en la absorbente, cuál es la contrapartida con que se recibe dicho patrimonio. La respuesta viene dada en el propio art. 49.2 LME *in fine*:

⁶ No se alcanza a ver bien cuál puede ser el supuesto a que se refiere la LME en que el aumento de capital de la sociedad absorbente sea obligatorio. Se parte de que la participación indirecta es total, y por tanto las sociedades intermedias también están totalmente participadas (directa o indirectamente), no existiendo terceros ajenos que puedan resultar afectados

«2. (...) Cuando la fusión provoque una disminución del patrimonio neto de sociedades que no intervienen en la fusión por la participación que tienen en la sociedad absorbida, la sociedad absorbente deberá compensar a estas últimas sociedades por el valor razonable de esa participación».

Es decir, el patrimonio que la absorbente recibe por la participación indirecta en la absorbida genera una obligación —una cuenta de pasivo exigible en lugar de una de patrimonio neto (capital o reservas)— de compensar a la sociedad intermedia titular directa de la participación en la entidad que se extingue. La sociedad intermedia, a su vez, ve minorado su activo en dicha participación a cambio del derecho a ser compensada por la absorbente, con lo que el supuesto se aproxima, desde la perspectiva que estamos analizando, a aquél en el que la absorbente hubiera adquirido la participación en la absorbida a su filial intermedia pagando por ello su valor razonable (precio de mercado) y luego hubiera procedido a la absorción de una sociedad íntegramente participada de forma directa.

Puesto que la fusión genera así alteraciones patrimoniales también en la sociedad intermedia como consecuencia de la sustitución de la participación en la absorbida por el derecho a la compensación, cabe preguntarse si las posibles rentas derivadas de la compensación podrían quedar también protegidas —léase, diferidas— por aplicación del régimen fiscal especial. No se ve posible. Como ya pusimos de manifiesto, citando la exposición de motivos de la Ley 19/1991, la esencia del régimen es la neutralidad, y la neutralidad se consigue mediante dos técnicas tributarias, lo que respecto de los socios de las entidades transmitentes (absorbida) significa que «no están obligados a integrar en su base imponible los incrementos y disminuciones de patrimonio que se produzcan con ocasión del canje de valores, pero los recibidos se valoran, a efectos fiscales, por el valor de adquisición de los entregados». Abstracción hecha, que ya es bastante, de que en el caso que nos ocupa no hay canje de valores, pues el socio de la absorbida (sociedad intermedia que no interviene en la fusión) recibe una compensación distinta de valores representativos del capital de la absorbente, si esa compensación se satisface en metálico, es conceptualmente imposible aplicar la técnica de diferimiento. Y si se satisface en especie, es un caso de permuta sin mayor especialidad, sin que la LIS admita, ni dentro ni fuera del régimen fiscal especial de las fusiones, diferimientos tributarios en simples permutas de activos. Desde un punto de vista finalista cabría decir que el socio de la absor-

bida ha materializado la plusvalía, que no queda embebida en la participación en otra sociedad, sino en un derecho de crédito que debe ser satisfecho.

3.1.2 · Absorción de sociedad participada al 90%

Un nuevo supuesto de fusión introducido por la LME (artículos 50 y 51) es el de fusión de una sociedad o sociedades anónimas o de responsabilidad limitada que estén participadas de forma directa en, al menos, el 90% de su capital social por la sociedad absorbente. En este caso y en lo que aquí interesa, la LME permite prescindir de algunos requisitos formales de la fusión, en concreto los informes de administradores⁷ y el informe de expertos independientes, en la medida en que con carácter previo la sociedad absorbente ofrezca a los socios minoritarios la compra de sus acciones o participaciones sociales a valor razonable y, si no aceptan, integrarlas en la fusión.

El resultado de tal ofrecimiento puede dar lugar, siguiendo el artículo 50 LME, a diversos escenarios desde la perspectiva de su incardinación en la definición de fusión a efectos fiscales:

- (i) Todos los minoritarios venden sus acciones a la sociedad absorbente. En este supuesto, la fusión sería una fusión de sociedad íntegra y directamente participada, cuyo encaje en el régimen fiscal especial no plantea mayor problema.
- (ii) No todos los minoritarios venden sus acciones a la sociedad absorbente y se les canjean sus acciones o participaciones en la sociedad absorbida por acciones o participaciones en autocartera de la sociedad absorbente. Tampoco este supuesto plantea problemas de encaje en el artículo 83.1 a) LIS, una vez que la doctrina y las contestaciones a consultas de la DGT han admitido que la entrega de acciones a los accionistas o partícipes en la absorbida no exige necesariamente una ampliación de capital de la absorbente, sino que también es válida la entrega de acciones o participaciones tenidas en cartera.
- (iii) No todos los minoritarios venden sus acciones a la sociedad absorbente y se les canjean sus acciones o participaciones en la sociedad absorbida por acciones o participaciones de nueva

⁷ No obstante, sí será preciso el informe de administradores cuando se trate de una fusión transfronteriza.

emisión de la sociedad absorbente. Al igual que el caso anterior, este supuesto no plantea problemas de encaje en el artículo 83.1 a) LIS.

En definitiva, en las tres alternativas que contempla artículo 50 LME, la fusión resultante tiene encaje en el régimen fiscal especial. Cuestión distinta es que el régimen se extienda también a la operación previa de adquisición de acciones o participaciones de la absorbida a sus socios por la sociedad absorbente. Esta compra está excluida del régimen fiscal, y las posibles plusvalías latentes que se pongan de manifiesto tributarán como cualquier otra venta de acciones. En este sentido, la normativa fiscal supone un incentivo para que el socio minoritario no venda, sino que canjee sus acciones o participaciones por acciones o participaciones de la absorbente, ya que ese canje sí se puede acoger a la neutralidad fiscal.

3.1.3 · Supuestos asimilados a la absorción de sociedades íntegramente participadas

Dentro de las fusiones especiales, la LME regula las que denomina «supuestos asimilados a la absorción de sociedades íntegramente participadas». De entre ellas podemos distinguir dos tipos diferentes:

- (i) Fusiones entre sociedades íntegramente participadas, directa o indirectamente, por un mismo socio.
- (ii) Fusiones en las que la sociedad absorbida participa, directa o indirectamente, en la totalidad del capital de la sociedad absorbente.

En ambos casos, las consecuencias en el proceso de fusión en lo que a su encaje en el concepto fiscal de fusión se refiere son las mismas que en la fusión de sociedad íntegramente participada. Es decir, que en estos procesos de fusión se podrá prescindir del aumento de capital de la sociedad absorbente

Centrándonos en el primer grupo (fusiones entre sociedades participadas por un mismo socio), cabría a su vez distinguir según la participación sea directa (fusión entre hermanas, siguiendo con el símil de grado de parentesco) o indirecta (fusión entre primas).

3.1.3.1 · Fusión de sociedades íntegramente participadas de forma directa por un mismo socio

En este supuesto, aún cuando la sociedad absorbente no participa en el capital de la sociedad absorbida, no procede a emitir capital en favor de la socie-

dad titular de las participaciones en el capital de la sociedad absorbente. Ello implicaría, en un simple contraste con las definiciones de fusión a efectos fiscales del artículo 83.1 LIS, que, a priori, el supuesto no tuviera encaje en ninguno de los tres contemplados en dicho artículo: en los dos primeros, por no existir atribución de valores a los socios de la absorbida, y, en el tercero, por no ser la absorbente titular de la totalidad del capital social de la absorbida. La consecuencia de no poder ser considerada como fusión a efectos fiscales, sería definitiva: esta fusión no podría acogerse al régimen fiscal especial.

Sin embargo, la doctrina administrativa anterior a la LME no ha seguido dicho criterio con el rigor expuesto, ensayando, como anticipamos más arriba, una interpretación más finalista. A partir del artículo 250.2 del TRLSA, que regulaba con anterioridad a la LME la fusión entre participadas por una misma entidad como fusión simplificada, la DGT ha mantenido que esta fusión podía acogerse al régimen fiscal especial sobre la base de dos argumentos: por un lado, la operación planteada reúne los requisitos establecidos en la normativa mercantil para tener la consideración de fusión⁸ (requisito

⁸ Así por ejemplo, lo manifiesta la consulta de V0727709, de 7 de abril de 2009, que señala:

“Así, para supuestos como el planteado, en el ámbito mercantil, el artículo 250 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre establece los requisitos necesarios para los supuestos, entre otros, de fusiones entre tres sociedades íntegramente participadas de manera directa por una tercera. Entre dichos requisitos mercantiles se encuentra el que no resulta necesario proceder a un aumento de capital en la sociedad absorbente por la recepción del patrimonio de la absorbida, por lo que podemos indicar que la operación mencionada cumple la normativa mercantil para tener la consideración de fusión. Estos requisitos resultan igualmente aplicables en el caso de que las entidades que participen en la operación tengan la forma jurídica de sociedades de responsabilidad limitada, según se dispone en el artículo 94 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Por otra parte, la aplicación del régimen fiscal especial exige que los socios de la sociedad que se extingue como consecuencia de la fusión pasen a ser socios de la sociedad absorbente. Así se desprende en el artículo 83.1.a) del TRLIS, al establecer la necesidad de atribuir a los socios de la sociedad absorbida valores representativos del capital de la sociedad absorbente.

No obstante, en este caso particular en donde las sociedades absorbidas y absorbente están íntegramente participadas por el mismo socio de forma directa, no parece absolutamente necesario que se produzca tal atribución de títulos. En efecto, aún cuando no se produzca esa atribución de valores de la sociedad absorbente, al existir un único socio en todas las entidades que participan 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

que considera ineludible) y, por otro, que el requisito fiscal de que se atribuyan valores representativos del capital en la absorbente a los socios de la absorbida tiene por objeto que éstos pasen a ser socios de la absorbente y que, cuando absorbida y absorbente están participadas directamente por una misma entidad de forma directa, no parece estrictamente necesario la emisión de valores, ya que la situación patrimonial no varía sustancialmente.

La argumentación anterior tenía una consecuencia directa: el valor de las participaciones del socio común en la sociedad absorbida no desaparece, sino que pasa a incrementar el valor de la participación que dicho socio tenía en la sociedad absorbente. Con ello, los efectos fiscales de que se hubiese o no ampliado el capital de la sociedad absorbente y atribuido esos valores al socio común eran sustancialmente los mismos, y quizá en esta última consideración radique la justificación última de la aceptación de este tipo de fusión como susceptible de acogerse al régimen fiscal especial.

Sin embargo, cuando el socio común era una persona física o un grupo de personas físicas, las consultas de la DGT han sido frontalmente contrarias a admitir el acogimiento al régimen especial. Es cierto que la literalidad del artículo 250.2 LSA se refería a un socio común con forma societaria, pero las respuestas negativas del órgano administrativo al caso del socio común persona física no se basan en este hecho —en puridad, no podrían hacerlo—, sino, simple y llanamente, en que al no emitirse nuevas participaciones no se cumplía ninguno de los supuestos del artículo 83 LIS. Valga el ejemplo de la consulta vinculante V0174-08, donde se dice:

«Por tanto, según se establece en la propia Directiva comunitaria, la ausencia de ampliación de capital en la sociedad absorbente, y por ello, de atribución de los títulos generados a los socios de la sociedad absorbida está previsto exclusivamente para un único caso: el supuesto en que la sociedad absorbente participa en el 100% del capital de la absorbida, circunstancia que no concurre en el caso planteado.»

Por tanto, en aplicación de la Directiva comunitaria, la realización de la operación por la cual una entidad absorbe a dos entidades entre las que no existe ningún porcentaje de participación, requiere como condición sine qua non la existencia de una

ampliación de capital en la entidad absorbente, con la finalidad de atribuir títulos a los socios de las sociedades absorbidas. Dicha circunstancia no concurre en el caso planteado, dado que no existe ninguna participación entre las entidades afectadas por la operación señalada, sin que a estos efectos deba considerarse válido el hecho de que las tres sociedades estén participadas por varios socios personas físicas que resulten coincidentes».

En fin, una de cal y otra de arena. Como decíamos más arriba, la Administración tributaria debería reconocer el momento en el que hay que apartar las buenas intenciones y dejar que sea la Ley la que acompañe el desarrollo del tráfico del modo y hasta el punto en que así lo decida el legislador.

3.1.3.2 · Fusión de sociedades íntegramente participadas de forma indirecta por un mismo socio

La LME admite también, sin necesidad de aumento de capital, las fusiones entre sociedades íntegramente participadas por un mismo socio, aun cuando tal participación sea indirecta total o parcialmente. Hay aquí una diferencia con el anterior artículo 250 TRLSA, que sólo contemplaba la fusión entre sociedades participadas directamente. Cuando la participación en la absorbida es indirecta, la sociedad intermedia pierde su participación en aquella, y conforme al artículo 52.2 LME debe ser compensada por la absorbente si la fusión provoca una disminución de su patrimonio neto. Un ejemplo de lo anterior sería la fusión entre sociedades «primas».

Este caso también englobaría, en nuestra opinión, las fusiones en las que el socio común participa directa e indirectamente en las sociedades implicadas en la fusión. Ello abarca tanto la fusión «tía-sobrina» (participada directamente que absorbe a la participada indirectamente), como la fusión «sobrina-tía» (participada indirectamente que absorbe a la participada directamente).

Al igual que en el caso anterior, en este supuesto nos encontramos con fusiones mercantiles que no encuentran encaje en la definición de fusión fiscal. Pero además se dan circunstancias adicionales que deterioran aún más sus posibilidades de inclusión en el régimen fiscal especial:

(i) Por un lado, y a diferencia de la fusión entre hermanas, la situación patrimonial tras la fusión si no se amplía capital no es similar al supuesto en que se amplía capital. Esto es debido a que la sociedad titular de una participación en la socie-

neutralidad requerida en el capítulo VIII del título VII del TRLIS para la aplicación del régimen fiscal especial.

dad absorbida no va a recibir participación alguna en la absorbente. Recordemos que este era un dato que las consultas de la DGT valoraban para calificar alguna fusión simplificada como fusión susceptible de acogerse al régimen fiscal.

(ii) Por otro lado, al perder los socios de la absorbida su participación sin recibir una participación en la absorbente, pueden sufrir una disminución en su patrimonio neto que deben ser compensada. Como ya veíamos en el supuesto de fusión de sociedad íntegramente participada de forma indirecta, esta obligación de compensación a valor razonable es extraña al régimen de neutralidad.

Esta obligación de compensar se produciría en todos los casos en que la participación en la absorbida tuviera algún valor, salvo si el socio de la absorbida resulta ser el socio común, ya que la pérdida derivada de la desaparición de la participación en la absorbida se ve compensada por el incremento del valor de la participación en la sociedad intermedia cuya filial ha recibido el patrimonio de la absorbida⁹. En este caso, el resultado de la fusión sería equivalente al de un previo canje de valores de la absorbida a la absorbente seguido de una fusión directa madre-hija, ambas operaciones acogidas al régimen fiscal especial. En los demás supuestos en que surge la obligación de compensación el resultado sería equivalente al de una previa venta de la participación en la absorbida a la absorbente seguida de una fusión madre-hija.

3.1.4 · Fusiones inversas

Bajo esta denominación nos referimos a las fusiones en las que la sociedad absorbida fuera titular directa o indirectamente de todas las acciones o participaciones en el capital de la absorbente. Como en el caso anterior, resulta conveniente el estudio por separado de la participación directa e indirecta.

3.1.4.1 · Absorción por sociedad íntegramente participada de forma directa —fusión inversa directa («hija-madre»)

Aunque en la fusión inversa con participación directa de la absorbida en la absorbente el artículo

52 LME permite que no exista aumento del capital de la sociedad absorbente, si existe en este caso atribución de valores representativos del capital de la absorbente a los socios de la absorbida. En efecto, dichos socios reciben las participaciones en el capital de la absorbente que ésta adquiere como consecuencia de su adquisición en bloque del patrimonio de la absorbida. Es por ello por lo que el supuesto es perfectamente subsumible en el artículo 83.1.a) LIS.

En este sentido, la DGT ha confirmado reiteradamente que «el artículo 83 del TRLIS no distingue que los valores atribuidos a los socios de la entidad disuelta procedan de una ampliación de capital de la sociedad adquirente o bien de acciones propias que ésta última recibiera como consecuencia de la operación de fusión»¹⁰, y, en consecuencia, ha admitido en múltiples ocasiones la aplicación del régimen fiscal especial a este tipo de fusiones inversas.

Todavía más, la fusión inversa directa tiene incluso un apartado específico dentro del régimen fiscal: el apartado 4 del artículo 89 LIS, según el cual, «cuando la entidad transmitente participe en el capital de la entidad adquirente no se integrarán en la base imponible de aquélla las rentas que se pongan de manifiesto con ocasión de la transmisión de la participación, aun cuando la entidad hubiera ejercitado la facultad de renuncia establecida en el apartado 2 del artículo 84 de esta Ley».

3.1.4.2 · Absorción por sociedad íntegramente participada de forma indirecta —fusión inversa indirecta («nieta-abuela»)

En las fusiones inversas indirectas la sociedad absorbente, al recibir el patrimonio de la absorbida, adquiere también las acciones o participaciones de la sociedad intermedia, que serán las que, en su caso, entregue a los socios de la absorbida. Planteada así la fusión, no parece que pueda tener fácil encaje en la definición fiscal de fusión por absorción (artículo 83.1.a LIS), ya que ésta exige que los socios de la absorbida reciban valores representativos del capital de la absorbente. Quedaría así esta fusión fuera del ámbito de la definición de fusión a efectos fiscales de la LIS.

De ahí en adelante nos remitimos a lo dicho anteriormente en relación con la interpretación finalista ensayada por la DGT a propósito de las fusión de

⁹ Como sería el caso de la fusión «sobrina-nieta» antes expuesto.

¹⁰ Consulta vinculante V0167-07, entre otras muchas.

sociedades íntegramente participadas de forma directa por un mismo socio.

3.1.5 · Operación asimilada a la fusión

El artículo 53 LME dispone que *«también constituye una fusión la operación mediante la cual una sociedad se extingue transmitiendo en bloque su patrimonio a la sociedad que posee la totalidad de las acciones, participaciones o cuotas correspondientes a aquella»*.

Con anterioridad a la LME se había planteado el régimen fiscal aplicable a la cesión global de activos y pasivos que una sociedad que se extingue podía hacer en favor de su socio único al amparo del artículo 266 TRLSA, que se refería a que *«en los supuestos de fusión o escisión total o cualquier otro de cesión global del activo y pasivo, una vez disuelta la sociedad no se abre el período de liquidación»*.

La doctrina mayoritaria y las consultas de la DGT habían sostenido que la cesión global de activos y pasivos a favor del socio único de la sociedad que se extingue, aún no siendo formalmente fusiones a efectos mercantiles, integraban el concepto de fusión fiscal del artículo 83.1 c.) LIS al haber una transmisión en bloque del patrimonio de la sociedad que se extingue a favor de su socio único podían acogerse al régimen fiscal especial

No obstante, y a nuestro entender de modo discutible, la DGT había planteado que tales cesiones, admisibles para sociedades anónimas al amparo del artículo 266 TRLSA no lo eran para sociedades de responsabilidad limitada. El argumento para ello era que *«el artículo 117 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL)», que regula la cesión global del activo y pasivo, se encuentra incluido en la Sección Segunda (Liquidación) del capítulo X (De la disolución y liquidación), por lo que una interpretación tanto sistemática como teleológica de la norma nos lleva a la conclusión de que la cesión global del activo y pasivo de una sociedad limitada supone una auténtica liquidación de la sociedad»*. Al considerar la cesión una operación de liquidación no podía entenderse como fusión.

La redacción del artículo 52 LME clarifica, pues, las dudas anteriores, al considerar fusión y someter al mismo régimen a estas operaciones con independencia de su forma societaria, anónima o limitada, por lo que en ambos casos habrá derecho a la aplicación del régimen fiscal especial al amparo del artículo 83.1 c.) LIS.

3.2 · Escisiones

3.2.1 · Segregación

El artículo 68 LME clasifica la segregación como la tercera forma de escisión, junto a la escisión total y parcial, y se define en el artículo 71 LME en los siguientes términos:

«Se entiende por segregación el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias».

A simple vista puede observarse la diferencia sustancial de la segregación en relación con las figuras clásicas de la escisión total y parcial: en la segregación no son los socios de la sociedad segregada los que reciben las acciones o participaciones de las beneficiarias de la escisión, sino que es la propia sociedad segregada la que las recibe. Consecuentemente, la sociedad segregada no procede a reducir capital y reservas en la cuantía necesaria ya que no ve disminuido su patrimonio, sino simplemente sustituye una parte de su patrimonio que constituye una unidad económica por una participación en el capital de la sociedad beneficiaria.

Examinando la definición de los distintos tipos de escisión a efectos fiscales del artículo 83.2.1 LIS, podemos observar que las tres formas contempladas (escisión total, escisión parcial de rama de actividad y escisión financiera) exigen la atribución de los valores recibidos de las sociedades beneficiarias a los socios de la sociedad escindida. Resultaría así que la segregación no tiene encaje conceptual dentro de la escisión definida a efectos del régimen fiscal especial, ni puede acogerse a él en cuanto tal escisión.

No obstante, el hecho de que la segregación no se pueda beneficiar del régimen fiscal como escisión no implica que no pueda hacerlo bajo el amparo de alguna de las demás operaciones susceptibles de acogerse al régimen. En este sentido, existe una figura que podría resultar, en su caso, aplicable: la aportación no dineraria de rama de actividad definida en el artículo 83.3 LIS, según el cual:

«Tendrá la consideración de aportación no dineraria de ramas de actividad la operación por la cual una entidad aporta, sin ser disuelta, a otra entidad de nueva creación o ya existente la totalidad o una

o más ramas de actividad, recibiendo a cambio valores representativos del capital social de la entidad adquirente».

La segregación puede reunir los elementos necesarios para poder configurarse como aportación de rama de actividad. Por un lado, en ambos casos la sociedad segregada-aportante no se disuelve, y por otro lado, es ésta sociedad y no sus socios los que reciben acciones o participaciones de la sociedad beneficiaria-adquirente de la aportación. Sin embargo, puede no haber coincidencia plena en el patrimonio aportado ya que, conforme a una reiterada doctrina de la DGT el concepto fiscal de rama de actividad, aunque relacionado, es más exigente que el mercantil de unidad económica autónoma. En efecto, el artículo 83.4 LIS define la rama de actividad como «el conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios».

De este modo, si el patrimonio segregado, aun siendo una unidad económica, no constituye una rama de actividad, no podrá acogerse al régimen fiscal por esta vía. Sin embargo, la segregación podría aún beneficiarse del régimen, en todo o en parte, al amparo de otras figuras, como el canje de valores, si la sociedad beneficiaria adquiere o incrementa una participación mayoritaria en otra entidad como consecuencia de la segregación (artículos 83.5 y 87 LIS), o con carácter general como aportación no dineraria especial (artículo 94 LIS), en la medida en que se cumplan los requisitos para ello.

Una vez que la segregación haya podido acogerse al régimen fiscal de neutralidad por alguna de las vías indicadas, no debe olvidarse que en función de la vía escogida, se determinarán los efectos fiscales de la operación. Nótese en este sentido que los requisitos y efectos fiscales de una escisión pueden presentar importantes variaciones con relación a una aportación no dineraria o un canje de valores.

3.2.2 · Constitución de sociedad íntegramente participada mediante transmisión del patrimonio

Aunque no la considera propiamente una escisión, la LME establece que se le aplicarán también las normas de la escisión «en cuanto procedan» a la operación mediante la cual una sociedad transmite en bloque su patrimonio a otra sociedad de nueva creación, recibiendo a cambio todas las acciones,

participaciones o cuotas de socio de la sociedad beneficiaria.

Esta operación, por la cual una sociedad filializa su activo y pasivo para pasar a ser una pura sociedad *holding*, presenta a efectos fiscales las mismas características que la segregación, ya que nuevamente se trasmite un patrimonio por una sociedad que no se disuelve y que recibe a cambio acciones o participaciones en la sociedad beneficiaria.

En consecuencia, en la medida en que el patrimonio atribuido a la filial sea una rama de actividad, la operación podrá ser considerada a efectos de su inclusión en el régimen de neutralidad una aportación de rama de actividad, o, en su caso, como canje de valores o aportación no dineraria, como ya hemos examinado en la segregación.

3.3 · La nueva cesión global de activo y pasivo

La LME ha pasado a regular detenidamente la figura de la cesión global de activo y pasivo, que anteriormente sólo era mencionada en los artículos 266 TRLSA y 177 LSRL, dotándola de unos perfiles nuevos y propios.

El artículo 81 LME la define en los siguientes términos:

«1. Una sociedad inscrita podrá transmitir en bloque todo su patrimonio por sucesión universal, a uno o a varios socios o terceros, a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario.

2. La sociedad cedente quedará extinguida si la contraprestación fuese recibida total y directamente por los socios. En todo caso, la contraprestación que reciba cada socio deberá respetar las normas aplicables a la cuota de liquidación».

Desde el punto de vista del encaje de la figura en el régimen fiscal especial de fusiones, destaca inmediatamente el hecho de que la cesión global de activo y pasivo exige que, a cambio de la cesión del patrimonio, se entregue «una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas del cesionario». Contrastando este requisito con las distintas figuras que pueden acogerse al régimen fiscal especial, se observa que —salvo la operación asimilada a la fusión del artículo 83.1.c) LIS, lógicamente no aplicable a este supuesto— todas ellas (fusión, escisión, aportación de rama de actividad, canje de valores o aportación no dineraria especial) exigen que la contraprestación consista precisa-

mente en valores representativos del capital de la entidad que recibe el patrimonio. En consecuencia, entendemos que la nueva cesión global de activo y pasivo que define la LME no podrá acogerse al régimen fiscal especial de fusiones, al no ser susceptible de encaje en ninguna de las operaciones recogidas en él.

Lo anterior no es sino una constatación *de lege data*, y no presupone que la cesión global de activo y

pasivo no pueda ser un vehículo apto para la reestructuración o reorganización de actividades empresariales que no implique, según en qué consista la contraprestación, la realización de plusvalías latentes (piénsese, por ejemplo, en el supuesto de entrega de acciones o participaciones de una sociedad filial), y por tanto merecedor en su caso de la aplicación del régimen fiscal especial, luego de la correspondiente reforma de la LIS.