

# RÉGIMEN FISCAL ESPECIAL DE LAS APORTACIONES NO DINERARIAS

**Benjamín Chasco Arellano**

**ADVERTIMENT.** L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

**ADVERTENCIA.** El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

**WARNING.** Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.



TESIS DOCTORAL

LAS APORTACIONES NO DINERARIAS EN LAS OPERACIONES DE  
REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL:  
RÉGIMEN TRIBUTARIO

Benjamín CHASCO ARELLANO

2023





TESIS DOCTORAL

RÉGIMEN FISCAL ESPECIAL DE LAS APORTACIONES NO DINERARIAS

Benjamín CHASCO ARELLANO

2023

PROGRAMA DE DOCTORADO

DERECHO, ECONOMÍA Y EMPRESA

Dirigida por: Dra. D<sup>a</sup>. María Luisa ESTEVE PARDO

Memoria presentada para optar al título de doctor por la Universitat de Girona



## INDICE

<b>ABREVIATURAS .....</b>	<b>VII</b>
<b>RESUMEN .....</b>	<b>1</b>
<b>SUMMARY .....</b>	<b>3</b>
<b>RESUM .....</b>	<b>5</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA TRIBUTACIÓN DE LAS REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES .....</b>	<b>5</b>
1. LA REESTRUCTURACIÓN DE EMPRESAS .....	5
2. EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA TRIBUTACIÓN DE LAS REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES .....	8
2.1. <i>Incidencia de la tributación sobre las reestructuraciones empresariales</i> .....	8
2.2. <i>Disposiciones de la Unión Europea</i> .....	10
2.2.1. La primera Directiva sobre tributación de las reestructuraciones empresariales de dimensión comunitaria .....	10
2.2.2. La modificación de 2005.....	12
2.2.3. La regulación vigente.....	13
2.3. <i>Evolución de la regulación jurídico-tributaria estatal</i> .....	14
2.3.1. Antecedentes históricos.....	14
2.3.2. Régimen tributario de las fusiones de empresas en la Ley 76/1880, de 26 de diciembre, sobre Régimen Fiscal de las Fusiones de Empresas .....	16
2.3.2.1. <i>Ámbito de aplicación</i> .....	16
2.3.2.2. <i>Deficiencias de la regulación</i> .....	20
2.3.2.3. <i>La interpretación jurisprudencial</i> .....	22
2.3.3. Régimen fiscal especial de las operaciones de reestructuración tras la adaptación del ordenamiento jurídico interno a la Directiva 90/434/CEE .....	25
2.3.3.1. <i>Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas</i> .....	25
2.3.3.2. <i>Régimen previsto en la LIS 43/1995</i> .....	27
2.3.3.3. <i>La regulación del régimen fiscal especial de acuerdo en el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades de 2004</i> .....	31
2.3.3.4. <i>Última etapa: el régimen fiscal especial en la vigente Ley del Impuesto sobre Sociedades</i> .....	33
2.4. <i>Cuestiones interpretativas</i> .....	34
<b>CAPÍTULO II. LAS APORTACIONES NO DINERARIAS.....</b>	<b>39</b>
1. CARACTERIZACIÓN DE LAS APORTACIONES SOCIETARIAS .....	39
1.1. <i>Consideraciones iniciales</i> .....	39

1.2. Concepto de aportación societaria como aportación no dineraria.....	41
2. CONCEPTO DE RAMA DE ACTIVIDAD .....	53
2.1. Introducción .....	53
2.2. Noción legal en el ordenamiento español.....	54
2.3. Noción de rama de actividad en el Derecho de la Unión Europea .....	58
2.3.1. Ámbito tributario .....	58
2.3.2. Ámbito mercantil.....	63
2.4. El concepto de rama de actividad .....	66
2.4.1. Posturas doctrinales .....	66
2.4.2. La doctrina administrativa .....	73
2.4.3. La rama de actividad según la jurisprudencia.....	77
2.5. Otras figuras similares y cuestiones controvertidas.....	80
2.5.1. La rama de actividad en el IVA .....	81
2.5.2. Otras figuras similares .....	85
2.5.3. Otras cuestiones controvertidas .....	87
2.5.3.1. Los pasivos vinculados a la rama de actividad .....	88
2.5.3.2. La preexistencia de la rama de actividad .....	94
2.5.3.3. La integridad y características de los activos de la rama de actividad .....	97
3. APORTACIONES NO DINERARIAS ESPECIALES.....	101
3.1. Incorporación al ordenamiento español.....	101
3.2. Residencia en territorio español de las entidades intervinientes.....	107
3.3. Participación en la entidad adquirente .....	108
3.4. Características de los bienes aportados.....	110
3.5. Inclusión de deudas en la aportación.....	119
3.6. Aplicación del art. 87 LIS a las aportaciones de socios sin contraprestación .....	121
4. APORTACIONES NO DINERARIAS REALIZADAS POR PERSONAS FÍSICAS.....	127
4.1. Incorporación y evolución legislativa .....	127
4.2. La necesidad de desarrollar una actividad económica .....	131
4.3. La actividad económica a desarrollar: aportaciones realizadas por profesionales.....	134
4.4. Requisitos para su aplicación .....	137
4.4.1. Llevanza de la contabilidad conforme al Código de Comercio .....	138
4.4.2. Afectación a una actividad económica .....	143
4.4.3. Características de la sociedad cuyos títulos se aportan .....	146
5. PROCEDIMIENTO DE LA APORTACIÓN .....	153
5.1. Forma mercantil de la operación .....	153
5.2. Constitución de una sociedad .....	158
5.3. Operación de aumento de capital.....	161
5.3.1. Consideraciones generales .....	161
5.3.2. Instrumentación del aumento de capital .....	165
5.4. Segregación.....	171
5.5. Aportación contra autocartera .....	178
5.6. Aportación contra acciones del resto de socios. ....	183
5.7. Consideración de los terceros afectados por la operación.....	183

## CAPÍTULO III. EL RÉGIMEN TRIBUTARIO DE LAS APORTACIONES NO DINERARIAS 187

1. INTRODUCCIÓN.....	187
2. <i>Supuestos de aplicación del régimen especial en las aportaciones no dinerarias</i> .....	190
2.1. <i>Aplicación del régimen fiscal especial a las aportaciones no dinerarias de rama de actividad</i> .....	191
2.1.1. <i>Supuestos de aplicación del régimen fiscal especial a las aportaciones no dinerarias de rama de actividad</i> .....	192
2.1.2. <i>Requisitos respecto de la tributación de la entidad adquirente</i> .....	203
2.2. <i>Aplicación del régimen fiscal especial a las aportaciones no dinerarias especiales</i> .....	207
2.3. <i>Aplicación del régimen fiscal especial a las aportaciones no dinerarias realizadas por personas físicas</i> .....	207
3. RÉGIMEN DE LAS RENTAS PUESTAS DE MANIFIESTO EN LA ENTIDAD TRANSMITENTE.....	208
3.1. <i>Régimen general</i> .....	208
3.2. <i>Régimen especial</i> .....	213
4. VALORACIÓN FISCAL DE LOS BIENES TRANSMITIDOS.....	218
4.1. <i>Régimen general</i> .....	218
4.2. <i>Régimen especial</i> .....	221
5. VALORACIÓN FISCAL DE LAS PARTICIPACIONES RECIBIDAS EN CONTRAPRESTACIÓN A LA APORTACIÓN.....	228
5.1. <i>Régimen general</i> .....	228
5.2. <i>Régimen especial</i> .....	228
6. RENUNCIA AL RÉGIMEN .....	229
7. MEDIDAS CORRECTORAS DE LA DOBLE IMPOSICIÓN .....	231
7.1. <i>Introducción</i> .....	231
7.2. <i>Régimen anterior</i> .....	237
7.3. <i>Régimen actual</i> .....	241
8. OTROS TRIBUTOS .....	247
8.1. <i>Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados – Modalidad Operaciones Societarias</i> .....	247
8.2. <i>Impuesto sobre el Valor Añadido</i> .....	250
8.3. <i>Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana</i> .....	256
9. ASPECTOS CONTABLES DE LAS OPERACIONES DE APORTACIÓN NO DINERARIA.....	261
9.1. <i>Obligaciones de registro contable</i> .....	261
9.1.1. <i>Obligaciones de la entidad adquirente</i> .....	262
9.1.2. <i>Obligaciones de la entidad transmitente</i> .....	266
9.2. <i>Contabilización de las operaciones</i> .....	268
9.2.1. <i>Contabilización según el PGC 1990</i> .....	268
9.2.2. <i>Contabilización con el PGC actual</i> .....	274
9.2.3. <i>Concepto de negocio</i> .....	274
9.2.4. <i>Concepto de grupo</i> .....	275
9.2.5. <i>Aplicación a las operaciones de aportación no dineraria</i> .....	276
9.2.6. <i>Aportación de elementos patrimoniales</i> .....	277
9.2.7. <i>Permutas</i> .....	282
9.2.8. <i>Aportación no dineraria de rama de actividad entre empresas no del grupo</i> .....	282



9.2.9. Aportación no dineraria de rama de actividad (negocio) entre empresas del grupo .....	291
9.2.10. Aportación de créditos .....	294
9.2.11. Resumen y principio de imagen fiel .....	295
9.2.12. Contabilización del impuesto diferido .....	298
10. FECHA DE IMPUTACIÓN DE RENTAS: RETROACCIÓN CONTABLE .....	302
10.1. <i>Justificación de su existencia</i> .....	302
10.2. <i>Régimen original</i> .....	305
10.3. <i>El nuevo PGC y la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles</i> .....	310
11. SUJETOS PASIVOS DEL RÉGIMEN FISCAL ESPECIAL .....	314
11.1. <i>Sociedades civiles</i> .....	315
11.2. <i>Entidades en régimen de transparencia fiscal</i> .....	316
11.3. <i>Sociedades y Entidades patrimoniales</i> .....	318
11.4. <i>Sociedades de inversión mobiliaria</i> .....	319
11.5. <i>Entidades de tenencia de valores extranjeros</i> .....	320

## **CAPÍTULO IV. SUCESIÓN RESPECTO DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES TRIBUTARIAS**

.....	<b>323</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	323
2. LA SUCESIÓN EN DERECHO PRIVADO Y LA AUTONOMÍA DEL DERECHO TRIBUTARIO .....	325
2.1. <i>Concepto de sucesión</i> .....	326
2.2. <i>La indisponibilidad del crédito tributario</i> .....	333
3. LA SUCESIÓN TRIBUTARIA EN LA LGT 1963 .....	339
3.1. <i>Los supuestos de sucesión</i> .....	340
3.2. <i>La llamada sucesión de empresa</i> .....	347
3.2.1. Existencia de sucesión .....	348
3.2.2. Naturaleza de la responsabilidad .....	358
3.2.3. Demás cuestiones relativas a la sucesión .....	364
4. LA SUCESIÓN EN LA ACTUAL LGT .....	383
4.1. <i>La transmisión de las obligaciones tributarias</i> .....	384
4.2. <i>La transmisión de los derechos tributarios</i> .....	390
4.3. <i>Especial referencia a la compensación de bases imponibles negativas</i> .....	395
5. LA SUCESIÓN EN EL RÉGIMEN FISCAL ESPECIAL .....	408

## **CAPÍTULO V. LIMITACIONES EN LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN FISCAL ESPECIAL 427**

1. FINALIDAD DE LA REESTRUCTURACIÓN: AUSENCIA DE FRAUDE O EVASIÓN FISCAL .....	427
1.1. <i>Los motivos de la operación como elemento de calificación del negocio jurídico</i> .....	431
1.2. <i>La finalidad de fraude o evasión fiscal</i> .....	433
1.2.1. Existencia de fraude o evasión fiscal .....	434
1.2.2. Finalidad principal de la operación .....	445
1.3. <i>Concepto de motivos económicos válidos</i> .....	449
1.4. <i>Consecuencias de la ausencia de motivos económicos válidos</i> .....	464

---

1.5. Formulación de consultas tributarias.....	482
1.6. Infracciones y sanciones.....	494
1.7. Procedimiento para la aplicación de la cláusula antiabuso.....	498
1.8. Aplicación a diferentes operaciones .....	500
1.9. Medios de prueba .....	503
1.10. Consecuencias de la aplicación de la cláusula antiabuso .....	506
1.11. Incidencia sobre el resto de impuestos .....	509
2. COMUNICACIÓN DE LA OPERACIÓN .....	512
2.1. Momento de la comunicación.....	516
2.2. Entidad que debe adoptar la decisión.....	522
2.3. Órgano que debe adoptar la decisión.....	529
2.4. Efectos de la falta de comunicación.....	533
2.5. Contenido de la comunicación .....	535
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>537</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>547</b>



## ABREVIATURAS

AEAT	Agencia Estatal de Administración Tributaria
AIE	Agrupación de Interés Económico
AN	Audiencia Nacional
art.	artículo
BIN	Base Imponible Negativa - Bases Imponibles Negativas
BOICAC	Boletín Oficial del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas
CC	Código Civil
CCo	Código de Comercio
CDI	Convenio para evitar la doble imposición internacional
CE	Constitución española
CEE	Comunidad Económica Europea
DA	Disposición Adicional
DGRN	Dirección General de los registros y del Notariado
DGT	Dirección General de Tributos
DT	Disposición Transitoria
Ed.	Editorial
ed.	edición
IAE	Impuesto de Actividades Económicas
ICAC	Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas
IEF	Instituto de Estudios Fiscales
IGTE	Impuesto General sobre el Tráfico de Empresas
IP	Impuesto sobre el Patrimonio
IRNR	Impuesto sobre la Renta de No Residentes
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
IS	Impuesto sobre Sociedades
ISD	Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones

ITPAJD	Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido
LDGC	Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes
LGP	Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria
LGT	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria
LGT 1963	Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria
LIP	Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio
LIRNR	Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes
LIRPF	Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio
LIS	Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades
LIS 61/1978	Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades
LIS 43/1995	Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades
LISD	Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones
LITPAJD	Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
LIVA	Ley 7/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido
LME	Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles
LPA	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

---

LRHL	Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales
LRJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa
LSA	Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre
LSC	Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio
LSRL	Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada
MEH	Ministerio de Economía y Hacienda
NECA	Norma de Elaboración de las Cuentas Anuales
NRV	Norma de Registro y Valoración contable
núm.	número
op.cit.	obra citada
OPA	Oferta Pública de Acciones
pág.	página
págs.	páginas
PGC 1990	Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad
PGC	Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad
RD	Real Decreto
RFE	Régimen Fiscal Especial
RGR	Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación
RIS	Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional

SRL	Sociedad de Responsabilidad Limitada
ss.	siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEAC	Tribunal Económico Administrativo Central
TEAR	Tribunal Económico Administrativo Regional
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TR	Texto Refundido
TRLIS 2004	Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea
UTE	Unión Temporal de Empresas
Vol.	Volumen

## RESUMEN

El entorno económico en el que se desenvuelven las empresas ha cambiado de forma dramática en las últimas décadas. Frente a un entorno estable y local, hemos pasado a un ecosistema global, donde los cambios tecnológicos y organizativos se suceden con gran rapidez y donde el talento y la innovación se han convertido en el eje fundamental de la competitividad.

Consciente de esta situación, la Unión Europea impulsó un entorno legislativo que permitiera a las empresas como entidades jurídicas adecuar sus estructuras a las necesidades de cada momento permitiendo su reestructuración sin que la fiscalidad se convirtiera en un elemento relevante en este proceso transformador. Fruto de este impulso se aprobaron las Directivas 90/434/CEE y 2009/133/CE.

La transposición al Derecho interno en España asumiendo la regulación comunitaria como regulación interna se produjo en 1991. Desde entonces se han producido numerosos cambios en la misma tratando de recoger con mayor fidelidad la legislación europea y resolviendo algunos elementos conflictivos que se habían puesto de manifiesto en la aplicación práctica de la misma.

No obstante, subsisten numerosos elementos de discusión que cuestionan la correcta adecuación de la normativa española a la europea y, sobre todo, que ensombrecen la seguridad jurídica al respecto de su aplicación.

La falta de un concepto claro de rama de actividad, su falta de integración con conceptos semejantes en el ámbito tributario, la ausencia de un procedimiento mercantil claro para su ejecución, la doble plusvalía latente que se genera, la transmisión de obligaciones -tributarias y no tributarias- junto con la rama de actividad, así como la aplicación de la cláusula antiabuso con las consecuencias que comporta son sólo algunos de los muchos temas conflictivos y no resueltos en esta materia.

La literatura académica y la jurisprudencia que se han ocupado de todos o algunos de estos aspectos es numerosa. Sin embargo, continúan existiendo elementos de discusión no cerrados e, incluso, algunos aspectos en los que la doctrina, en nuestra opinión, no ha profundizado de manera suficiente.

El presente trabajo no sólo ha intentado recoger todos los trabajos previos sobre aquellos temas que entendemos no resueltos, sino también proponer para cada uno de ellos la solución que entendemos correcta desde el punto de vista técnico-jurídico.



**Palabras clave**

Aportación no dineraria, aportación de activos, rama de actividad, segregación, impuesto sobre sociedades, régimen tributario especial, neutralidad fiscal, cláusula antiabuso, fraude, motivos económicos válidos

## SUMMARY

The economic environment in which companies operate has changed dramatically in recent decades. From a stable and local environment, we have moved to a global ecosystem, where technological and organizational changes happen very quickly and where talent and innovation have become the core points of competitiveness.

Aware of this situation, the European Union promoted a legislative environment that would allow companies as legal entities to adapt their structures to the needs of each moment, allowing their reorganization without taxation becoming a relevant element in this transformative process. As a result of this stimulus, Directives 90/434/EEC and 2009/133/EC were approved.

The incorporation of the European Union legislation into the Spanish domestic law as internal regulation occurred in 1991. Since then, numerous changes have been made to it, trying to gather up more faithfully European legislation, and also resolving some controversial elements that had appeared in the practical application of it.

However, there remain numerous elements of discussion that question the correct adaptation of Spanish regulations to European regulations and, above all, that cast a shadow over legal certainty regarding their application.

The lack of a clear concept of branch of activity, its lack of integration with similar concepts in the tax field, the absence of a clear commercial procedure for its execution, the double unrealized gain that is generated, the transmission of obligations - tax and non-tax - together with the branch of activity, as well as the application of the anti-abuse clause with the consequences that it entails are just some of the many conflicting and unresolved issues in this matter.

The academic literature and jurisprudence that has dealt with all or some of these aspects is numerous. However, there continue to be unclosed elements of discussion and even, in our opinion, there are some aspects in which the doctrine has not gone into sufficient depth.

The present thesis has not only tried to collect all the previous works on those issues that we understand to be unresolved, but also to propose for each of them the solution that we understand to be correct from the technical-legal point of view.

**Keywords**

Non-monetary contribution, transfer of assets, branch of activity, segregation, corporate tax, special tax regime, fiscal neutrality, anti-abuse clause, fraud, valid economic reasons

## RESUM

L'entorn econòmic en què es desenvolupen les empreses ha canviat de forma dramàtica en les darreres dècades. Enfront d'un entorn estable i local, hem passat a un ecosistema global on els canvis tecnològics i organitzatius se succeeixen amb gran rapidesa i on el talent i la innovació s'han convertit en l'eix fonamental de la competitivitat.

Conscient d'aquesta situació, la Unió Europea va impulsar un entorn legislatiu que permetés a les empreses com a entitats jurídiques, adequar les seves estructures a les necessitats de cada moment permetent-ne la reestructuració sense que la fiscalitat esdevingués un element rellevant en aquest procés transformador. Fruit d'aquest impuls es van aprovar les Directives 90/434/CEE i el 2009/133/CE.

La transposició al Dret intern a Espanya assumint la regulació comunitària com a regulació interna es va produir el 1991. Des d'aleshores s'hi han produït nombrosos canvis tractant de recollir amb més fidelitat la legislació europea i resolent alguns elements conflictius que s'havien posat de manifest en l'aplicació pràctica de la mateixa.

Tot i això, subsisteixen nombrosos elements de discussió que qüestionen la correcta adequació de la normativa espanyola a l'europea i, sobretot, que enfosqueixen la seguretat jurídica respecte a la seva aplicació.

La manca d'un concepte clar de branca d'activitat, la manca d'integració amb conceptes semblants a l'àmbit tributari, l'absència d'un procediment mercantil clar per a la seva execució, la doble plusvàlua latent que es genera, la transmissió d'obligacions - tributàries i no tributàries- juntament amb la branca d'activitat, així com l'aplicació de la clàusula antiabús amb les conseqüències que comporta són només alguns dels molts temes conflictius i no resolts en aquesta matèria.

La literatura acadèmica i la jurisprudència que s'han ocupat de tots o alguns aspectes és nombrosa. No obstant això, continuen existint elements de discussió no tancats i, fins i tot, alguns aspectes en què la doctrina, al nostre parer, no ha aprofundit prou.

Aquest treball no només ha intentat recollir tots els treballs previs sobre aquells temes que entenem no resolts, sinó també proposar per a cadascun d'ells la solució que entenem correcta des del punt de vista tecnicojurídic.

**Paraules clau**

Aportació no dinerària, aportació d'actius, branca d'activitat, segregació, impost sobre societats, règim tributari especial, neutralitat fiscal, clàusula antiabús, frau, motius econòmics vàlids

## INTRODUCCIÓN

La estructura jurídica en que los diferentes entes económicos se organizan constituye un aspecto muy importante para la adecuada gestión empresarial que debe conducir como objetivo, más o menos inmediato, a la obtención de unos excedentes económicos que retribuyan el capital invertido.

Esta estructura en ningún caso debe ser inmutable, sino que debe permitir su adaptación tanto a factores exógenos como la propia evolución de los mercados donde opere (adaptación externa) así como a factores endógenos derivados de la evolución de la propia organización (adaptación interna).

Esta necesidad se ha visto enormemente incrementada en los últimos tiempos, especialmente en el ámbito europeo debido al brusco cambio de entorno producido. Se ha pasado de un entorno básicamente nacional donde los cambios se producían de una manera pausada, lo que permitía que la adaptación fuera más fácil, a un entorno mundial donde el incremento de la competitividad exige que los cambios se realicen con mayor rapidez. En los años previos se produjeron dos circunstancias muy importantes: por un lado, el proceso de integración europea con un espacio aduanero y una moneda común y, por otro lado, la tendencia a la globalización, hiperacelerada por la revolución tecnológica y de intercambio de información.

Frente a la tradicional situación en que los entes económicos competían con otros localizados geográficamente cerca, la globalización de los mercados que en las últimas décadas se ha puesto de manifiesto en la economía mundial, supone que los entes económicos deben medirse con otros entes económicos establecidos en diferentes Estados lo que obliga a los propios países a que sus unidades económicas incrementen su competitividad frente al resto.

Ello ha supuesto que las operaciones societarias de modificación estructural se hayan convertido en elementos habituales en la vida de las empresas. En la medida que la empresa necesita de esas operaciones, el Derecho ha debido (y deberá aún más) adaptarse a esas necesidades.

Sin embargo, la existencia de los tributos que afectan a las personas (físicas y jurídicas) y su voluntad de gravar aquellas fuentes de renta que se pongan de manifiesto (normalmente mediante variaciones en el patrimonio de los sujetos), impiden o dificultan en gran medida que determinadas operaciones de adaptación de las mencionadas estructuras puedan realizarse. El elevado coste fiscal que estas

operaciones supondría impide que se acaben ejecutando con la consecuente situación de inferioridad de esas organizaciones frente a las que sí disponen de una estructura adecuada.

Por ese motivo, al establecer la fiscalidad aplicable a este tipo de operaciones los Estados se han preocupado de favorecer aquellas que han entendido adecuadas para mejorar sus estructuras económicas.

Tradicionalmente, las figuras más utilizadas en este ámbito han sido la fusión y, en menor medida, la escisión. La primera pretende unir entidades económicas, como mínimo, desde un punto de vista jurídico. La segunda pretende todo lo contrario, es decir, separar estructuras que hasta ese momento permanecían unidas.

No obstante, el presente trabajo pretende analizar otra figura distinta, las aportaciones no dinerarias que, en el fondo, participan de las características tanto de la fusión como de la escisión. En efecto, la primera fase de una aportación no dineraria consiste en la separación de una serie de elementos (en algunos casos puede tratarse de uno sólo) de una estructura para, de modo inmediato, incorporarlos a otra diferente.

La actual legislación fiscal en nuestro país, en cuanto al régimen específico, distingue, desde un punto de vista tributario, dos tipos de aportaciones no dinerarias; aquellas en las que el conjunto de elementos constituya una rama de actividad (en definición realizada por la normativa fiscal) y aquellas en que no lo sea (conocidas tradicionalmente como “aportaciones no dinerarias especiales”).

Las aportaciones no dinerarias de rama de actividad y las aportaciones no dinerarias especiales, de acuerdo con el concepto fiscal de las mismas, se empezaron a realizar de modo mucho más frecuente a partir de 1992, una vez entró en vigor la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas que les concedió un régimen fiscal protegido, incorporando en nuestro país el régimen establecido en la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros. En este período han surgido suficientes dudas que unidas a la importancia de la figura justifican el presente análisis. La entrada en vigor de la LIS 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, introduciendo la figura de las aportaciones no dinerarias especiales (junto

con un régimen fiscal especial) y su incidencia hicieron, si cabe, más necesario dicho estudio.

No ha ayudado, precisamente, el legislador a eliminar estas dudas, puesto que a su deficiente regulación inicial se han sucedido numerosas modificaciones con una redacción, en nuestra opinión, poco afortunada, tanto desde el punto de vista de los objetivos perseguidos como de la seguridad jurídica a la que toda norma debe atender.

Uno de los aspectos más importantes que permanece sin aclaración desde el principio es la relación entre las operaciones de reestructuración reguladas en la normativa mercantil y las establecidas en la normativa fiscal. Con independencia de las conclusiones que posteriormente se expondrán al respecto, resulta muy poco aconsejable que la regulación fiscal no haya contemplado esta relación y, en la medida de lo posible, armonizado la regulación fiscal con la regulación mercantil.

A nivel doctrinal, el presente tema tardó un tanto en sugerir a los autores inquietudes que motivaran publicaciones al respecto. Sin embargo, desde un punto de vista práctico, la Ley 29/1991 supuso el inicio de una etapa en la que se han producido multitud de operaciones acogidas al régimen fiscal especial, aunque con motivaciones diversas. A pesar de la experiencia y criterios generados en los últimos años con motivo de la realización de este tipo de operaciones, la importancia que pueden tener en la evolución de las estructuras jurídicas de los entes empresariales, la aparición de novedosa legislación no contemplada en estudios previos junto con la amplia discusión generada justifica la realización del presente estudio.

El objetivo del trabajo se centra, en primer lugar, en analizar el concepto de la operación. No es éste un tema irrelevante, sino que el determinar qué operaciones son susceptibles de acogerse al régimen referido ha sido uno de los principales caballos de batalla de la práctica jurídica desde la aparición del régimen fiscal protegido. Por un lado, el concepto de aportación no dineraria estrictamente, es un concepto de nueva creación en nuestro Derecho y, especialmente, en el ámbito fiscal y, por otro, el concepto de rama de actividad no sólo también nació con la regulación referida, sino que su definición ha sufrido en poco tiempo variaciones conceptualmente muy relevantes.

Con el objeto de centrar el marco normativo en el que se sitúa la operación, previamente se ha realizado un breve análisis de la evolución en nuestro país, respecto de su regulación, de las operaciones de reestructuración de empresas. No es éste, sin embargo, un aspecto al que hayamos dedicado una parte muy relevante del trabajo, en



la medida que la regulación actual no es fruto de la evolución normativa de estas figuras en nuestra legislación. Es evidente que nada de lo que acontece escapa de una u otra manera del pasado, pero la regulación actual y, sobre todo, la concepción del sistema que debe regular este tipo de operaciones encuentra su soporte en la normativa comunitaria aplicable a las operaciones en las que intervinieran más de un Estado miembro de la UE que además de ser transpuesta como correspondía, aunque con ciertas variaciones, se recogió como normativa aplicable, también, a los supuestos de operaciones internas.

Una vez determinado el tipo de operaciones susceptibles de acogerse al régimen fiscal especial se ha analizado, precisamente, en qué consiste este régimen a partir de la comparación con el régimen general, centrado básicamente en el Impuesto sobre Sociedades (en adelante, IS) pero haciendo referencia, también, al resto de tributos afectados por la operación.

Uno de los aspectos que han provocado una elevada litigiosidad al respecto de estas operaciones es la eventual sucesión y/o subrogación en los derechos y obligaciones de la transmitente a favor de la adquirente. Hemos incidido en este aspecto ampliamente para determinar en qué casos debemos entender que se produce esta transmisión de derechos y obligaciones y, en su caso, que efectos comporta.

Finalmente, y desde un punto de vista crítico, hemos analizado los requisitos y limitaciones para la aplicación del régimen fiscal especial. Tanto la regulación de la eventual toma de la decisión y la notificación de la operación e, implícitamente, el acogimiento o no a este régimen fiscal especial, como la posible inaplicación del mismo como consecuencia de la persecución de fines fraudulentos en la operación, no han sido convenientemente regulados por el legislador e, incluso, indebidamente transcritos de acuerdo a lo establecido por las Directivas.

## CAPÍTULO I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA TRIBUTACIÓN DE LAS REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES

### 1. La reestructuración de empresas

Hablar de reestructuración de empresas supone referirse a un cambio en la estructura de las empresas, a un cambio en el “armazón” jurídico del cual se han dotado para realizar sus actividades. Sin embargo, realizar este análisis exclusivamente desde el punto de vista mercantil, supondría obviar la existencia de una serie de operaciones que, si bien desde el punto de vista mercantil no supondrían un cambio de estructura, en la medida que no se realiza la operación mercantil propiamente dicha prevista en la legislación, sí lo producen de una manera indirecta, a través de otro tipo de operaciones, de tal forma que la norma tributaria debe contemplar todas las situaciones posibles que permitan hablar de reestructuración y tratar de protegerlas de igual manera.

Así, por ejemplo, VICENT CHULIÁ<sup>1</sup>, al referirse al concepto y las clases de modificaciones estructurales, realiza un acercamiento mercantil que a los efectos del trabajo que nos ocupa resulta insuficiente en la medida que, lógicamente, no se contemplan aquellas operaciones que escapan del ámbito mercantil y se concentra en aquellas que, sujetos a la aprobación de la Junta General, permite a la sociedad modificar su estructura.

Sin embargo, el establecimiento del régimen fiscal basado en la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros (en adelante, Directiva 90/434/CEE), tal vez debido a la dificultad de homogeneizar previamente la normativa mercantil de los diferentes países, ha atendido a los resultados producidos en la operación sin preocuparse si, desde el punto de vista mercantil, esa operación coincidía exactamente con las establecidas por la propia Directiva.

LÓPEZ-SANTACRUZ<sup>2</sup> viene a establecer tres categorías en las operaciones de reestructuración empresarial. Por un lado, encontraríamos las operaciones de concentración empresarial a través de las cuales una o varias entidades se extinguen y

---

<sup>1</sup> VICENT CHULIÁ, F. (2001). “Introducción”, en VV.AA., Las operaciones societarias de modificación estructural: análisis de su tratamiento jurídico tributario y contable, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 17-67, pág. 17 y ss.

<sup>2</sup> LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J.A. (2000). *Operaciones de reestructuración empresarial*, Francis Lefebvre, Madrid, pág. 11.

se integran en una previamente existente o de nueva creación (fusiones). Por otro lado, existen las operaciones de desconcentración donde determinados negocios empresariales se transmiten de una entidad a otra, extinguiéndose o no la entidad que realiza la transmisión (escisiones y aportaciones no dinerarias). Finalmente, se localizan las operaciones de toma de control, a través de las cuales una entidad adquiere una participación mayoritaria en otra sin que se produzca una transmisión material de una empresa (canjes de valores y, en ocasiones, aportaciones no dinerarias).

Para NAVARRO EGEA<sup>3</sup> la transformación de los esquemas de organización empresarial que obedecen normalmente a un comportamiento expansivo, se produce en muchas ocasiones a través de la concentración de empresas, pero también, aunque pueda parecer incoherente, a través de técnicas disgregadoras que permitan un mejor posicionamiento en los mercados. El elemento común de todas estas operaciones para Navarro sería la obtención de un control, total o parcial, de la propiedad, adquiriendo un conjunto de activos y pasivos o bien una participación significativa en el capital de otra empresa sin que ningún caso, se produzca una remuneración de carácter dinerario. Sin embargo, en nuestra opinión, además de ese elemento de control que, en realidad, es más bien externo a la propia organización, existe un elemento más relevante que es la agregación o desagregación de unidades empresariales en búsqueda de una optimización de la estructura. Esta optimización, a su vez, puede obedecer a factores diversos: organizativos, productivos, financieros, legales, etc.

Pese a que la aparición de las primeras unidades empresariales, en el sentido actual del término, no se produce hasta la Revolución Industrial, y con ellas el fenómeno de la reestructuración empresarial, es a partir de la Primera Guerra Mundial cuando el fenómeno adquiere trascendencia<sup>4</sup>. Ello se debe a la mayor toma de conciencia de la macroeconomía por parte de los Estados y, sobre todo, de la importancia del tejido empresarial en la propia economía nacional<sup>5</sup>.

Algunos autores han vinculado los procesos de reestructuración al necesario crecimiento económico de las unidades empresariales. Partiendo de la base de que las empresas no necesariamente están en constante crecimiento, la reestructuración de las

---

<sup>3</sup> NAVARRO EGEA, M. (1997). *Fiscalidad de la reestructuración empresarial: la fusión y la escisión*, Marcial Pons, Madrid, pág. 14.

<sup>4</sup> NAVARRO EGEA, M. (1997). *Fiscalidad de la reestructuración empresarial*, op. cit. pág. 120.

<sup>5</sup> Vid. VICENT CHULIÁ, F. (1985). "El Derecho Fiscal al servicio de la institucionalización de la empresa", *Hacienda Pública Española*, núm. 94, págs. 317-361, pág. 316 y ss.

mismas se debe a la adaptación a las diferentes situaciones en las que opera, influyendo por supuesto la coyuntura económica, el marco político, laboral, geográfico, competitivo, etc.

Es necesario, en consecuencia, hacer una aproximación a qué debemos entender por reestructuración de empresas en el sentido que nos ocupa en el presente trabajo. Así, por reestructuración de empresas entenderíamos cualquier modificación en la estructura jurídica de las mismas, derivada de la necesidad de adaptarse al marco competitivo existente. La referencia al marco competitivo existente debe entenderse en sentido amplio incluyendo los aspectos de organización, industriales, legales, societarios, de control de socios, etc.

Dentro del marco competitivo existente se incluyen multitud de factores que influyen en el mismo, tal y como comentábamos con anterioridad. Todos esos factores, cada vez más globales y menos locales, por la facilidad de transporte que existe en todo el mundo y la rapidez en la transmisión de la información, son los que conforman ese marco competitivo también cada vez más regulado por leyes locales, regionales, estatales y supraestatales.

Por otro lado, pueden producirse modificaciones en la empresa de indudable importancia, pero que no afectan a la estructura jurídica de las mismas, sencillamente porque han podido realizarse sin necesidad de esas modificaciones<sup>6</sup>. Sin duda también se trata de reestructuraciones, aunque de un tipo interno que no serán objeto de estudio en este trabajo en la medida que tampoco tienen ninguna incidencia fiscal.

Mercantilmente la regulación de estos fenómenos ha sido tardía. Pese a que los mecanismos “tradicionales” de reestructuración han sido en Derecho español la fusión y la escisión, hasta la entrada en vigor de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, únicamente podíamos encontrar una referencia a la “cesión global del activo” en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas<sup>7</sup> para evitar que en su disolución debiera entrar en la fase de liquidación<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Vid. VICENT CHULIÁ, F. (1971). *Concentración y unión de empresas ante el Derecho Español*, Confederación Española de Cajas de Ahorros, Madrid.

<sup>7</sup> Aprobado por el RD Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre.

<sup>8</sup> El art. 155 de la LSA (idéntico al art. 155 de la LSA de 1951) señala “Una vez disuelta la sociedad se abrirá el período de liquidación, salvo en los supuestos de fusión o absorción o cualquier otro de cesión global del activo y el pasivo.”

## **2. Evolución normativa de la tributación de las reestructuraciones empresariales**

### **2.1. Incidencia de la tributación sobre las reestructuraciones empresariales**

Dentro de la estrategia empresarial de los diferentes grupos de sociedades que operan en el mundo económico, ofrece un papel destacado el tamaño de las propias unidades económicas (instrumentado normalmente a través de empresas), por un lado, y la composición orgánica de las mismas, por otro.

Es obvio que la realidad de las empresas es dinámica, de forma que su adecuación a la mejor estructura posible para competir en el mercado en un momento determinado no necesariamente será la idónea, si ésta se mantiene de forma estática. Esta falta de idoneidad puede deberse a toma de decisiones erróneas por parte de los órganos de administración de los diferentes entes empresariales, pero también a la propia evolución de dichos entes, así como del mercado donde se desenvuelven.

Desde un punto de vista impositivo, uno de los principales obstáculos para la realización de las operaciones tendentes a conseguir una estructura orgánica idónea para competir en el mercado es el coste fiscal de las mismas.

Este coste, normalmente, se pone de manifiesto de dos formas diferentes. La primera, y en muchos casos la más importante cuantitativamente, se produce por la puesta de manifiesto de plusvalías latentes, hasta la fecha no reflejadas ni contable ni fiscalmente, en la medida que no se había producido movimiento alguno respecto de los activos objeto de las mismas. Generalmente, las legislaciones sujetan a tributación las plusvalías patrimoniales en el momento en que se registra una alteración en la composición del propio patrimonio.

La segunda se produce por los impuestos indirectos que gravan cualquier movimiento de patrimonios. Dichos impuestos, en algunas ocasiones, son neutrales en la medida que no tienen un coste impositivo efectivo (por la posibilidad de ser deducidos), pero en otros casos, pese a que su coste proporcional pueda resultar pequeño comparativamente teniendo en cuenta el volumen de activos que pueden ser objeto de transmisión, pueden resultar obstáculos insalvables en la realización de las operaciones de reestructuración deseadas.

En la medida que la economía nacional recoge los diferentes beneficios de las economías privadas, resulta clara la necesidad, sino de incentivar, sí al menos de no entorpecer las

operaciones de reorganización con la finalidad de favorecer la competitividad de las empresas en un mercado cada vez más internacional.

Es en este sentido donde los diferentes estados han ido instrumentando medidas que con estas finalidades básicas trataban de incidir (o tal vez deberíamos decir “no incidir”) en la toma de este tipo de decisiones.

Dichas medidas se pueden instrumentar de diferentes maneras y, de hecho, así se ha ido realizando en los diferentes países a lo largo de las últimas décadas. Así, respecto de los primeros costes fiscales que hemos mencionado (plusvalías a floradas) existen, básicamente, tres formas de tratar de evitar su incidencia en la toma de decisiones respecto de eventuales reestructuraciones empresariales:

- a) Exonerar (total o parcialmente) de tributación las plusvalías que se ponen de manifiesto
- b) Diferir el pago de la deuda tributaria generada como consecuencia de la plusvalía en un número de años
- c) Posponer, hasta el momento de una segunda transmisión, los efectos fiscales de la plusvalía “a florada”

Como veremos posteriormente, la adopción de uno u otro sistema tiene una gran incidencia en lo que podríamos llamar “motivación fiscal de reestructuración”. Es decir, las razones de tipo tributario (menor carga impositiva) que pueden provocar, por si mismas, la reorganización de un grupo empresarial.

Respecto de los costes fiscales indirectos, la única forma de mitigar su incidencia sería mediante la exoneración, parcial o total, de los mismos. La posibilidad de diferir su tributación, pese a que desde un punto de vista económico tiene sentido por el menor coste real de los mismos, desde un punto de vista fiscal, supone un verdadero obstáculo para la operación en la medida que supone un coste real (aunque inferior y diferido en el tiempo). Evidentemente, la mejor forma de reducirlo es mediante su inexistencia, considerando que (salvo supuestos de fraude) nunca el motivo de la operación será un teórico beneficio fiscal respecto de la imposición indirecta.

Lógicamente, lo que las diferentes regulaciones legales de las operaciones de reestructuración empresarial han perseguido, con mayor o menor fortuna, ha sido evitar que las mencionadas razones fiscales fueran las que motivaran realmente dichas reorganizaciones. Aunque, como hemos explicado con anterioridad, en la medida que estas operaciones pueden redundar en un beneficio para la economía nacional, no sería

extraño establecer una legislación que fomentara las reestructuraciones para alcanzar un tipo de entidades más eficiente y que compitan mejor en un mercado internacional.

Tradicionalmente, las figuras utilizadas en las reestructuraciones patrimoniales han sido las fusiones y las escisiones. No es menos cierto que en las últimas décadas, las figuras que la 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, LIS) define como canjes de valores y aportaciones no dinerarias de rama de actividad han pasado a ser figuras clave en los procesos de reorganización de grupos societarios<sup>9</sup>.

## **2.2. Disposiciones de la Unión Europea**

### **2.2.1. La primera Directiva sobre tributación de las reestructuraciones empresariales de dimensión comunitaria**

Lógicamente, una de las principales preocupaciones a nivel comunitario ha sido la existencia de un tejido empresarial en el ámbito de la Unión Europea (en adelante, UE) con el tamaño necesario para competir a nivel transnacional.

En aras a la formación de entidades empresariales de este tamaño, las reestructuraciones de empresas tienen sin duda una gran importancia. De ahí la necesidad de, entre otros factores, instrumentar medidas fiscales que, cuanto menos, no afecten de forma negativa en la toma de decisiones empresariales en este sentido.

El logro de este objetivo en un Mercado Único suponía a medio plazo, y de forma inevitable, la promulgación de un derecho supraestatal que regulara estas operaciones, por supuesto en el ámbito mercantil, pero, también, en el ámbito tributario. DE JUAN PEÑALOSA<sup>10</sup>, en 1967, ya alertó sobre este fenómeno, advirtiendo que la idea de un mercado común intracomunitario suponía la supresión de las barreras arancelarias y la

---

<sup>9</sup> ARMESTO MACÍAS, D. (1992). "Aportaciones no dinerarias de ramas de actividad y canjes de valores representativos del capital social. Nuevo régimen de imposición directa", en Quincena Fiscal, núm. 1-2, págs. 124-135, pág. 124 señala que la Ley 29/1991 "viene a reconocer el hecho de que estas operaciones, en la generalidad de los casos, no suponen la realización dineraria de elementos patrimoniales, sino herramientas utilizables con el fin de mejorar la estructura de grupos empresariales o para facilitar que grupos separados aúnen sus recursos."

<sup>10</sup> DE JUAN PEÑALOSA, J.L. (1967). "Noticias del Mercado Común. Hacia un Derecho supranacional de sociedades", en *Economía Financiera*, Instituto de Estudios Fiscales, núm. 15, pág. 91.

armonización de los impuestos indirectos y directos para que los capitales y el trabajo puedan ir allí donde puedan producir más y mejor<sup>11</sup>.

Ya en 1969 la Comisión de las Comunidades Europeas presentó al Consejo una Propuesta de Directriz (de 15 de enero) en relación al régimen fiscal aplicable a las fusiones, escisiones y aportaciones de activo en las que intervinieran Sociedades de diferentes Estados miembros.

En esta Propuesta de Directriz, la Comisión manifestaba tres preocupaciones esenciales en torno a las reestructuraciones empresariales:

- a) Eliminar el obstáculo que constituye el costo fiscal de la operación
- b) Preservar los derechos del Estado en donde esté situado la Sociedad aportante
- c) Mejorar el régimen de los establecimientos permanentes que aparecían fruto de las fusiones

La Comisión planteó la posibilidad de que el régimen aplicable a estas operaciones fuera el interno del país de “recepción”. Sin embargo, debido al diferente tratamiento fiscal de estas operaciones en los diferentes países, se hubieran producido evidentes distorsiones de los objetivos perseguidos al generarse “focos de atracción” en aquellos países con un régimen fiscal más beneficioso<sup>12</sup>.

Fruto de esta preocupación el 23 de julio de 1990 se aprobó la Directiva del Consejo 90/434/CEE.

En los considerandos iniciales de la Directiva se dejaba claro las motivaciones de la misma y el criterio a la hora de abordar los problemas. Así, se especificaba en primer lugar los tipos de operaciones societarias que se estimaban relevantes a efectos de que las sociedades de diferentes estados miembros pudieran operar como en un verdadero mercado interior, aumentar su productividad, reforzaran su posición de

---

<sup>11</sup> La resistencia a la cesión por parte de los Estados de sus competencias en todas las materias, pero, especialmente, en el ámbito tributario ha sido y es una constante desde la constitución de la CEE. El propio DE JUAN PEÑALOSA, J.L. (1967) *op. cit.*, manifestaba de forma categórica que *“la fiscalidad impregnada de un nacionalismo a ultranza, es la primera que tiene que europeizarse para que otros logros de más altos vuelos puedan ser verdad en fechas futuras.”* Las conclusiones del Consejo ECOFIN de 1 de diciembre de 1997 sobre política fiscal (en relación al Código de buena conducta sobre la fiscalidad de las empresas) manifestaba igualmente que, en la actualidad, y ante la dificultad de renuncia de los Estados a ceder parte de su núcleo duro de soberanía nacional, la globalización y los peligros de la fiscalidad respecto de ella se intentan atenuar, tan solo, mediante una simple coordinación de las legislaciones nacionales.

<sup>12</sup> Vid. GOTA LOSADA, A. (1988). *Tratado del Impuesto de Sociedades* (V.1.), Extecom, Madrid, pág. 166.



competitividad en el plano internacional y se crearan las condiciones para garantizar el funcionamiento de un Mercado Único.

Estimando que las disposiciones vigentes en aquel momento en los diferentes estados miembros penalizaban, de alguna manera, estas operaciones y que era necesario la existencia de un régimen fiscal neutro para las mismas que no coartara las decisiones empresariales respecto de su realización y que en cualquier caso los intereses de los diferentes estados miembros debían ser salvaguardados, se aprobó esta Directiva.

CASTROMIL SÁNCHEZ<sup>13</sup> sintetiza el objetivo de la Directiva a partir de dos premisas: primera, que las operaciones de reestructuración deben ser consideradas como operaciones normales y necesarias dentro de un buen funcionamiento de un Mercado común y segunda, que con la regulación anterior la normativa fiscal dificultaba o penalizaba esas operaciones en relación a las realizadas en un mercado interior, por lo que se perseguía eliminar esa penalización. Tal y como explica Arnau<sup>14</sup>, la filosofía de la Directiva era el interés internacional del Mercado Único y el principio era el trato generalizado.

De acuerdo con lo establecido en la misma, los diferentes Estados miembros debían establecer las disposiciones necesarias para que, con la fecha límite del 1 de enero de 1992, el Régimen Fiscal Especial para estas operaciones (en adelante, RFE) previsto en la Directiva estuviese vigente en todos ellos.

### 2.2.2. La modificación de 2005

Manteniendo los objetivos iniciales de la Directiva 90/434/CEE, quince años más tarde, se aprobó Directiva 2005/19/CE del Consejo, de 17 de febrero de 2005, por la que se modifica la Directiva 90/434/CEE<sup>15</sup>, con la finalidad principal de permitir la aplicación el

---

<sup>13</sup> CASTROMIL SÁNCHEZ, F. (1991). “Directiva comunitaria sobre régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados por sociedades de diferentes Estados miembros”, en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 77, págs. 11-18, pág. 11.

<sup>14</sup> ARNAU ZOROA, F. (1992). “Régimen fiscal de las fusiones, escisiones, aportaciones de ramas de actividad y canje de acciones (Derecho español Ley 29/1991 -Directiva Comunitaria 90/434/CEE)”, en *Gaceta fiscal*, núm. 96, pág. 195.

<sup>15</sup> OJ L 58, 4.3.2005, p. 19–27 ELI <http://data.europa.eu/eli/dir/2005/19/oj>

RFE también a los cambios de domicilio de la Sociedades Anónimas Europeas<sup>16</sup> (en adelante SE) y de las Sociedades Cooperativas Europeas<sup>17</sup> (en adelante, SCE).

Asimismo, la experiencia en la aplicación de la Directiva 90/434/CEE, había permitido detectar una serie de disfunciones, de modo que se aprovechó para corregirlas e introducir mejoras técnicas referidas, entre otros supuestos, a las escisiones parciales, las sociedades transparentes y las aportaciones no dinerarias de sucursales a entidades que pasan a convertirse en filiales. En concreto, se modificaron los siguientes aspectos:

- Se eliminaron los posibles costes fiscales que se pudieran producir (en términos de plusvalías, fundamentalmente) en los traslados de sociedades entre Estados miembros
- Se mantuvieron las pérdidas asociadas a los establecimientos permanentes situados en un Estado, aunque hubiera cambio de domicilio
- Se introduce en el RFE las llamadas “escisiones parciales”
- Se amplía y clarifica el concepto de canje de valores al que se aplica el RFE
- Se protege mediante el RFE a los socios de sociedades que puedan ser consideradas transparentes
- Se aclara la aplicación del RFE a la transformación de sucursales en filiales
- Se amplía el listado de tipos de sociedades a los que resulta aplicable el RFE
- Se coordina con la Directiva 90/435/CEE en términos de requisitos para la aplicación del RFE en supuestos de fusión o escisión

### 2.2.3. La regulación vigente

Además de la modificación operada en 2005, la Directiva 90/434/CEE fue experimentando cambios numerosos, en muchas ocasiones debidos a la incorporación de nuevos Estados miembros a la UE, de modo se consideró necesario proceder a la

---

<sup>16</sup> Reguladas por el Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (OJ L 294, 10.11.2001, p. 1–21) y por 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 (OJ L 294, 10.11.2001, p. 22–32).

<sup>17</sup> Reguladas por el Reglamento (CE) nº 1435/2003 del Consejo de 22 de julio de 2003, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea y por 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.

aprobación de una nueva Directiva que codificara la regulación vigente en ese momento, aportando así una mayor racionalidad y claridad.

Se aprobó así Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro<sup>18</sup> (en adelante Directiva 2009/133/CE), que recoge el régimen actualmente vigente<sup>19</sup>.

A lo largo del presente trabajo nos referiremos indistintamente a una o a otra como reguladoras del RFE en la Unión Europea.

## **2.3. Evolución de la regulación jurídico-tributaria estatal**

### 2.3.1. Antecedentes históricos

Sin perjuicio de las normas que aparecieron en la Ley de 24 de octubre de 1939 de Protección y Fomento de la Industria Nacional<sup>20</sup>, el primer antecedente claro de legislación sobre reestructuración que contenía una serie de beneficios fiscales fue la Ley de 26 de diciembre de 1957 por la que se aprueban los Presupuestos Generales del Estado para el bienio económico 1958-1959 y reformas tributarias<sup>21</sup>, cuyo artículo 135 autorizaba al *“Ministro de Hacienda para conceder, previo informe de la Organización Sindical, exención del Impuesto de Timbre, Derechos reales y emisiones de valores mobiliarios a los actos de constitución de sociedades o de integración de empresas agrícolas, industriales o comerciales, cuando tales actos beneficiaran de concentración, sin tener carácter de monopolio, beneficien a la economía nacional”*.<sup>22</sup>

La redacción de este artículo 135, por un lado, dejaba al arbitrio de la Administración la concesión o no la exención en el impuesto y, por otro, resultaba imprecisa respecto a

---

<sup>18</sup> OJ L 310, 25.11.2009, p. 34–46 ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2009/133/oj>

<sup>19</sup> Únicamente ha sido modificada por la Directiva 2013/13/UE del Consejo, de 13 de mayo de 2013, por la que se adaptan determinadas Directivas en el ámbito de la fiscalidad, con motivo de la adhesión de la República de Croacia.

<sup>20</sup> BOE núm. 298, de 25 de octubre de 1939.

<sup>21</sup> BOE núm. 323, de 27 de diciembre de 1957.

<sup>22</sup> Posteriormente art. 6 del Decreto 2285/1964, 27 de julio, sobre adaptación de exenciones fiscales a la Ley de Reforma del Sistema Tributario –BOE núm. 198, de 18 de agosto de 1964-, estableció la exención del Impuesto general sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

los tipos de actos jurídicos que permitirían la concesión de la exención. El desarrollo de esta norma, a través de la Orden de 29 de julio de 1958 (sustituida con posterioridad por la Orden de 12 de abril de 1960) trataba de recoger en una única norma, la totalidad de disposiciones relativas a la tramitación de los expedientes de exención, si bien se excedió de este ámbito y recogió cuestiones sustantivas.

El tema más controvertido de esta regulación radicaba en la discrecionalidad de la Administración para la concesión del régimen, sin que cupiera recurso alguno en su contra, discrecionalidad que, como veremos más adelante, se mantuvo en regulaciones posteriores.

A raíz del Plan de Estabilización, seguido de los Planes de Desarrollo Económico y Social<sup>23</sup>, fueron apareciendo, tal y como señala NAVARRO EGEA, sucesivas normas sobre esta materia en relación con los supuestos del disfrute de beneficios fiscales, todos ellos encaminados a la reducción o supresión del coste tributario derivado de las operaciones, a través de la exención en el ITPAJD y a la reducción o eliminación del impuesto correspondiente sobre las alteraciones patrimoniales puestas de manifiesto<sup>24</sup>.

La aparición de tantas y diferentes normas había generado una regulación en base a la casuística que no deparaba la seguridad jurídica necesaria para la toma de decisiones en este ámbito. Para suplir esta necesidad se aprobó el Decreto 2910/1971, de 25 de noviembre, sobre beneficios fiscales a la concentración de empresas. Con posterioridad se aprobó una Orden Ministerial de 24 de abril de 1972 que estableció el procedimiento de aplicación.

El Decreto contemplaba una serie de supuestos u operaciones mercantiles<sup>25</sup> a los que, cumpliendo una serie de requisitos, les sería de aplicación el régimen fiscal contemplado en el mismo.

---

<sup>23</sup> El Plan de Estabilización fue aprobado por el Decreto-Ley de 21 de julio de 1959, sobre Ordenación Económica. Los diferentes Planes de Desarrollo Económico se aprobaron con posterioridad a partir del Decreto 3060/1962, de 23 de noviembre.

<sup>24</sup> NAVARRO EGEA, M. (1997). *Fiscalidad de la reestructuración empresarial*, op. cit. págs. 127-188, destaca los arts. 107 y 146 de la Ley de Reforma de 1964 (desarrollados por la Orden de 5 de abril de 1965), los arts. 11 y 12 del Decreto-Ley 8/1966 y el Decreto-Ley de 26 de julio de 1967, destacando, además, que el Decreto-ley de 1966 extendía a estos supuestos los beneficios contemplados en la Ley de Industrias de Interés Preferente, de 2 de diciembre de 1963 y los del Decreto-ley de 19 de octubre de 1961 respecto a la emisión de empréstitos.

<sup>25</sup> El art. 2 establecía que serían de aplicación a las siguientes operaciones:

“1º Constitución de sociedades mediante la integración de empresas individuales o sociales.

Estos requisitos, recogiendo las exigencias de la normativa anterior, consistían en que la operación de concentración no resultara en una situación de monopolio, que la propia operación fuera beneficiosa para la economía nacional y (en un requisito demasiado abierto a la interpretación) que los actos y negocios a los que pudieran alcanzar los beneficios fiscales fueran necesarios para la realización de dichas operaciones. Respecto de la segregación de establecimientos se exigía, además, una mejora en la estructura productiva del sector y que la empresa que recibía el establecimiento realizara una actividad igual o complementaria a la del mismo.

Los beneficios fiscales venían a ser los que ya se venían aplicando. Por un lado, se concedió una exención en el ITPAJD. Por otro, respecto de los impuestos directos sobre las plusvalías generadas, resultaron exentas del Impuesto General sobre la Renta de Sociedades y demás Entidades Jurídicas, se estableció una bonificación del 90% de la cuota que correspondiera en el Impuesto sobre las Rentas de Capital respecto de la distribución de reservas provenientes de plusvalías y se aplicaba un tipo de gravamen reducido del 20% en Impuesto General sobre la Renta de Personas Físicas para los supuestos en que se produjera esa distribución.

El Decreto estableció la posibilidad de presentar una consulta respecto de la aplicación o no del régimen fiscal especial a las operaciones a realizar, lo que permitió (junto con el establecimiento de condiciones suspensivas en los acuerdos respecto de la concesión de los beneficios fiscales) limitar la situación de inseguridad del contribuyente ante la realización de las operaciones, si bien se mantuvo la discrecionalidad en la decisión al tratarse de una potestad del Ministerio de Hacienda.

### 2.3.2. Régimen tributario de las fusiones de empresas en la Ley 76/1880, de 26 de diciembre, sobre Régimen Fiscal de las Fusiones de Empresas

#### *2.3.2.1. Ámbito de aplicación.*

En la voluntad de establecer un régimen tributario de favor para las operaciones de concentración de empresas, la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, LIS 61/1978) estableció, en su Disposición Transitoria Cuarta,

---

2º Fusión de sociedades de cualquier naturaleza.

3º Segregación de establecimientos industriales de sociedades o empresas, aunque no procedan a su disolución, para su integración posterior en otras preexistentes o de nueva creación.

4º Disolución de sociedades y aportación de los elementos de su patrimonio a otra u otras sociedades.”

la obligación del Gobierno de remitir a las Cortes Generales, entre otros, un Proyecto de Ley sobre Régimen Fiscal de las Fusiones de Empresas.

Tal y como señala SÁNCHEZ OLIVÁN<sup>26</sup>, el mandato era amplio desde varios puntos de vista. El primero, porque al incluirse en una disposición transitoria no se limitaba únicamente al IS, sino que abarcaba a todos los impuestos que pudieran devengarse como consecuencia de una operación de estas características. En segundo lugar, porque no se refería únicamente a operaciones que gozasen de un régimen fiscal protegido, sino a todas en general. Finalmente, la referencia era a las operaciones de empresas, eludiendo la necesidad de que obligatoriamente se tratará de sociedades, concepto más estricto desde el punto de vista mercantil.

Fruto de dicha Disposición Transitoria Cuarta se aprobó la Ley 76/1980, de 26 de diciembre, sobre Régimen Fiscal de la Fusión de Empresas (en adelante, Ley 76/1980) y, con posterioridad, el RD 2182/1981, de 24 de julio, por el que se aprobó el Reglamento para la aplicación y desarrollo de la propia Ley.

Dicha normativa preveía un tratamiento fiscal ventajoso para las operaciones de fusión (extensible también a las operaciones de escisión) que, cumpliendo una serie de requisitos, fueran beneficiosas para la economía nacional en virtud de una mejor estructura organizativa o productiva de las empresas que se integraban. No obstante, era preciso que como consecuencia de la propia operación no se produjeran restricciones a la libre competencia.

La necesidad de que la operación de fusión beneficiara a la economía nacional siempre suscitó grandes dudas, en la medida que se trataba de un término muy amplio. Sin embargo, considerando que la mejora individual de cualquier ente empresarial necesariamente redundaba en beneficio de la economía nacional (pues ésta es suma de aquéllas) se entendió que era necesario algún tipo de beneficio directo para la misma de una forma tangible.

La Ley 76/1980, y su normativa de desarrollo, exigían el cumplimiento de los siguientes requisitos<sup>27</sup> para la aplicación del régimen fiscal protegido:

---

<sup>26</sup> SÁNCHEZ OLIVÁN, J. (1998). La fusión y la escisión de sociedades, aportación de activos y canje de valores, cesión global del activo y del pasivo, Editoriales de Derecho Reunidas. EDERSA, Madrid, pág. 257.

<sup>27</sup> Si bien el RD 2182/1981 estableció como requisito que los acuerdos de fusión adoptados por las Juntas Generales de las diferentes sociedades se sometieran a la condición suspensiva del otorgamiento de los propios beneficios por parte del Ministerio de Economía y Hacienda, la sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de octubre de 1987 lo declaró nulo considerar que se trataba de una extralimitación reglamentaria,

- a) Las sociedades intervinientes en el proceso de fusión debían haber realizado actividades económicas efectivas de forma ininterrumpida como mínimo con tres años de antelación a la fecha del acuerdo de fusión.
- b) Todas las empresas que se fusionaban debían tener al menos el 50 por ciento de su activo (en valores reales) afecto a las actividades empresariales<sup>28</sup>.
- c) Pese a que en un inicio la Ley 76/1980 primaba las sociedades que, tras el proceso de fusión, revistieran la forma jurídica de sociedad anónima, la Disposición Adicional 1ª del RD 2182/1981 preveía la posibilidad de aplicar el régimen previsto a sociedades no mercantiles, pero sujetas al Impuesto sobre Sociedades.
- d) A partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 7/1989, de 29 de diciembre, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, financiera y tributaria, que dio nueva redacción a, entre otros<sup>29</sup>, al art. 4 de la Ley 76/1980, fue necesario que las entidades intervinientes en procesos de fusión formalizaran balances referidos al día anterior a que las operaciones se entendieran realizadas por la entidad absorbente en el que se reflejen el valor real de los respectivos patrimonios, a efectos de determinar la relación de canje de títulos.

La Ley 76/1980 establecía la posibilidad de que los empresarios individuales se beneficiaran del régimen protegido establecido en la misma. Para ello, además de cumplir con los requisitos citados previamente, se exigía la llevanza de contabilidad de acuerdo con las normas del Código de Comercio como mínimo con tres años de antelación.

Por otra parte, cumpliendo con los requisitos citados, el mismo régimen previsto podía ser aplicado a las operaciones de escisión de empresas, siempre que las sociedades preexistentes en que se integrara el patrimonio segregado pasaran a ejercer una actividad análoga o complementaria a la ejercida en la sociedad escindida. Lógicamente, en este caso carece de sentido hablar de operaciones de escisión en empresarios individuales.

---

ya que la Ley 76/1980 no lo exigía. Dicha nulidad fue confirmada por la STS de 18 de enero 1991 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, Ponente Llorente Calama)

<sup>28</sup> No obstante, en virtud de la Disposición Adicional 21ª de la Ley 21/1986 se eximió de este requisito a las empresas que cotizarán en Bolsa siempre que la sociedad resultante de la fusión cumpliera este requisito.

<sup>29</sup> La nueva redacción fue consecuencia de la Ley 18/1989 de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades.

Es interesante destacar, además, que la modificación del art. 15 de la Ley 76/1980 operada por el Real Decreto-ley 7/1989, de 29 de diciembre, antes mencionado supuso un cambio del concepto de escisión parcial en la medida que se pasó a exigir que los elementos traspasados formasen una rama de actividad -aunque no parecía exigir que una vez escindidos debiera conservarse la rama de actividad en una única sociedad-, además de ofrecer un primer concepto un tanto rudimentario de lo que debe entenderse por ésta. Por otra parte, dejó claro que en el supuesto de que las acciones de la sociedad beneficiaria de la escisión se mantuvieran en poder de la sociedad escindida, la operación no sería una escisión sino una aportación no dineraria. Esta última operación no aparecía contemplada en la Ley 76/1980 como susceptible de acogerse al régimen fiscal beneficioso en ella establecido.

Para que se produjera la aplicación de dicho régimen era necesario que fuera solicitado mediante petición dirigida al Ministro de Hacienda quién, previo los trámites necesarios, y una vez informado por la Comisión Informadora sobre Fusión de Empresas, debía resolver la concesión o no de los beneficios fiscales y en qué grado mediante Orden Ministerial.

Una vez analizados los requisitos exigidos, el régimen especial consistía, de forma muy sintética en beneficios tributarios respecto de los siguientes impuestos:

- a) Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados  
Bonificación de hasta el 99% de la cuota de este impuesto por los actos o contratos relacionados con la fusión o escisión.
- b) Impuesto sobre Sociedades  
Bonificación de hasta el 99% de los incrementos de patrimonio puestos de manifiesto como consecuencia de la formulación de balances a valores reales necesarios para establecer una relación de canje correcta en las operaciones de fusión o escisión.
- c) Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas  
En los supuestos en que intervengan empresarios individuales en las operaciones de fusión, los incrementos o disminuciones de patrimonio que se pongan de manifiesto como consecuencia de la aportación a la sociedad receptora. No obstante, las acciones recibidas se valorarán por idéntico valor que los bienes aportados.  
Respecto de los socios de sociedades que intervengan en procesos de fusión o escisión no se tendrán en cuenta los incrementos o disminuciones de patrimonio



producidos como consecuencia del canje de acciones. No obstante, el coste de adquisición a efectos fiscales será el mismo que el de las antiguas participaciones.

d) Impuesto sobre el Valor Añadido

Las operaciones de fusión quedaban en todo caso no sujetas al IVA<sup>30</sup>, bien por obtener los beneficios de la Ley 76/1980, bien por constituir la transmisión de todo el patrimonio empresarial en beneficio de un único adquirente. Tampoco quedaban sujetas las operaciones de escisión<sup>31</sup> siempre que se acreditara en el expediente que la no sujeción al IVA no supusiera distorsiones en el normal funcionamiento del impuesto.

e) Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos

Bonificación de hasta el 99% en la cuota del IIVTNU que se devengara como consecuencia de las operaciones de fusión o escisión<sup>32</sup>.

Del redactado de la norma parecía desprenderse el carácter imperativo en la concesión de los beneficios siempre que se cumplieran los requisitos exigidos, si bien los porcentajes de las diferentes bonificaciones a conceder en cada caso parecían quedar a la discreción del ministro de Hacienda.

### *2.3.2.2. Deficiencias de la regulación*

Al margen de la necesidad de adecuar la regulación española respecto de la fiscalidad de las operaciones de reestructuración empresarial a la regulación comunitaria por la necesidad, por un lado, de armonizar la legislación de los países miembros de la CEE y, por otro, favorecer las reestructuraciones empresariales entre sociedades no únicamente del mismo Estado sino, también, de diferentes Estados de la propia Comunidad Europea, la regulación española sobre este tema se había mostrado insuficiente.

---

<sup>30</sup> A partir de la entrada en vigor del RD Ley 7/1989, de 29 de diciembre, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, financiera y tributaria, que modificó, entre otras normas, la Ley 30/1985, de 2 de agosto, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

<sup>31</sup> Sí lo estaban con anterioridad al RD Ley 7/1989, de 29 de diciembre, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, financiera y tributaria mencionado en la nota al pie anterior.

<sup>32</sup> Pese a que la normativa era algo confusa, parece que en la aplicación de esta bonificación también intervenían los Ayuntamientos, dado que éstos tenían que acordarla, en su caso, en sus respectivas Ordenanzas Municipales, siendo potestativo para estos Entes la adopción o no de este acuerdo. En este sentido vid. AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A. (1990). *El impuesto municipal sobre incremento del valor de los territorios de naturaleza Urbana*, Comares, Granada, pág. 47 y ss.

La propia Ley 76/1980 y su reglamento de desarrollo suscitaban numerosas dudas técnicas respecto a las operaciones que podían acogerse, su tratamiento fiscal y, sobre todo, la valoración del cumplimiento de los requisitos (condiciones y requisitos, según algunos autores) necesarios para acogerse al régimen previsto.

En primer lugar, carecía de toda lógica el hecho de que fuera necesaria una concesión expresa del régimen beneficioso con posterioridad a la celebración de las Juntas de accionistas que aprobaban los balances de fusión (aunque fuera con condición suspensiva) cuando, en muchos supuestos la concesión o no, total o parcialmente, de determinados beneficios fiscales podía ser determinante para tomar la decisión en un sentido u otro. Normalmente, una vez acordada la operación de reestructuración, motivos políticos o estratégicos hacían desaconsejable no proseguir con la operación con independencia del resultado de la concesión del régimen fiscal especial.

En este sentido, la Ley dejaba en manos del poder ejecutivo la decisión de la concesión del régimen mencionado en su totalidad o tan solo de forma parcial. Si bien, como hemos mencionado, la concesión como tal debía producirse siempre que se cumplieran los requisitos exigidos, la Ley dejaba un amplio margen de discrecionalidad al Ministerio de Economía y Hacienda para decidir qué porcentaje de bonificación (entre el 1% y el 99%) se concedía en determinados impuestos.

Por otra parte, la necesidad de que la reestructuración planificada supusiera un beneficio para la economía nacional (interpretado como un beneficio directo) limitaba considerablemente el ámbito de aplicación de la norma.

Sería en todo caso la Administración la que valoraría si efectivamente una determinada reestructuración suponía un beneficio para la Economía Nacional. Un criterio tan impreciso y tan subjetivo a la hora de su valoración suponía un poder *de facto* para la Administración que, en buena lógica, debía haberse limitado de forma más precisa por el poder legislativo.

Este mismo requisito suponía, en la práctica, que únicamente grandes empresas (o entidades) pudieran acogerse a este régimen en la medida que, en principio, sólo éstas serían susceptibles de producir los citados beneficios.

Por otra parte, el régimen beneficioso sólo estaba pensado para dos tipos de operaciones de reestructuración, cuando, en la práctica, y desde un punto de vista mercantil, existen otras operaciones que, por idénticos motivos, deberían hacerse acreedores al disfrute de un régimen tributario bonificado.

Finalmente, debemos mencionar que en el fondo no se trataba de un régimen neutral por cuanto en alguno de los impuestos contemplados (i.e. Impuesto sobre Sociedades, Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana) la plusvalía que se producía no difería su tributación como si la operación de reestructuración no se hubiese producido, sino que la plusvalía quedaba definitivamente exonerada de tributación.

En consecuencia, desde un punto de vista tributario, el régimen no era neutral, sino favorecedor de las operaciones por cuanto los bienes objeto de plusvalía pasaban a tener un valor revalorizado que beneficiaría una segunda transmisión. Si bien la Ley contemplaba unas cautelas en forma de un plazo posterior durante el cual una transmisión de esos bienes hubiera supuesto la pérdida de la bonificación, pasado ese plazo la segunda transmisión era perfectamente posible.

### *2.3.2.3. La interpretación jurisprudencial*

Como se ha visto, uno de los reparos a plantear a la Ley 76/1980 y a su Reglamento era el hecho de que, cumpliendo todos los requisitos necesarios para obtener las bonificaciones previstas, podía el ministro de Hacienda conceder un porcentaje de bonificación entre el 1% (o incluso inferior) y el 99% en virtud de la expresión “*hasta*” que se incluía en la Ley al referirse a las bonificaciones.

En relación a esta potestad discrecional administrativa que de hecho había supuesto numerosas resoluciones del Ministro de Hacienda en las que la bonificación concedida era un porcentaje notablemente inferior al del 99% que como máximo se podía conceder, la Audiencia Nacional dictó sentencia en fecha 26 de octubre de 1993<sup>33</sup> por la que interpretaba, al amparo de la Constitución Española y de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en relación con la determinación legal de los beneficios fiscales<sup>34</sup>, el significado de la expresión “*hasta*”.

---

<sup>33</sup> Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, Recurso núm. 1733/1992, Ponente Salvo Tambo.

<sup>34</sup> La Audiencia Nacional hacía referencia a la Sentencia 6/1983, de 4 de febrero, del TC en la que ya manifestó “... que los beneficios fiscales deben tener el mismo tratamiento que la potestad originaria para establecer los tributos; en concreto, expresaba que «el artículo 133.3, al decir que “todo beneficio fiscal que afecte a los tributos del Estado deberá establecerse en virtud de ley”, conduce a la misma conclusión -esto es, a la que el propio Tribunal ha llegado respecto de la potestad originaria para establecer tributos que define el art. 133.1-, pues es obvio que hay una legalidad estricta que comprende el establecimiento de los beneficios fiscales, entre los que se cuentan, sin duda, las exenciones y las bonificaciones, pero no

El procedimiento origen de la sentencia se inició como consecuencia de la concesión por parte del ministro de Hacienda de una bonificación del 60% a tres sociedades que pretendían fusionarse al amparo de la Ley 76/1980. Cumpliendo todos los requisitos exigidos, se concedieron las bonificaciones citadas en el porcentaje que se estimó conveniente haciendo uso de las teóricas prerrogativas administrativas que otorgaba la Ley 76/1980.

La Audiencia Nacional, en el Fundamento de Derecho Tercero de su sentencia ya referida, consideró que en el análisis del alcance del término “*hasta*” que permitía, a priori, un margen de discrecionalidad al Ministerio de Hacienda debía realizarse a partir de las normas referidas a la igualdad y a la reserva de ley: “*Siguiendo el criterio de las Sentencias 19/1987, de 17 de febrero, 179/1985, de 19 de diciembre, 6/1983, de 4 de febrero y 37/1981, de 16 de noviembre, todas del Tribunal Constitucional, el artículo 10.1 de la Ley 76/1980 debe ser examinado en relación con dos grupos distintos de normas constitucionales, a saber, la fijación de los tipos de la bonificación fiscal en relación con las normas constitucionales que establecen la igualdad, singularmente, artículos 14 y 31.3 y, en segundo lugar, en relación con las reservas de ley que se consideran de obligado respeto (art. 133.3 en relación con los arts. 31.1 y 133.1).*”

Respecto de las normas constitucionales referidas a la igualdad, la Audiencia Nacional estimó que “*(...) no es relevante el hecho de que la norma legal no contenga de modo directo la diferenciación, ya que, estrictamente, contiene una habilitación o apoderamiento que el legislador realiza en favor de otras instituciones -en el caso de autos, los órganos de gestión de la Hacienda Pública llamados a aplicar la bonificación fiscal(...)*”, por cuanto debe tenerse en cuenta que el propio Tribunal Constitucional, en su Sentencia 19/1987, de 17 de febrero ha manifestado que “*(...) “diversidad, sin embargo, no es discriminación ni es situación por sí sola que contravenga el artículo 14, según una constante doctrina de este Tribunal», conforme a la cual no puede acogerse la alegación de infracción del principio de igualdad de la sociedad aquí recurrente pues para ello es requisito necesario que probase, y no lo hace, que su situación fáctica es idéntica a la de las empresas que han obtenido la bonificación del 99 por 100 según los*

---

*cualquier regulación de ellos», al igual que la reserva de ley del artículo 133.1 «debe entenderse referida a la potestad "originaria" del establecimiento de los tributos, pero no, en cambio, a cualquier tipo de regulación de la materia tributaria». En definitiva, es aplicable mutatis mutandis a las bonificaciones tributarias la doctrina del Tribunal Constitucional respecto de la potestad originaria de establecimiento de los tributos. Sobre esta doctrina como punto de partida -adaptada a las bonificaciones tributarias- se harán las sucesivas consideraciones que subsiguen.”*

*documentos aportados con la demanda. «Puede el legislador -continúa diciendo el TC- diferenciar los efectos jurídicos que haya de extraer de supuestos de hecho disímiles en atención a la consecución de fines constitucionalmente lícitos» y «nada impide que las normas que los ordenen atiendan a esta diferenciación de situaciones» y «hubiera sido posible que la Ley dispusiera de un modo u otro, una determinación directa, pero diversificada» de porcentajes de la bonificación «siempre que posea un fundamento justificado y racional y arranque de situaciones que pueden legítimamente considerarse como diversas»”.*

Sin embargo, aplicando el principio de reserva de ley para la creación de tributos a la aplicación de los beneficios fiscales y, concretamente, a las bonificaciones de la Ley 76/1980, la Audiencia Nacional entendió que, siendo dicha Ley posterior a la Constitución no cabía sino interpretar la repetida expresión “*hasta*” en el sentido de que el único porcentaje de aplicación posible, cumpliendo los requisitos exigidos, es el del 99%. Sigue así el razonamiento del TC que “... *el artículo 31.1 de la Constitución Española establece una reserva general de ley en el orden tributario con la que no está dando entrada a «una legalidad tributaria de carácter absoluto -pues no se impone allí que el establecimiento haya de hacerse necesariamente por medio de ley- sino, con mayor flexibilidad, a la exigencia de que ordene la ley los criterios o principios con arreglo a los cuales se ha de regir la materia tributaria y, concretamente la creación ex novo del tributo y la determinación de los elementos esenciales o configuradores del mismo», lo que, trasladado al ámbito de las bonificaciones conlleva, a su vez, que la ley ha de crear ex novo la bonificación y la determinación de los elementos esenciales de la misma, «sin que ello excluya la posibilidad de que la ley pueda contener remisiones a normas infraordenadas pero sí el de que mediante tales remisiones se provoque, por su indeterminación, una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador»”.*

Por otra parte, y como ya hemos indicado anteriormente<sup>35</sup>, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 18 de enero de 1991, declaró la nulidad del art. 4º 1 del RD 2182/1981, que exigía como requisito para la aplicación del régimen fiscal protegido que los acuerdos de fusión adoptados por las Juntas Generales de las sociedades implicadas se sometieran a la condición suspensiva del efectivo otorgamiento de los beneficios fiscales

---

<sup>35</sup> Nota al pie núm. 30 *supra*.

por el Ministerio de Economía y Hacienda por extralimitación reglamentaria, ya que la Ley 76/1980 no establecía tal requisito.

### 2.3.3. Régimen fiscal especial de las operaciones de reestructuración tras la adaptación del ordenamiento jurídico interno a la Directiva 90/434/CEE

#### *2.3.3.1. Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas*

Cumpliendo con lo establecido en la Directiva 90/434/CEE se aprobó la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas (en adelante Ley 29/1991) en la que junto a otras disposiciones se transcribía, prácticamente de forma literal, lo establecido en la misma.

La Exposición de Motivos manifestaba la voluntad de integrar en el sistema fiscal español lo preceptuado por la citada Directiva no sólo para operaciones en las que intervinieran sociedades de diferentes Estados miembros de la CEE (como era la exigencia de la Directiva), sino también para aquellas en las que intervinieran únicamente sociedades situadas en territorio español<sup>36</sup>.

La palabra que describía el nuevo régimen tributario era *neutralidad*<sup>37</sup>. La incidencia de la fiscalidad en las citadas operaciones de reestructuración sería nula en la medida que no existirían impuestos indirectos en las mismas (tan sólo el ITPAJD en el canje de valores) y las plusvalías que se produjeran se tendrían por no producidas a efectos fiscales (la valoración de los bienes sería también la originaria). Respecto de los socios personas físicas se aplicarían exactamente los mismos principios.

---

<sup>36</sup> Ha sido una constante la preocupación de los gobiernos españoles el fomentar la competitividad de sus empresas de diferentes formas y, entre ellas, la reestructuración de las mismas. El Presupuesto por Programas y Memoria de Objetivos del Ministerio de Economía para 2002 señala expresamente: “*La adaptación de las estructuras productivas de las empresas a una realidad económica marcada por la globalización de los mercados tiene, entre sus principales consecuencias, un aumento de las fusiones empresariales*”.

<sup>37</sup> Aunque algún autor (ALONSO GONZALEZ, L.A. (2002). “El régimen fiscal de las operaciones de reestructuración empresarial: diferimiento del Impuesto sobre Sociedades”, en *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 1-2, págs. 473-492., pág. 478) entiende que el legislador fiscal dista mucho de ser neutral en esta materia, en la medida que otorga un rato de favor a estas operaciones en detrimento de otras por razones extrafiscales. Entendemos que la neutralidad debe entenderse en el sentido de no favorecer ni perjudicar la realización de estas operaciones por motivos fiscales, pero no a partir de la comparación con otras operaciones.

Respecto al régimen anterior (Ley 76/1980) existía otro elemento diferenciador y era la ausencia de intervención administrativa (únicamente era necesario comunicar la intención de aplicar los beneficios de la Ley). No obstante, y recogiendo una posibilidad contemplada en la propia Directiva, la Ley 29/1991 limitaba su ámbito de aplicación a aquellas operaciones realizadas por motivos económicos válidos (como tales parecían no incluirse los motivos de índole fiscal), excluyéndose expresamente los motivos de fraude o evasión fiscal.

La Ley 29/1991 adicionalmente modificó una serie de preceptos de otras disposiciones con la finalidad de eliminar la imposición indirecta de las operaciones de reestructuración, así como los impuestos locales que pudieran gravarlas.

APARICIO PÉREZ<sup>38</sup> (aunque refiriéndose a las fusiones sería igualmente aplicable a las aportaciones no dinerarias) considera que el tratamiento de la Ley 29/1991 respecto de las operaciones de reestructuración se fundamenta en una serie de principios:

- a) Principio de neutralidad impositiva
- b) Principio de equidad en la fusión (o aportación no dineraria)
- c) Principio de continuidad en las participaciones
- d) Principio de armonización
- e) Principio de simplicidad
- f) Principio de no intervención de la Administración

Las operaciones de fusión y escisión que se estuvieran ejecutando en el momento de entrar en vigor la Ley 29/1991, acordadas con anterioridad a esa fecha, se seguirían rigiendo por la Ley 76/1980, aunque los sujetos pasivos podían optar por el nuevo régimen fiscal (debían comunicarlo a la Comisión Informadora sobre Concentración de Empresas).

Para algunos autores<sup>39</sup> la importancia de la Directiva 90/434/CEE y su transposición e incorporación a la normativa española a través de la Ley 29/1991 tenía como elemento más destacado la posibilidad de permitir la creación de alianzas a nivel europeo entre

---

<sup>38</sup> APARICIO PÉREZ, A. (1993). "Distintos aspectos del régimen fiscal de la fusión de empresas", en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 96, págs. 11-30, pág. 22.

<sup>39</sup> Vid MONCHE MARISTANY, A., NIN ROS, J.M. (1992). "El nuevo régimen legal de las fusiones y escisiones de empresas, aportaciones de activos y canje de valores (Posibilidades prácticas)", en *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, Vol. II, págs. 92-104., pág. 104

las diferentes unidades económicas. Con anterioridad a esta Directiva, este tipo de contratos de cooperación sufría distorsiones en su efectiva ejecución.

#### 2.3.3.2. Régimen previsto en la LIS 43/1995

La LIS 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, LIS 43/1995), nació con el deseo de, además de reformar algunos aspectos de la legislación de dicho impuesto, integrar en una sola Ley diferentes regulaciones dispersas a través de leyes que habían ido surgiendo con posterioridad a la LIS 61/1978.

En relación con el tema de las reestructuraciones empresariales, se incluyó el capítulo VIII (artículos 97 a 110) del Título VIII bajo el título: Régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores. Con posterioridad, la aprobación del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, hizo que este régimen se integrara en el Capítulo VIII del Título VII (artículos 83 a 96).

El régimen inicialmente aplicable (modificado cada ejercicio a través de las Leyes de Acompañamiento) era conceptualmente igual al regulado por la Ley 29/1991, si bien se introdujeron algunas variaciones:

- Se eliminó la tributación por el ITPAJD en las operaciones de canje de valores.
- La operación del canje de valores se limitó al ámbito de la Unión Europea
- La fecha de efectividad fiscal de las operaciones coincidía con la contable determinada por el propio sujeto pasivo
- Las bases imponibles negativas pendientes de compensar de la sociedad transmitente podían, en determinados supuestos, ser transmitidas a la adquirente
- Creación de la figura de las aportaciones dinerarias especiales
- Posibilidad de amortizar el fondo de comercio generado en operaciones en que la sociedad adquirente participara en el capital de la transmitente si éste estaba incorporado en el precio de adquisición de la cartera de la misma
- Se precisó el concepto de rama de actividad coincidiendo con el criterio manifestado por la DGT en las últimas respuestas a consultas no vinculantes antes de su aprobación (si bien con posterioridad volvió a modificarse)
- Se contempló la renuncia parcial al régimen de diferimiento de las rentas derivadas de plusvalías por la transmisión de elementos patrimoniales.



La constante modificación de las normas contenidas en el Capítulo VIII del Título VIII es buena muestra de la mala redacción de las mismas y de la inseguridad del legislador que, a partir de los múltiples problemas que se han ido sucediendo en la aplicación de la norma ha ido modificando, total o parcialmente, los artículos de la misma para adaptarlos, presuntamente, a la finalidad original pretendida.

El régimen especial para las operaciones de reestructuración empresarial de la LIS 43/1995 sufrió numerosísimas modificaciones prácticamente desde su publicación<sup>40</sup>. Así, por orden cronológico, podemos citar:

- 1) La Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social dio nueva regulación a la transmisión del derecho a compensar bases imponibles negativas (en adelante, BIN) especialmente en los casos que las mismas hubieran motivado una depreciación de la participación en la entidad transmitente o en otra vinculada a la misma (art. 104.3 LIS 43/1995)
- 2) La Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias incorporó al texto legal la referencia a que los valores recibidos a cambio de los entregados en las operaciones de fusión y escisión mantenían la antigüedad de los entregados<sup>41</sup> (art. 102.2 LIS 43/1995).
- 3) La Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, incorporó el concepto de “escisión de valores”<sup>42</sup> al régimen fiscal especial (art. 97.2.c) LIS 43/1995), modificó el concepto de rama de actividad (art. 97.4 LIS 43/1995) y corrigió técnicamente la referencia que se realizaba al sujeto pasivo incorporando la posibilidad que éste fuera sujeto pasivo, además del IS, del IRPF<sup>43</sup> (art. 108.1.b) LIS 43/1995).
- 4) La Ley 55/1999, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, estableció la imposibilidad de aplicar el régimen fiscal especial cuando la entidad adquirente estuviera sometida al régimen de atribución de rentas (art.

---

<sup>40</sup> La primera, a los cinco meses de su entrada en vigor, por el Real Decreto Ley 8/1996 de 7 de junio, en relación con las medidas para corregir la doble imposición.

<sup>41</sup> Dicho mantenimiento, pese a su no inclusión en ningún texto legal, era admitido de forma pacífica por la doctrina e incluso por la propia Administración.

<sup>42</sup> Se trata de una escisión parcial en la que lo escindido no es una rama de actividad, sino un conjunto de participaciones en el capital de otras entidades que le confieren la mayoría del capital social en las mismas.

<sup>43</sup> Como se verá con posterioridad la finalidad de esta modificación ha sido controvertida por cuanto se ha defendido que no se trataba de una corrección técnica, sino de una ampliación de los supuestos de aplicación de las aportaciones no dinerarias especiales a las personas físicas no empresarios o profesionales.

97.1 LIS 43/1995), permitió, de forma expresa, la aplicación de este régimen cuando la entidad adquirente estuviera sujeto a un tipo o régimen tributario especial<sup>44</sup> (art. 97.1 LIS 43/1995) y modificó la referencia a la corrección a realizar en las transmisiones de establecimientos permanentes bajo el régimen fiscal especial incorporando el importe del exceso de las pérdidas sobre los beneficios imputados por el establecimiento permanente en los diez ejercicios anteriores<sup>45</sup> (art. 105 LIS 43/1995).

- 5) La Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, estableció la necesidad de que en las llamadas “escisiones subjetivas”<sup>46</sup> la parte escindida constituyera una rama de actividad (art. 97.2.2ª LIS 43/1995), estableció una regla de valoración para los valores recibidos por la entidad que realiza un canje de valores cuando las rentas generadas por los socios no estuviesen sujetas a tributación en territorio español (art. 101.2 2ª párrafo LIS 43/1995), aclaró la imposibilidad de acoger al régimen fiscal especial las operaciones de canje de valores que no reunieran los requisitos fijados<sup>47</sup> (art. 101.6 LIS 43/1995), introdujo un nuevo párrafo por el cual se entendía cumplido el primer requisito (adquisición a personas o entidades residentes y no vinculados con la adquirente) para poder deducirse, por décimas partes, el llamado “fondo de comercio” aflorado en las operaciones de fusión, cuando el adquirente probase que un gravamen equivalente al resultado de aplicar el IS hubiera tributado en cualquier otro país de la UE (art. 103.3.a) a’) LIS 43/1995) y dio una nueva redacción a los arts. 109 -para corregir errores en el correcto funcionamiento de las normas para evitar la doble imposición previstas en este artículo-, al apartado 1 del art. 110 LIS 43/1995 -para establecer con mayor claridad cómo y, sobre todo, quién debía formular la opción por el régimen fiscal especial- y al apartado 2 del art. 110 LIS 43/1995 para modificar

---

<sup>44</sup> Estableció un sistema lineal de generación de rentas de forma que, a efectos de una futura transmisión desde la entidad adquirente, la plusvalía que se producía se entendía generada de forma lineal a lo largo de los años desde la titularidad de la entidad adquirente (es decir, como si cada año se hubiese generado la misma cantidad de plusvalía) por lo que debía tributar al tipo correspondiente a la entidad que presuntamente generó cada parte de la plusvalía.

<sup>45</sup> Con anterioridad se hacía referencia a los siete últimos ejercicios. La modificación es fruto de la ampliación que se hizo de 7 a 10 años para compensar las BIN generadas en el régimen general del IS.

<sup>46</sup> Por escisiones subjetivas la doctrina entiende aquellas en las que la atribución de valores de alguna de las entidades adquirentes a los socios de la entidad escindida se realiza en proporción distinta a la que tenían en la entidad escindida (lógicamente, la reducción de capital en la entidad escindida tampoco será proporcional). Por el contrario, en la escisión objetiva, dicha atribución sí es proporcional.

<sup>47</sup> Dada la redacción, con anterioridad, se discutía si pese a no reunir los requisitos, sólo se veían afectadas las rentas puestas de manifiesto en el IS o IRPF, sin afectar al resto de tributos.

(y clarificar) los supuestos en los que no se podía aplicar el régimen fiscal especial por no concurrir motivos económicos válidos.

- 6) La Ley 6/2000, de 13 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales urgentes de estímulo al ahorro familiar y a la pequeña y mediana empresa, estableció una incompatibilidad entre el régimen fiscal especial de las operaciones de reestructuración y las normas para evitar la doble imposición en la transmisión de participaciones no residentes en territorio español previstas en el art. 20 bis (art. 110.3 LIS 43/1995).
- 7) La Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, estableció nuevos requisitos para la deducibilidad de la depreciación de los bienes revalorizados como consecuencia de operaciones de fusión (art. 103.3 LIS 43/1995), determinó el importe en euros de las sanciones por incumplimiento de las obligaciones contables previstas (art. 107.4<sup>º</sup> LIS 43/1995) y admitió la aplicación de las aportaciones no dinerarias especiales a los contribuyentes del IRPF (no empresarios o profesionales) respecto de la aportación de acciones o participaciones sociales sujeto al cumplimiento de unos requisitos.
- 8) La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, adecuó la redacción referida a las infracciones por incumplimiento de las obligaciones contables al redactado de la nueva LGT (art. 107.4 LIS 43/1995).

Igualmente, el RD 537/1997, de 14 de abril de 1997, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, también sufrió algunas modificaciones para adaptarse a la propia LIS 43/1995. En lo que se refiere al régimen especial de reestructuración el RD 995/2001, de 10 de septiembre, , por el que se modifica el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades en materia de regímenes fiscales especiales, introdujo el Capítulo II, cuyos arts. 47, 48 y 49 detallan los aspectos formales de la comunicación a realizar en el caso de que se opte por el régimen tributario establecido en el Capítulo VIII del Título VIII. Con posterioridad, el RD 252/2003, de 28 de febrero, añadió nuevas obligaciones de información para los supuestos en que se pudiera amortizar el fondo de comercio puesto de manifiesto en las operaciones de fusión previsto en el art. 103.3 de la LIS 43/1995.

### 2.3.3.3. La regulación del régimen fiscal especial de acuerdo en el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades de 2004

La disposición adicional cuarta de la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de reforma parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y por la que se modifican las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades y sobre la Renta de no Residentes se establecía la obligación del Gobierno de aprobar el texto refundido del Impuesto sobre Sociedades (sin autorización para regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que debían ser refundidos).

En el este Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo (en adelante TRLIS 2004), el régimen fiscal especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores, pasó a integrarse en el Capítulo VIII del Título VII (artículos 83 a 96) pero sin sufrir inicialmente, como es lógico, ninguna modificación.

A lo largo de los años, hasta su derogación definitiva y sustitución por la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, fue objeto de las siguientes modificaciones en lo que se refiere al régimen fiscal objeto de estudio, por las siguientes Leyes:

- a) La Ley 25/2006, de 17 de julio, por la que se modifica el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales y del sistema portuario y se aprueban medidas tributarias para la financiación sanitaria y para el sector del transporte por carretera, limitó el concepto de escisión parcial exigiendo que, tras la escisión de una o varias ramas de actividad se mantenga, cuanto menos, una rama de actividad en la entidad escindida. Asimismo, mejoró y amplió la definición de canje de valores contemplando los supuestos en los que, previamente al canje, ya existiera mayoría de derechos de voto en la entidad adquirente, corrigió la referencia a la Directiva 90/434/CEE incorporando su título correcto tras la inclusión en la misma de los traslados de domicilio social<sup>48</sup>, incluyó en el régimen fiscal de la fusión, escisión y del canje de valores a las entidades en régimen de atribución de rentas, corrigió el régimen fiscal aplicable en los casos de transmisión de establecimientos

---

<sup>48</sup> Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro.

- permanentes y estableció las reglas para optar por el régimen fiscal especial en el caso de traslados de domicilio social.
- b) La Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, prohibió la posibilidad de realizar aportaciones no dinerarias especiales en los casos de contribuyentes del IRPPF cuando las participaciones aportadas sean representativas de una entidad cuya actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario<sup>49</sup>.
- c) La Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, corrigió las referencias como consecuencia de variaciones de otros artículos en la propia Ley y de referencias a otras disposiciones legales, introdujo, una corrección técnica en el cálculo de la plusvalía en el caso de fusión, escisión y de canjes de valores cuando el socio pierda la condición de residente en territorio español, y también introdujo modificaciones en las obligaciones contables en relación con las correcciones valorativas por deterioro de participaciones, así como una corrección técnica respecto de los deterioros de las participaciones en supuestos de doble imposición.
- d) La Ley 4/2008, de 23 de diciembre, por la que se suprime el gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio, se generaliza el sistema de devolución mensual en el Impuesto sobre el Valor Añadido, y se introducen otras modificaciones en la normativa tributaria, introdujo una corrección técnica respecto de los bienes adquiridos sustituyendo “inmovilizado” por “activo fijo”.
- e) La Ley 16/2013, de 29 de octubre, por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras estableció las siguientes medidas:
- Corrección en las operaciones de fusión, escisión y canje de valores de la renta a integrar en el supuesto de que los socios pierdan la cualidad de residentes en territorio español.
  - Corrección técnica en la valoración de los bienes adquiridos, sustituyendo el término “patrimonio neto” por “fondos propios”.

---

<sup>49</sup> Técnicamente se remite “a los términos previstos en el artículo 4.Ocho.Dos de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio y no cumpla los demás requisitos establecidos en el cuarto párrafo del apartado 1 del artículo 116 de esta Ley” (en referencia al TRLIS 2004).

- Se elimina la limitación absoluta en la compensación de las bases imponibles negativas pendientes de compensar que se hayan transmitido cuando la pérdida haya motivado la depreciación del valor entre entidades que forme un grupo de sociedades en el sentido del art. 42 CCo.
- Modificación en la tributación en los casos de transmisión de establecimientos permanentes.
- Se elimina la no deducibilidad de la pérdida por deterioro de la participación en la distribución de beneficios ligados a algunos supuestos de las operaciones de reestructuración contempladas en el régimen fiscal.

#### *2.3.3.4. Última etapa: el régimen fiscal especial en la vigente Ley del Impuesto sobre Sociedades*

Las constantes modificaciones experimentadas por el TRILIS –en el apartado anterior se han relacionado únicamente las relativas al régimen fiscal especial de reestructuraciones empresariales, exigían una revisión global de toda la figura impositiva.

La Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, LIS) mantuvo la misma estructura del impuesto que establecida por la LIS 43/1995, es decir, se parte del resultado contable para el cálculo de la base imponible a la que se realizan una serie de ajuste por diferencias entre el criterio contable y el fiscal. Además de mantuvo una estructura en la que se establece un régimen con carácter general del impuesto y una serie de regímenes especiales para determinados supuestos en los que, en todo caso, el régimen general actúa de régimen subsidiario y solo se regulan las especificidades de cada régimen.

En lo que respecta al régimen especial de las operaciones de reestructuración, en la parte formal, fruto de las modificaciones estructurales se sitúa en el Capítulo VII del Título VII (artículos 76 a 89, ambos inclusive). Desde un punto de vista sustantivo, la vigente LIS presenta cuatro novedades sustanciales:

- (i) El régimen se configura como el general para las operaciones de reestructuración sin que deba optarse por la aplicación del mismo y siendo obligatoria su comunicación a la AEAT.
- (ii) Al eliminarse en el régimen general la tributación en la transmisión de participaciones vía exención, se elimina del régimen el tratamiento fiscal del fondo de comercio.

- (iii) Se establece la subrogación de la entidad adquirente en las bases imponibles negativas generadas por una rama de actividad, cuando se transmite a otra entidad.
- (iv) Se establece expresamente como consecuencia de la aplicación de cláusula antielusión la inaplicación parcial del régimen y la circunscripción de las regularizaciones que pudieran efectuarse al ámbito de la ventaja fiscal obtenida en este tipo de operaciones.

Como dato destacado y muy positivo, el régimen no ha sufrido modificaciones desde su redacción original lo que coadyuva a que, lentamente, se establezcan criterios interpretativos que favorezcan la seguridad jurídica de un régimen que, como veremos con posterioridad, adolece de la necesaria claridad de criterios para su correcta aplicación.

#### **2.4. Cuestiones interpretativas**

Si bien la forma de interpretar la normativa respecto del régimen fiscal especial es un aspecto que trataremos al analizar cada una de las materias que afectan al mismo y, particularmente, los aspectos más controvertidos, creemos de utilidad hacer una reflexión en este momento de un aspecto trascendental en las conclusiones que se alcancen con posterioridad y es si la normativa española debe interpretarse a la luz del Derecho de la Unión Europea o, si bien, debe hacerse de manera autónoma.

La pregunta es procedente por cuanto la inicial Ley 29/1991, que originariamente surge por la necesidad de trasponer la Directiva 90/434/CEE al ordenamiento español antes de 1 de enero de 1992, no sólo transcribió la Directiva citada, sino que, además, estableció que el régimen fiscal especial sería de aplicación a las operaciones de ámbito territorial estrictamente español. La propia Exposición de Motivos de la Ley 29/1991 estableció que *“(…) los principios tributarios sobre la que está construida [la norma comunitaria] son igualmente válidos para regular las operaciones realizadas entre entidades residentes en territorio español. Por este motivo, se establece un régimen tributario único para unas y otras”*. Parece claro que la voluntad del legislador en la Exposición de Motivos era, además de incorporar el régimen de la Directiva al ordenamiento jurídico español, extender ese mismo régimen a las operaciones internas. Bajo esta premisa, en todos los casos el régimen debería interpretarse de acuerdo con los criterios interpretativos de la UE.

Sin embargo, tras esta declaración de principios de la Exposición de Motivos, la regulación sustantiva empieza a presentar diferencias que no caben atribuirse ni a

matices a la hora de transponerla y coordinarla con la normativa interna española, ni a errores. Así, por ejemplo:

- a) La Ley 29/1991 incorporó el concepto de escisión parcial (de rama de actividad) mientras que la Directiva sólo contempla la escisión total, ya que solo muy posteriormente, como hemos indicado, la Directiva 2005/19/CE procedió a su incorporación.
- b) La atribución de elementos del pasivo de la rama de actividad en las operaciones que se realicen, en el texto de la Directiva tiene carácter obligatorio, mientras que en la Ley 29/1991 era potestativo.
- c) La norma española preveía la posibilidad de renunciar al régimen de diferimiento (aplicándose el resto del régimen) mientras que la norma comunitaria nada dice al respecto.
- d) La Ley 29/1991 establecía los efectos de la subrogación en los derechos y obligaciones tributarias derivadas de las operaciones mientras que la Directiva no mencionaba nada al respecto.
- e) La norma española estableció una serie de obligaciones contables y formales que la norma comunitaria no recogía.
- f) El concepto recogido de *finalidad de fraude o evasión fiscal* era claramente diferente en uno y otro texto legal.

Al lado de estas diferencias iniciales, las sucesivas modificaciones de la Ley 29/1991, su integración en la LIS 43/1995 y, a partir de aquí, en las sucesivas normas que regulaban el Impuesto sobre Sociedades, incorporando conceptos nuevos y, finalmente, las numerosísimas modificaciones de este texto legal han supuesto que la redacción actual del régimen fiscal especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores se aleje de forma sustancial del regulado en la Directiva 90/434/CEE y su sucesora, la Directiva 2009/133/CE.

No cabe duda que las normas aplicables a aquellas operaciones incluidas dentro del ámbito de la Directiva y sujetas a Derecho español deberán ser interpretadas, si fuera necesario, de acuerdo con el texto de la Directiva, su finalidad y las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) en aquellos supuestos en los que se haya pronunciado<sup>50</sup>. Sin embargo, resulta dudoso si en aquellos supuestos en los

---

<sup>50</sup> Conforme a los art. 19 del Tratado de la Unión Europea y art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es competente para pronunciarse, con carácter



que únicamente intervienen entidades que tengan su residencia en territorio español quedando, por tanto, fuera del alcance del ámbito de aplicación de la Directiva, las normas españolas de aplicación deben interpretarse al amparo de derecho de la Unión Europea o bien, exclusivamente, de acuerdo con la normativa interna.

En la Sentencia Leur-Bloem de 17 de julio de 1997, C-28/95<sup>51</sup>, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ya manifestaba que *“con arreglo al artículo 177 del Tratado el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la interpretación de ese Tratado y de los actos adoptados por las Instituciones de la Comunidad.”* Sin embargo, a continuación, advertía que *“(…) corresponde únicamente al órgano jurisdiccional nacional apreciar el alcance exacto de esa remisión al Derecho comunitario, puesto que la competencia del Tribunal se limita únicamente al examen de las disposiciones del Derecho comunitario. En efecto, corresponde al Derecho interno y, por consiguiente, a la competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro, tener en cuenta los límites que el legislador nacional haya podido poner a la aplicación del Derecho comunitario a situaciones puramente internas.”* (apartado 5)

El TJCE se pronunció en un caso con gran similitud con la cuestión que aquí se plantea en su Sentencia de 15 de enero de 2002, *Andersen og Jensen*, (Asunto C-43/00). Se trataba de una aportación de activos realizada en un contexto puramente interno. Sin embargo, el tribunal danés que plantea la cuestión prejudicial considera que, de los trabajos preparatorios de la normativa danesa aplicable, se desprende que la voluntad del legislador danés era otorgar el mismo tratamiento fiscal a las operaciones puramente internas y la que tuvieran dimensión comunitaria<sup>52</sup>. Por tanto, y en atención a la STJCE Leur-Bloem de 17 de julio de 1997, C-28/95 *Vestre Landsret* planteó una

---

prejudicial, sobre la interpretación de los Tratados y sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión.

<sup>51</sup> ECLI:EU:C:1997:369.

<sup>52</sup> Los trabajos preparatorios de la Fusionskattelov (Folketingstidende de 1991/1992, suplemento A, columnas 495 y 514) se puede leer: «El proyecto de Ley pretende introducir en la legislación fiscal danesa las modificaciones necesarias para adaptarla a la Directiva sobre las fusiones.

El proyecto de Ley persigue asimismo establecer normas concordantes con las disposiciones de la Directiva sobre las fusiones en materia de escisiones, aportaciones de activos y canje de acciones entre sociedades cuyo domicilio social se encuentre en Dinamarca.

[...]

La expresión aportación de activos se define en el artículo 15 c, apartado 2, del mismo modo que en el artículo 2.º, letra c), de la Directiva sobre las fusiones. Una rama de actividad se define del mismo modo que en el artículo 2.º, letra i), de la Directiva sobre las fusiones.»

cuestión prejudicial ante el TJCE.

En TJCE entendió en esta sentencia, que, efectivamente, era competente en ese caso para interpretar la Directiva con los argumentos de que:

*“18. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando, como en el asunto principal, una normativa nacional se atiene, para resolver una situación interna, a las soluciones aplicadas en Derecho comunitario con objeto, especialmente, de evitar la aparición de discriminaciones en contra de los propios nacionales o de eventuales distorsiones de la competencia, existe un interés comunitario manifiesto en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho comunitario reciban una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse (sentencia Leur-Bloem, antes citada, apartado 32).*

*19. De las consideraciones que preceden se desprende que el Tribunal de Justicia es competente para interpretar las disposiciones de la Directiva aunque éstas no rijan directamente la situación controvertida en el asunto principal. Por lo tanto, procede responder a las cuestiones planteadas por el Vestre Landsret.”*

Parece clara la similitud entre la norma española y la norma danesa respecto de la voluntad de incorporar la normativa comunitaria también con la finalidad de que tenga efectos en la normativa interna. Sin embargo, esta voluntad, como hemos visto, no se corresponde con posterioridad con la realidad, puesto que se introducen modificaciones relevantes respecto de la normativa comunitaria.

En este sentido, probablemente deberemos adoptar un doble criterio en esta interpretación dependiendo del aspecto de la normativa al que nos refiramos. Así, en aquellas partes en las que, de forma clara, se ha producido la incorporación de la norma comunitaria a la normativa interna con la voluntad de extender sus efectos a las operaciones internas, la interpretación deberá realizarse a partir de las fuentes comunitarias. Sin embargo, en aquellos aspectos donde se aprecia la voluntad del legislador español de apartarse de la norma comunitaria o de ampliarla, deberemos proceder a interpretarla de acuerdo con el resto de normativa interna.



## CAPÍTULO II. LAS APORTACIONES NO DINERARIAS

### 1. Caracterización de las aportaciones societarias

#### 1.1. Consideraciones iniciales

A diferencia de los supuestos de fusiones o escisiones, el concepto de aportación no dineraria de rama de actividad (o, simplemente, aportación de rama de actividad ya que, en este caso, la mención a “no dineraria” es redundante), en el Derecho mercantil español, no existe como tal, por lo que la definición de esta figura realizada por las normas fiscales será determinante para establecer si nos encontramos ante esta operación y, en consecuencia, la posibilidad de aplicar el régimen protegido establecido.

Mientras la generalidad de normas fiscales califica los efectos de determinados negocios jurídicos, definidos normalmente en la normativa civil o mercantil, en el presente supuesto, el negocio jurídico no existe de forma específica con esa denominación en el ordenamiento jurídico-privado. En este caso, fue la Ley 29/1991 la que, al tiempo que establecía su tratamiento fiscal, determinó la noción de aportación no dineraria, con el problema añadido de que lo hizo de forma imprecisa.

Al margen de los antecedentes históricos, el concepto actual arranca de la propia Directiva 90/434/CEE que establecía claramente en su art. 1 que el contenido de la misma, entre otras operaciones, sería aplicable a la aportación de activos (*transfers of assets*) relativas a sociedades de dos o más Estados miembros.

A continuación, especifica que, por aportación de activos, a efectos de dicha Directiva, se debía entender la operación por la cual una sociedad aporta, sin ser disuelta, a otra sociedad la totalidad o una o más ramas de su actividad, mediante la entrega de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria de la aportación.

Nótese la diferencia terminológica entre la denominación de la operación -aportación de activos- con su definición, para la que se recurre a la rama de actividad<sup>53</sup>.

Inmediatamente, definía rama de actividad en los siguientes términos: el conjunto de elementos de activos y de pasivo de una división de una sociedad que constituyen desde el punto de vista de la organización una explotación autónoma, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios.

---

<sup>53</sup> La incongruencia se mantiene en la Directiva 2009/133/CE.

De nuevo, resulta sorprendente la denominación de la operación en la que solo se refiere a *assets* (activos) con la definición, en la que se incluyen elementos de activo y de pasivo.

La LIS 43/1995 definió la operación de aportación de rama de actividad de forma prácticamente idéntica a la Ley 29/1991, aunque aclaró sustancialmente el concepto y matizó que dichas aportaciones podían realizarse a entidades ya existentes o de nueva creación<sup>54</sup>. Bajo este criterio, LÓPEZ-SANTACRUZ<sup>55</sup> diferenció las aportaciones entre aportaciones por creación, en las que se transmite el patrimonio a una sociedad constituida a través de la propia aportación, y las aportaciones por absorción, en donde la sociedad aportante transmite las partes de su patrimonio a una sociedad ya existente.

Las posteriores Leyes del Impuesto sobre Sociedades han mantenido el mismo redactado sin que los sucesivos cambios que se han ido produciendo hayan alterado el concepto de aportación no dineraria, ni el de rama de actividad.

De acuerdo con la definición legal, la aportación no dineraria de rama de actividad consiste básicamente en atribuir a otra sociedad (ya existente o constituida en esta propia operación) parte o la totalidad del patrimonio de otra, que constituye una rama de actividad, recibiendo la sociedad aportante, a cambio, participaciones en el capital de la sociedad beneficiaria.

Podemos apreciar, por tanto, que se produce un flujo bilateral en la medida que una sociedad transmite a la otra una o más ramas de su actividad y, a cambio, recibe valores representativos del capital de la sociedad adquirente.

Originalmente, al amparo de la Directiva 90/434/CEE, la Ley 29/1991 únicamente preveía la figura de las aportaciones no dinerarias de rama de actividad. Posteriormente, la LIS 43/1995 incluyó la conocida como aportación no dineraria especial, que no exige

---

<sup>54</sup> NAVARRO EGEA, M. (1997). *Fiscalidad de la reestructuración empresarial: la fusión y la escisión*, op. cit., pág. 79, crítica el alejamiento de la ley española respecto de la definición de la Directiva 90/434/CEE por cuanto ésta se refiere a las “aportaciones de activos” y la norma española a las “aportaciones no dinerarias de rama de actividad” lo que complica la ubicación de esta figura en el plano jurídico-mercantil. En idéntico sentido, QUINTAS SEARA, A. (2021). *Fiscalidad de las reorganizaciones empresariales en la Unión Europea: estudio de la Directiva Fiscal de Fusiones*, Marcial Pons, Madrid, pág. 198, señala que las características de la figura definida en la Directiva de fusiones son diversas pudiendo extenderse a la totalidad o solo a una o varias de las ramas de actividad de la sociedad por lo que el nombre “transfer of assets” no parece el más adecuado.

<sup>55</sup> LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J.A. (2000). *Operaciones de reestructuración empresarial*, op. cit., pág. 28.

la existencia de una rama de actividad. Las sucesivas Leyes del Impuesto sobre Sociedades han mantenido esta figura en similares términos<sup>56</sup>.

En los primeros años de vigencia de la Ley 29/1991, el aspecto más discutido y que más dudas generó, tanto a nivel doctrinal como de los propios sujetos pasivos, fue la existencia o no de la rama de actividad y, en consecuencia, determinar el concepto de la misma.

El análisis de la definición incluida tanto en la Ley 29/1991 como en la LIS 43/1995, unido al hecho de que no existía un concepto mercantil de aportaciones no dinerarias, llevó a una gran parte de la doctrina a considerarlo como un concepto autónomo, creado a efectos puramente fiscales en un ejercicio de la denominada autonomía calificadora del Derecho Tributario<sup>57</sup>.

Con independencia de que, con posterioridad, entremos a analizar el concepto de rama de actividad es necesario, previamente, referirnos a la aportación no dineraria, concepto, en principio, común tanto para aportaciones no dinerarias de rama de actividad como para aportaciones no dinerarias especiales.

## **1.2. Concepto de aportación societaria como aportación no dineraria**

En el momento de la aprobación de la Ley 29/91 el concepto de aportación aparecía de forma relevante en el art. 1 de la Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (en adelante, LSA) al mencionar los elementos básicos de las sociedades anónimas indicando que *“el capital, que estará dividido en acciones, se integrará por las aportaciones de los socios”*.

---

<sup>56</sup> Dichas aportaciones se incluyeron en el art. 108 de la LIS 43/1995 bajo el título de “aportaciones no dinerarias especiales” que incluía también las aportaciones realizadas por personas físicas (fueran de rama de actividad o de elementos individuales). A partir de aquí este tipo de actividades, sujetas al RFE, donde lo que se aporta no es una rama de actividad fueron conocidas por la doctrina con el nombre de aportaciones no dinerarias especiales. Con posterioridad, la modificación introducida en la LIS 43/1995 por la Ley 24/2001, para los ejercicios iniciados a partir del 1-1-2002, modificó el nombre del artículo, pasándolo a llamar, simplemente, aportaciones no dinerarias. No obstante, la doctrina ha seguido utilizando mayoritariamente este término para referirse a las aportaciones no dinerarias de elementos aislados, En el presente trabajo seguiremos utilizando esta terminología.

<sup>57</sup> ELVIRA BENITO, D. (1995). “El concepto de “aportación de rama de actividad” y el tipo aplicable en el Impuesto sobre Operaciones Societarias”, en *Crónica tributaria*, núm. 75, págs. 97-118, pág. 115, subraya que se trata de un concepto de carácter puramente fiscal y no mercantil (introducido por la normativa comunitaria). En el mismo sentido, ARMESTO MACÍAS, D. (1992). “Aportaciones no dinerarias de ramas de actividad”, *op. cit.*, pág. 125.

Por su parte, el art. 1 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante, LSRL), con una redacción parecida, subrayaba lo que a juicio de la doctrina<sup>58</sup> debía considerarse elemento esencial del contrato de sociedad: así, aclaraba que “*el capital, que estará dividido en participaciones sociales, se integrará por las aportaciones de todos los socios*”. De esta forma, unía al concepto de socio el concepto de aportación, estableciendo que el contrato de sociedad<sup>59</sup> requería como uno de los elementos esenciales la propia aportación<sup>60</sup>.

La redacción actual del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (en adelante, LSC) contiene hasta en 80 ocasiones el término aportación o su plural, aportaciones, para referirse en diferentes artículos a los elementos, monetarios o no, transferidos por los socios a las sociedades de las que forman parte y que, de una u otra forma, se reflejan en el capital de la sociedad.

El propio art. 1, que define los tres tipos de sociedades de capital mercantiles que existen en nuestro ordenamiento jurídico, establece que el capital en los tres casos se integrará por las aportaciones de todos los socios.

Desde un punto de vista práctico, la unanimidad doctrinal y jurisprudencial respecto de la esencialidad de la aportación en el contrato de sociedad, resulta en gran medida estéril considerando que no existe la misma unanimidad respecto del concepto de aportación.

En vigencia de la LSA, sólo podían ser objeto de aportación los bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica. El art. 58 de la vigente LSC, ya de

---

<sup>58</sup> Sobre el estudio de la aportación en general en el ámbito mercantil, vid. GARRIGUES, J. (1947). *Tratado de Derecho Mercantil (T.I, V.I)*, Revista de Derecho Mercantil, Madrid; VICENT CHULIÁ, F. (1997). *Introducción al derecho mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia; DE LOJENDIO OSBORNE, I.M., OTERO LASTRES, J.M. (1994). “Fundación de la Sociedad Anónima. Aportaciones Sociales (Artículos 36 a 41 de la L.S.A.) y Dividendos Pasivos (Artículos 42 a 46 de la L.S.A.)”, Tomo III, Volumen 3º”, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, URÍA, R., MENÉNDEZ, A., OLIVENCIA, M. (Dir.), Civitas, Madrid, págs. 11-299; MARTÍNEZ ALMEIDA, A. (1950). “Naturaleza jurídica de la aportación a sociedad”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 5, págs. 219-243; MARTÍNEZ-RADIO, A. de la E. (1960). “Tradición instrumental y aportación social”, en *Revista de derecho mercantil*, núm. 78, págs. 457-492.

<sup>59</sup> El art. 116 del CCo define el contrato de compañías como aquel “( ) por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro”. A su vez, el art. 1665 del CC señala que “la sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias”.

<sup>60</sup> Vid. SSTs de 10 de febrero de 1984 (RJ 1984, 589) y 19 de noviembre de 1984 (RJ 1984, 5562).

forma conjunta para los diferentes tipos de sociedades, establece que sólo podrán ser objeto de aportación los bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica y que, en ningún caso, se podrán aportar intangibles como el trabajo o los servicios.

Coincidiendo con esta limitación, VICENT CHULIÁ<sup>61</sup> reitera que sólo podían aportarse bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica que constituyeran una efectiva aportación patrimonial a la sociedad, señalando bajo un criterio clarificador pero limitativo que, en todo caso, debe tratarse de bienes o derechos susceptibles de embargo y ejecución. No obstante, la Segunda Directiva<sup>62</sup> en su art. 7 tan solo exige que se trate de bienes susceptibles de evaluación económica y debe tenerse en cuenta que la LSA debía interpretarse de conformidad con la Directiva. Pueden aportarse, en consecuencia, además de bienes materiales muebles e inmuebles, derechos de crédito y derechos sobre bienes inmateriales, otro tipo de bienes: “*knowhow*”, concesiones administrativas, exclusivas de venta, franquicias, fondo de comercio, etc.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ<sup>63</sup> destaca que, desde un punto de vista dinámico y técnico, con el término aportación se alude a aquella operación jurídica consistente en la puesta en común de determinados bienes o derechos en una sociedad a través de un desplazamiento patrimonial de aquellos, y dotada de la virtualidad de transformar a un tercero en socio de la misma. La aportación así entendida plantea importantes cuestiones, como son las relativas a la naturaleza del desplazamiento que se opera del patrimonio del socio al patrimonio de la sociedad o el momento en que se produce aquél y sus consecuencias.

Desde un punto de vista estático, en cambio, la aportación sería aquello que se pone en común o la prestación que un socio se compromete a realizar en favor de la sociedad.

---

<sup>61</sup> VICENT CHULIÁ, F. (1997). *Introducción al derecho mercantil, op.cit.*, pág. 211. Sus apreciaciones se referían a los arts. 36.1 y 47.1 de la Ley de S.A, pero siguen siendo válidas respecto de la legislación vigente.

<sup>62</sup> Segunda Directiva del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el párrafo segundo del artículo 58 del Tratado, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital.

<sup>63</sup> FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, I. (1997). *Aportaciones no dinerarias en la sociedad anónima*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor. pág. 33.



FERNÁNDEZ<sup>64</sup> subraya que, desde un punto de vista doctrinal, el aspecto más discutido ha sido si en una aportación nos encontramos ante un acto traslativo y como tal opera la transmisión de los derechos aportados<sup>65</sup>.

Queda claro que, en opinión de FERNÁNDEZ, la aportación como tal no exige el correlativo aumento de capital en la sociedad, sino que tan sólo parece exigir dos elementos: (1) desplazamiento patrimonial de determinados bienes o derechos en favor de la sociedad y (2) transformación de un tercero en socio de dicha sociedad (lo que no supone, necesariamente, recibir nuevas participaciones a cambio). Habría que matizar que no necesariamente se produce la transformación en socio, sino que ya lo podría ser previamente e, incluso, en el supuesto de aportaciones no dinerarias de socios sería imprescindible ser socio previamente.

En el marco de las aportaciones no dinerarias (en adelante, AND) reguladas en el régimen especial de la LIS nos interesa el concepto de aportación desde un punto de vista dinámico, es decir, la operación de aportación. A partir de lo expuesto con anterioridad podríamos afirmar que una aportación consiste en la entrega a la sociedad de cualquier elemento susceptible de valoración económica, pudiendo consistir tanto en la entrega de una cosa como en una obligación de hacer o de no hacer adquiriendo o mejorando la condición de socio en el capital de la sociedad receptora de la aportación.

Respecto de la regulación comunitaria, QUINTAS SEARA<sup>66</sup> señala que la operación ya se recogía en la Propuesta de Directiva Fiscal de Fusiones de 1969 pero no fue definida por una norma de Derecho Societario europeo (bajo la denominación de “escisión por segregación”) hasta la aprobación de la Directiva 2019/2121/UE. Respecto de las operaciones de segregación incorporadas a la Directiva 2017/1132/UE hay que resaltar la existencia de algunas características que impiden una coincidencia perfecta con el concepto fiscal de rama de actividad de la Directiva de fusiones (además, solo se prevé la aplicación respecto de aquellas operaciones en las que la beneficiaria es de nueva creación).

---

<sup>64</sup> *Ibidem*, pág. 75.

<sup>65</sup> Esta ha sido la postura mayoritaria de la doctrina (*Vid.* GARRIGUES, J. (1947). *Tratado de Derecho Mercantil*, *op. cit.*, pág. 442) y de la jurisprudencia (*Vid.*, entre otras, las STS de 13 de diciembre de 1982 y 2 de abril de 1990).

<sup>66</sup> QUINTAS SEARA, A. (2021). *Fiscalidad de las reorganizaciones*, *op.cit.*, pág. 197.

En derecho interno, la primera referencia legal de esta figura la encontramos en el apartado 3 del art. 2 del Decreto 2910/1971 que consideraba como operación de concentración de empresas la “(...) *segregación de establecimientos industriales de entidades o Empresas, aun cuando no procedan a su disolución, para su integración posterior en otras preexistentes o de nueva creación*”. Esta definición podía ser aplicable a los actuales conceptos tanto de escisión parcial como de aportación no dineraria de rama de actividad, en la medida que preveía la separación de únicamente una parte de la entidad (identificada como “establecimiento industrial o empresa”) para su integración en otra, sin preocuparse de qué se entrega a cambio de esta incorporación y a quién se entrega.

Con posterioridad, la legislación española mencionó indirectamente la figura de las aportaciones no dinerarias de rama de actividad en el art. 15 de la propia Ley 76/1980, cuando al referirse al régimen aplicable a las escisiones menciona como uno de los tipos de escisión aquella por la cual se divide el patrimonio de una sociedad sin extinguirse traspasando parte del patrimonio en bloque a otra sociedad a cambio de acciones de la misma; dichas acciones podrían mantenerse en el activo de la sociedad escindida o bien traspasarla a sus socios.

Desde un punto de vista mercantil, la posibilidad de que la sociedad escindida mantenga en su activo las acciones de la sociedad receptora del patrimonio traspasado constituye claramente una operación asimilable a la aportación no dineraria regulada en la norma tributaria. Es de destacar que, en este caso, no se exigía que el patrimonio traspasado constituyera una rama de actividad.

BALLESTER COLOMER<sup>67</sup> señala que, inicialmente, el concepto de aportación no dineraria se identificó con el concepto mercantil de incremento de capital por sus muchas similitudes con el mismo. Sin embargo, una lectura detallada del entonces vigente art. 97.3 de la LIS 43/1995<sup>68</sup> demostró que esa identificación fue un tanto precipitada, por cuanto en ningún momento la redacción exigía la existencia de un aumento de capital. Así, el artículo citado establece que se considerará aportación no dineraria la operación por la cual una entidad aporta sin ser disuelta a otra entidad, de nueva creación o a una

---

<sup>67</sup> BALLESTER COLOMER, J.E. (2001). “La escisión y operaciones de similar alcance”, en *Las operaciones societarias de modificación estructural: análisis de su tratamiento jurídico tributario y contable*, TRÍAS, M. (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 93-140, pág. 119.

<sup>68</sup> Que se corresponde con el actual art. 76.3 de la LIS.

ya existente, una serie de bienes (que conformen ramas de actividad) recibiendo a cambio valores representativos del capital social de la entidad.

Coincidiendo con SÁNCHEZ OLIVÁN, no encontramos ningún obstáculo para realizar aportaciones no dinerarias de rama de actividad a sociedades preexistentes contra la autocartera que éstas pudieran tener regularmente constituida. El hecho de que ni la LSA, ni la vigente LSC contemplasen esta posibilidad como aportación no dineraria no debe suponer su exclusión. En realidad se trata de negocios jurídicos distintos a los que le sería de aplicación la normativa reguladora de las permutas, puesto que esto es lo que en realidad se produce<sup>69</sup>.

En la misma línea de opinión, ANTÓN BASANTA<sup>70</sup> señala que las operaciones de aportación no dineraria de rama de actividad no tenían en el ámbito mercantil una entidad propia sino que la mayoría de las veces eran meras aportaciones no dinerarias cualificadas por el objeto a aportar. Podría decirse que esta figura es una creación *ex novo* de la legislación fiscal que no tiene un equivalente como tal en la legislación mercantil. Así, dichas operaciones pueden instrumentarse a través de operaciones societarias pero también a través de simples permutas mediante la entrega de acciones en autocartera por parte de la entidad adquirente<sup>71</sup>.

Por el contrario, ARMESTO MACÍAS<sup>72</sup> entiende que el término aportación no dineraria incluido en la definición parece remitir al concepto mercantil de aportación no dineraria como forma de desembolso del capital de una sociedad mercantil; sin embargo, la ley no establece expresamente cuál debe ser el origen de los valores recibidos por la sociedad transmitente. No obstante, considera ARMESTO MACÍAS, en un criterio bastante restrictivo, que quedarían excluidos de este régimen fiscal aquellos supuestos en que los títulos entregados a la transmitente no provienen de una ampliación de capital acordada por la beneficiaria *ex profeso* con motivo de la transmisión de rama de actividad (títulos en autocartera de la sociedad beneficiaria o entrega de parte de sus

---

<sup>69</sup> SÁNCHEZ OLIVÁN, J. (1998). *La fusión y la escisión de sociedades, aportación de activos y canje de valores, cesión global del activo y del pasivo*, Editoriales de Derecho Reunidas. EDERSA, Madrid, pág. 369)

<sup>70</sup> ANTÓN BASANTA, A. (1998). "Capítulo 28. Régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores (arts. 97 a 110 de la LIS)", en *Comentarios al Impuesto sobre Sociedades*, LAORDEN, J. y ARQUÉS, J. T. II, Cuatrecasas Abogados - Civitas, Madrid, págs. 1819-1985, pág. 1827.

<sup>71</sup> La Dirección General de Tributos (en adelante, DGT) en contestación a consulta de fecha 6 de abril de 1993 admite tal posibilidad en una operación de canje de valores; en la misma línea se manifiesta la consulta 27 de diciembre 1996 relativa a una aportación no dineraria de ramas de actividad.

<sup>72</sup> ARMESTO MACÍAS, D. (1992). "Aportaciones no dinerarias de ramas de actividad", *op. cit.*, pág. 126.

títulos por los socios de la beneficiaria), aunque con ello se llegara a resultados económicos o equivalentes.

Igualmente, LÓPEZ-SANTACRUZ<sup>73</sup> entiende que la aportación de rama de actividad no es más que una aportación no dineraria en el ámbito mercantil y por tanto su regulación es la propia de dichas aportaciones, sin tener en cuenta la posibilidad de otras operaciones a través de las cuales se instrumente y la aportación de rama de actividad cumpliendo estrictamente con los requisitos contemplados en la LIS 43/1995. De la misma opinión es DE PABLO VARONA<sup>74</sup>, para quien la AND de rama de actividad no es más que una aportación especial en virtud del objeto que se aporta: una rama de actividad.

VICENT CHULIÁ<sup>75</sup> considera a la aportación (social) de rama de actividad como un supuesto de adquisición de control (y consecuentemente de reestructuración empresarial), junto al canje de valores. Para VICENT CHULIÁ, reconociendo la amplitud de posibilidades de instrumentar la operación, señala que la figura de la transmisión de rama de actividad puede realizarse mediante constitución de una sociedad o mediante aumento del capital social con aportaciones no dinerarias. Además, en el caso de que el cesionario sea un socio que posee la totalidad del capital social de la sociedad cedente, la cesión global coincide en sus efectos jurídicos con la absorción abreviada simplificada del antiguo art. 250 LSA cuya definición, recogida en el actual art. 76 de la LIS es plenamente aplicable.

Por otra parte, y desde un punto de vista mercantil, pese a que el art. 155 de la LSA<sup>76</sup> sólo contemplaba la posibilidad de que el incremento de capital como consecuencia de aportaciones no dinerarias se instrumentase mediante la emisión de nuevas acciones, coincidimos con URÍA<sup>77</sup> en que nada impedía la posibilidad de realizarlo mediante el incremento del valor nominal de las antiguas acciones, aunque ello no permitiría el cumplimiento estricto de uno de los requisitos, cual es el de recibir acciones a cambio. Sorprendentemente, al actual art. 300 LSC al referirse al aumento de capital con cargo

---

<sup>73</sup> LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J. A. (2000). *Operaciones de reestructuración empresarial*, op.cit., pág. 27.

<sup>74</sup> DE PABLO VARONA, C. (1995). El impuesto sobre operaciones societarias, op.cit., pág. 299.

<sup>75</sup> VICENT CHULIÁ, F. (2001). "Introducción", op.cit., pág. 19.

<sup>76</sup> El art. 155.2 de la LSA señala: "Aumento con aportaciones no dinerarias. - .... 2.- Las acciones emitidas en contrapartida de aportaciones no dinerarias como consecuencia de un aumento del capital deberán ser totalmente liberadas en el plazo máximo de cinco años a partir del acuerdo de aumento "

<sup>77</sup> URÍA, R. (2000). *Derecho Mercantil (27ª Ed.)*, Marcial Pons, Madrid, pág. 375.

a aportaciones no dinerarias, de nuevo, se refiere únicamente a “el número y valor nominal de las participaciones sociales o de las acciones que hayan de crearse o emitirse” sin referirse a la posibilidad de incrementar el valor nominal de los títulos ya existentes. No obstante, no parece tener sentido alguno limitar la aplicación del régimen fiscal especial a las operaciones que se instrumenten a través de aumentos de capital con entrega de nuevas participaciones y excluir a las que se instrumenten mediante aumento del valor nominal de las participaciones (aunque, mercantilmente, puede ser algo más complejo en caso de que no todos los socios aporten por igual o no haya series diferentes de participaciones).

Queda claro, en consecuencia, que no debemos, pese a sus muchas similitudes, identificar en términos absolutos el concepto de aportación no dineraria previsto en el art. 76 de la LIS con la operación de aumento de capital previsto en la normativa mercantil. La autonomía del concepto de aportación no dineraria en el ámbito fiscal permite no equiparlo a una única operación mercantil, sino que podrá instrumentarse mediante todos aquellos negocios jurídicos que permitan el cumplimiento de los requisitos establecidos para la aplicación del régimen fiscal protegido.

En contra de la inicial interpretación restrictiva de la Administración en cuanto a entender por aportación no dineraria a la que se podía aplicar el régimen fiscal especial (en adelante, RFE) sólo la recogida como tal en la normativa mercantil, la LIS recoge históricamente, en ciertas ocasiones, operaciones no definidas específicamente en la normativa mercantil. Así por ejemplo el art. 76.1.c) de la LIS contiene una definición de fusión que desde el punto de vista mercantil es calificada como cesión global de activos en lugar de como fusión<sup>78</sup> y que no estuvo regulada mercantilmente hasta la aprobación de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante, LME). Igualmente, las operaciones de aportación no dineraria de rama de actividad y de canje de valores no tienen en el ámbito mercantil una entidad propia, sino que son, la mayoría de las veces, meras aportaciones no dinerarias cualificadas, bien por el objeto a aportar (aportación de rama de actividad) bien por el resultado de la aportación (canje de valores).

La propia DGT, en contestación a consulta de fecha 6 de abril de 1993 admitió tal posibilidad en una operación de canje de valores, al señalar que *"la operación de canje de valores es aquella que, una vez realizada, permite alcanzar, al menos, la mayoría*

---

<sup>78</sup> La propia DGT (resolución a consulta del 20-12-96) aceptó rápidamente esta posibilidad.

*absoluta de los derechos de voto en la sociedad participada, con independencia de que para ello se atribúan a los socios valores representativos de su capital social previamente adquiridos o bien provenientes de una ampliación de capital."* En la misma línea se manifestó la DGT en la consulta de 27 de diciembre de 1996 relativa a una aportación no dineraria de rama de actividad.

Podríamos concluir, en consecuencia, que los elementos que definen las AND previstas en el RFE son:

- traslación patrimonial de bienes o derechos
- adquisición (o incremento en cuanto a la participación) de la condición de socio del cedente de los bienes.

A partir de aquí debemos plantear todas aquellas operaciones que permiten cumplir los requisitos previstos en el art. 76 de la LIS y verificar cual es el negocio o los negocios jurídicos que subyacen tras ellos. Así las posibilidades de instrumentación de la operación, serían las siguientes:

1. Aumento de capital (con emisión de nuevas acciones o aumento del nominal).
2. Permuta.
3. Cesión a la sociedad y cesión al socio por parte de los otros socios de las participaciones.
4. Renuncia al cobro de créditos contra la sociedad por parte de todos los socios (i.e. dividendos).

Podemos observar que en los cuatro supuestos planteados se produce una traslación patrimonial a favor de la sociedad y, al mismo tiempo, el transmitente se convierte en nuevo socio o bien incrementa su participación en la sociedad.

Un supuesto que plantea BALLESTER COLOMER<sup>79</sup>, un tanto especial, es la posibilidad de que se produzca una aportación de un negocio, cuyo valor es abonado por la sociedad adquirente, no emitiendo valores representativos de su capital social, sino en concepto de préstamo convertible en acciones o participaciones en una futura ampliación de capital. Ballester opina que en ningún caso cabe sostener su tratamiento fiscal neutro cuando falta el requisito de la atribución de valores representativos del capital social de la cesionaria en el momento de la operación<sup>80</sup>. Coincidimos en que en una operación

---

<sup>79</sup> BALLESTER COLOMER, J.E. (2001). "La escisión y operaciones de similar alcance", *op. cit.*, pág. 120.

<sup>80</sup> La DGT (15 de marzo de 1994) en una operación relativamente parecida a la expuesta (aunque referida a un canje de valores) negó la aplicación del régimen fiscal especial.

como la descrita no cabe defender la aplicación del régimen fiscal especial en la medida en que no se genera la cualidad de socio derivado de la operación. No obstante, y siempre teniendo en cuenta la finalidad perseguida con el régimen fiscal objeto de estudio, debemos considerar que la realidad empresarial genera en muchas ocasiones situaciones que requieren cierta flexibilidad. Así, por ejemplo, no sería extraño que, ante la imposibilidad o dificultad de celebrar una Junta de accionistas en una sociedad con una gran dispersión accionarial (i.e. una sociedad cotizada en Bolsa), se planteara una operación de entrega de una rama de actividad a cambio de obligaciones convertibles en acciones (con opción para la sociedad) o un derecho de crédito con las mismas limitaciones, condicionado a la aprobación de la Junta de Accionistas que se celebre en el futuro. Parece evidente la voluntad de ambas partes de realizar una operación de aportación de rama de actividad que se perfeccionará en el futuro (con la aprobación de la Junta) por lo que no sería tan extraño permitir acoger la operación al régimen fiscal protegido siempre que, finalmente, se cumplieran todos los requisitos, incluida la futura entrega de los títulos.

SÁNCHEZ OLIVÁN<sup>81</sup> destaca que en las aportaciones de activo nunca se hablará de ecuación de canje en la medida que no se canjearan títulos de distintas sociedades, sino que se entregan títulos contra bienes que se aportan. Como ya hemos expuesto, la operación puede realizarse tanto contra sociedades preexistentes como con sociedades de nueva creación. Así, el planteamiento exigirá valorar cuidadosamente los activos que son objeto de la aportación y, en su caso los pasivos que los acompañen. Por otro lado, deberá valorarse la entidad receptora de la aportación, para determinar los títulos que deberán entregarse a cambio. De acuerdo con las necesidades de valoración podríamos clasificar las aportaciones de rama de actividad en: (1) aportación de una rama de actividad a una sociedad de nueva creación (2) aportación de dos o más ramas de actividad por sujetos distintos a una sociedad de nueva creación (3) aportación de una o más ramas de actividad a una sociedad preexistente.

Desde el punto de vista económico, el tipo 1 no genera mayor problema puesto que se valore como se valore, el único titular de la misma seguirá siendo la propia sociedad aportante. En el tipo 2 debe tenerse especial cuidado en la valoración de cada una de las ramas de actividad porque en función de cuál sea ésta se determinará la entrega de valores a uno u otra de las sociedades aportantes. En el tipo 3 no sólo deberá tenerse

---

<sup>81</sup> SÁNCHEZ OLIVÁN, J. (1998). *La fusión y la escisión de sociedades, aportación de activos*, cit. pág. 113.

en cuenta la valoración de la aportación por las aportaciones sino también la valoración de la sociedad receptora de las mismas para determinar la adecuada entrega de valores a cambio.

Finalmente, conviene clarificar la diferencia entre escisión y AND, en la medida que se trata de dos operaciones con importantes características comunes. Previamente a la aprobación de la LME la situación era razonablemente clara. Para DE PABLO VARONA<sup>82</sup>, la diferencia entre ambas figuras estribaba en la repercusión sobre los socios puesto que en un caso (escisión) los socios recibían nuevas participaciones tras la operación y, en cambio, en el otro caso (AND) los socios no recibían nada. ARNAU ZOROA<sup>83</sup> sistematizaba las diferencias entre escisión y aportación de ramas de actividad:

1. En la sociedad escindida hay disolución o reducción de capital mientras que la entidad aportante permanece sin ser disuelta.
2. Los socios de la escindida, sustituyen los títulos de capital de ésta por los títulos de capital de la beneficiaria que le son atribuidos con arreglo a una norma proporcional. Los socios de la aportante mantienen las acciones de ésta.
3. La sociedad aportante opera una sustitución de activos; las ramas de actividad que cede por la inversión financiera, en títulos de capital de la beneficiaria que entrega a sus propios socios.

De hecho, a partir de la entrada en vigor de la Ley 29/1991, varios Registradores Mercantiles, no existiendo un régimen específico mercantil de las aportaciones no dinerarias de rama de actividad, entendieron que debía aplicarse el de las escisiones a efectos de la protección de terceros (accionistas, acreedores y trabajadores, básicamente) en lugar del de las aportaciones no dinerarias.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN) de 10 de junio de 1994 despejó esta incógnita estableciendo con claridad que su régimen legal, a efectos de garantías de terceros, era el de las aportaciones no dinerarias a través de un aumento de capital, siempre que la operación se instrumentara de esta forma.

La aprobación de la LME introdujo la figura de la segregación en su art. 71 que se ha mantenido idéntica en el art. 62 del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que

---

<sup>82</sup> DE PABLO VARONA, C. (1995). El impuesto sobre operaciones societarias, *op.cit.*

<sup>83</sup> ARNAU ZOROA, F. (1992). "Régimen fiscal de las fusiones, escisiones, *op.cit.*, pág. 193.



se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea (en adelante, RDL 5/2023). Esta figura, conocida por parte de la doctrina como escisión impropia, tiene un elemento distintivo respecto de la escisión “propia” (total o parcial) como es el hecho de que los títulos que se entregan a cambio de los elementos aportados se quedan en poder de la aportante en lugar de entregárselos a sus socios.

Con independencia de diferentes elementos diferenciadores que analizaremos más adelante, lo cierto es que los elementos principales de la figura se asemejan mucho a los de una aportación no dineraria regulada en la normativa fiscal y a los de un aumento de capital mediante aportación no dinerarias regulada por la normativa mercantil.

Uno de los elementos que ha suscitado más controversia ha sido la confrontación de dos matices de estas definiciones en la propia LIS. En particular, el art. 76.3 de la LIS exige que lo que se traspasa en la operación sea una o más ramas de actividad. Este concepto se encuentra definido en el apartado siguiente y, entre otros elementos que analizaremos con posterioridad, se indica que se trata de un conjunto de elementos patrimoniales, lo que ya ofrece una cierta indicación de qué tipo de elementos se trata y, en particular, si se trata de, contablemente hablando, elementos del activo y no del pasivo. A continuación, para mayor clarificación de este tema, se señala que podrán ser atribuidas a la adquirente las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de los elementos que se traspasan. Por tanto, es una posibilidad que se ofrece a los intervinientes de la operación, pero ni es una obligación ni, de acuerdo con lo expuesto, forman parte de la rama de actividad (se trataría de unos elementos conectados con la rama de actividad, pero no formando parte de ella). Nótese, además, que se puede aportar exclusivamente las deudas y no cualquier tipo de obligación.

Por su parte, el art. 61 RDL 5/2023 señala como segregación el traspaso de una o varias partes del patrimonio que forman una unidad económica. Lo destacable a estos efectos, es que el traspaso se realiza en *bloque y por sucesión universal*. En este sentido hay

autores<sup>84</sup> que no ven con buenos ojos esta asimilación ya que consideran difícilmente compatible la posible no aportación de los pasivos de la unidad económica con el hecho de que se produzca una sucesión universal que exige necesariamente este traspaso.

## 2. Concepto de rama de actividad

### 2.1. Introducción

Ya hemos referido que el concepto de rama de actividad fue el que suscitó la mayoría de dudas, análisis doctrinales y respuestas de la Dirección General de Tributos (en adelante, DGT) en los primeros años de existencia de la Ley 29/1991. Al no existir el concepto de aportaciones no dinerarias especiales hasta 1996, con la entrada en vigor de la LIS 43/1995, la posibilidad de realizar aportaciones no dinerarias acogidas al régimen fiscal especial exigía que los elementos aportados conformaran necesariamente una rama de actividad.

Este concepto de rama de actividad, de nuevo, era ajeno al resto de especialidades de nuestro ordenamiento jurídico por lo que también en este caso se tuvo que acudir a la propia definición de la Ley 29/1991 y a la de la Directiva 90/434/CEE (que mantenían importantes diferencias) para tratar de verificar en qué casos nos encontrábamos ante una rama de actividad. Adicionalmente, la DGT en diferentes repuestas que fue emitiendo empezó a configurar un concepto de rama de actividad diferente del contemplado en la Ley y que, precisamente, fue elevado a rango legal con la aparición de la LIS 43/1995.

Por otra parte, el concepto de rama de actividad incorporado a nuestra legislación no era idéntico al contemplado en la Directiva 90/434/CEE, y además el concepto de rama de actividad se ha modificado dos veces a partir de la vigencia de la Ley 29/1991. En una primera etapa, la modificación se produjo al incorporar el RFE y su regulación en la LIS 43/1995, transcribiendo, casi de forma literal, el concepto de rama de actividad que había ido formando la DGT a lo largo de las numerosas consultas que se le habían formulado al respecto. Por otra parte, con posterioridad, se flexibilizó el concepto de

---

<sup>84</sup> LÁZARO SÁNCHEZ, E.J. (2009). "Sección 3.ª Escisión", en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas. Real Decreto Legislativo 1.564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas* (Vol. 3.), ARROYO MARTÍNEZ, I., EMBID IRUJO, J.M., GÓRRIZ LÓPEZ, C. (Coord.), Tecnos, Madrid, págs. 2399-2462.

rama de actividad al permitir que los requisitos necesarios para su existencia se cumplieran antes de la aportación e incluso, también, después de la misma.

Con la introducción de la vigente LIS (Ley 27/2014) se sustituyó el término “sociedad” en referencia a la entidad adquirente por, precisamente, el término “entidad adquirente”, mucho más amplio y que permite, desde este punto de vista, una aplicación prácticamente universal desde el punto de vista subjetivo de la cualidad de la entidad que recibe la aportación no dineraria.

## **2.2. Noción legal en el ordenamiento español**

Únicamente a partir de la Ley 19/1989 por la que se adaptó la legislación mercantil en materia de sociedades a las Directivas Comunitarias (incluido, con posterioridad, en el art. 253 de la LSA) se introdujo, respecto de la escisión parcial, la necesidad de que la parte del patrimonio social segregado formase una unidad económica.

No obstante, inmediatamente se señalaba que en los casos de escisiones parciales (sólo a éstas puede referirse al hablar de escisión de parte del patrimonio social) podrán atribuirse también a la sociedad beneficiaria las deudas relacionadas con la actividad en los casos en que la parte que se divide o segrega esté constituida por una o varias empresas o establecimientos.

Parece que la legislación mercantil, en este caso, distinguía entre el concepto de unidad económica y el de empresa o establecimiento, resultando que, en la medida que toda escisión parcial supone la existencia de una unidad económica (como requisito mercantil imprescindible para que se produzca), la existencia de empresa o establecimiento (que permitía la atribución también de las deudas vinculadas) era un concepto más restrictivo que debía incluirse en el más general de unidad económica.

El art. 39.3 de la LSA al referirse a las aportaciones no dinerarias a las sociedades anónimas mencionaba, indirectamente, la aportación de un todo capaz de funcionar autónomamente en su totalidad.

La aprobación de la LME supuso la incorporación de este mismo concepto en esta Ley. Así, el art. 71 de la misma entendía que en los supuestos de segregación (como uno de los tipos de escisión) el traspaso en bloque a otra sociedad exigía que se tratara de una “unidad económica”.

Finalmente, el RDL 5/23 ha incorporado el concepto de manera idéntica en su art. 61.

Hemos de decir, por tanto, que, no existiendo en el ámbito mercantil un concepto específico de rama de actividad, el concepto de esta parte del Derecho que más se asemeja al concepto fiscal de rama de actividad es el de “patrimonio segregado”. Decimos que sólo se asemeja en la medida que el concepto de segregación era más amplio por cuanto no se exigía que la parte segregada constituyera algún tipo de unidad económica. Así se manifiesta RUIZ GONZÁLEZ<sup>85</sup> tras señalar la orfandad de regulación de esta figura en el ámbito mercantil.

En la actualidad, si bien tanto la legislación mercantil, para el caso de segregación, como la fiscal se refieren a que el patrimonio objeto de aportación sea una unidad económica, la legislación fiscal (al margen de interpretaciones al respecto), permite que no lo sea en ese momento, bastando con que lo pueda ser (estrictamente hablando, ni siquiera exige que lo sea en el futuro). Por el contrario, la legislación mercantil se muestra más restrictiva, exigiendo dos requisitos más respecto de la unidad económica:

1. Que sea autónoma.
2. Que determine una explotación económica.

Ya hemos mencionado con anterioridad que, como consecuencia de la Ley 7/1989 se modificó la legislación mercantil relativa a las reestructuraciones empresariales lo que, indirectamente, también obligó a la modificación de la propia Ley 76/1980 exigiendo en el caso de escisiones parciales, que el patrimonio traspasado estuviera afecto a una rama de actividad, dejando claro que por patrimonio debía entenderse activos y pasivos.

A continuación, realizaba una definición de rama de actividad indicando que la constituían los *elementos patrimoniales activos y pasivos*<sup>86</sup> que constituyeran una explotación autónoma desde el punto de vista de la organización, capaz de funcionar por sus propios medios.

La Ley 29/1991 estableció un concepto muy similar, aunque con una importante diferencia desde el punto de vista teórico: la exclusión de la necesaria atribución de los pasivos dentro de los elementos que forman la rama de actividad. Así, indicaba que por rama de actividad se entendería el conjunto de elementos patrimoniales que constituyeran una unidad económica autónoma. Inmediatamente, señalaba que podrían atribuirse a la sociedad adquirente las deudas contraídas para la organización o

---

<sup>85</sup> RUIZ GÓNZALEZ, R. J. (1995). “Régimen fiscal de la escisión”, en *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, núm. 2, págs. 588-612.

<sup>86</sup> Destacar que resulta ciertamente incongruente hablar de un elemento patrimonial pasivo.

el funcionamiento de los elementos traspasados. Quedaba claro que los pasivos, en ningún caso, formaban parte de la rama de actividad y tan solo se permitía su aportación junto con los activos si así lo decidía el sujeto pasivo.

Tal y como indicaba el *Informe para la reforma del Impuesto sobre Sociedades*<sup>87</sup> existían una serie de deficiencias en la Ley 29/1991, siendo necesario la introducción de una serie de modificaciones, entre ellas la de “clarificar el concepto de rama de actividad, actualmente definido de manera excesivamente escueta”.

La LIS 43/1995 estableció un concepto de rama de actividad más amplio y algo más claro que el precedente recogiendo la doctrina de la DGT. En su redacción original señalaba que rama de actividad era el conjunto de elementos patrimoniales que, desde el punto de vista de la organización, constituyen una unidad económica autónoma capaz de funcionar por sus propios medios. Igualmente, añadía que podrán ser atribuidas a la entidad adquirente las deudas contraídas relacionadas con la rama de actividad.

La Ley 50/1998 modificó sustancialmente el concepto de rama de actividad sustituyendo la necesidad de que los elementos patrimoniales constituyeran una unidad económica autónoma por la susceptibilidad de constituirla y eliminando la necesidad de que se analizara desde el punto de vista de la organización<sup>88</sup>.

Finalmente, la Ley 27/2014 que aprobó la nueva Ley del Impuestos sobre Sociedades, mantuvo el concepto idéntico con una única variación: la posibilidad de que la receptora de la aportación fuera cualquier tipo de “entidad” y no estrictamente una “sociedad”.

La existencia de rama de actividad es una exigencia aplicable tanto a las aportaciones de activos como a las escisiones parciales y tiene un contenido, sobre todo, económico empresarial. Es importante valorar adecuadamente que el concepto de rama de actividad se aplica también, desde el punto de vista fiscal, a las escisiones parciales por cuanto las mismas dudas que se podían suscitar respecto de la posibilidad de realizar determinadas operaciones de escisión parcial atendiendo al hecho de que la parte escindida se considerara o no rama de actividad se han producido respecto de las

---

<sup>87</sup> (1994). *Informe para la reforma del Impuesto sobre Sociedades*, Ministerio de Economía y Hacienda.

<sup>88</sup> La Ley 50/1998 de Medidas Fiscales, Administrativa y del Orden Social. (Ley de Acompañamiento para 1999) estableció el siguiente redactado: “Se entenderá por rama de actividad el conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica, es decir un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios. Podrán ser atribuidas a la sociedad adquirente las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de los elementos que se traspasan”.

aportaciones no dinerarias de rama de actividad. En particular, las escisiones de la llamada actividad “holding” o tenencia de participaciones en otras sociedades para su gestión y administración que, como veremos, en el caso de las escisiones se ha intentado resolver de manera autónoma.

Desde el principio de la actual legislación, se ha constatado que las exigencias de la administración mercantil al respecto son considerablemente más laxas que en el ámbito fiscal. Así, a título de ejemplo, la resolución de la DGRN de 19 de septiembre de 2019 tuvo que resolver en un supuesto en que el Registrador se había negado a inscribir, alegando que no existía causa lícita en un supuesto de escisión parcial entendiendo que lo que se perseguía con la operación era el reparto de un activo entre sus socios lo que era ajeno a la verdadera causalización de las escisiones que deben obedecer a una verdadera transformación económica. Sin embargo, la Dirección General admitió la inscripción de la escisión haciendo prevalecer una concepción amplia de la reorganización.

El art. 71 de la LME señalaba, dentro del Título III dedicado a la escisión, tras definir en los artículos previos lo que debía entenderse por escisión total y escisión parcial, que por segregación debía entenderse *“... 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”*. La regulación se mantiene idéntica en el actual art. 61 del RDL 5/2023.

No cabe duda que esta operación se enmarca, a priori, perfectamente dentro de la definición de aportación no dineraria de rama de actividad. Conviene señalar algunas características destacadas al respecto. La primera es que la operación debe tramitarse bajo el régimen de las escisiones, un régimen mucho más garantista para los intervinientes, especialmente para los acreedores, que otro tipo de operación. El segundo elemento destacable es la mención específica de la sucesión universal respecto de los activos transmitidos. En tercer lugar, el conjunto de activos transmitidos tiene que conformar una unidad económica y, finalmente, no se hace ninguna referencia a los pasivos, por lo que desconocemos si éstos, en la medida que estén vinculados a la unidad económica, pueden o deben ser objeto de aportación conjuntamente con ella. Aunque entraremos con posterioridad en el análisis, si conviene repetir ahora lo ya apuntado con anterioridad: el art. 76.4 de la LIS exige que la unidad económica sea autónoma y, además, determine la existencia de una explotación económica.

### **2.3. Noción de rama de actividad en el Derecho de la Unión Europea**

Siendo el concepto de rama de actividad una construcción doctrinal nacida en el ámbito del Derecho comunitario es imprescindible acercarse a los orígenes de la misma a través de su inclusión en los textos legales comunitarios.

#### 2.3.1. Ámbito tributario

La Propuesta de Directiva, de 15 de enero de 1969, presentada por la Comisión al Consejo, concerniente al régimen fiscal aplicable a las fusiones, escisiones y aportaciones de activo, cuando intervienen Sociedades de Estados miembros diferentes señala, en el apartado III de su Exposición de Motivos, tras referirse a la finalidad del art. 2 de dar un cierto número de definiciones: *“En materia de aumento de capital, se propone que el régimen común se aplique a las aportaciones parciales, pero en la medida en que se dirijan a una o varias líneas de actividad. Ir más lejos correría el peligro de incitar a las Sociedades a proceder bajo forma de aumento a cesiones ficticias”*.

El propio art. 2 define la rama de actividad como *“el conjunto de los elementos invertidos en una división de una Sociedad, que constituyen desde el punto de vista técnico una explotación autónoma, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios”*.

La Directiva 90/434/CEE define en su art. 2.i) como rama de actividad al *“conjunto de elementos de activo y de pasivo de una división de una sociedad que constituyen desde el punto de vista de la organización una explotación económica autónoma, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios”*.

Podemos apreciar que únicamente existen dos diferencias sustanciales entre una y otra definición. La primera es la consideración de los pasivos como propios de una determinada *división de una sociedad*. La cuestión se plantea por varias razones; la principal es que en el redactado de la Propuesta de Directiva no se menciona para nada la palabra pasivos. Además, al referirse a la relación de los elementos con la división utiliza la palabra *invertidos*, predicable en su acepción técnica únicamente de los elementos del activo de una sociedad. Finalmente, la palabra *elementos* no parece muy adecuada al referirse a pasivos de una sociedad. Debemos mencionar, no obstante, que en la Directiva 90/434/CEE se utiliza la palabra *elementos* para referirse tanto a los activos como a los pasivos de la sociedad.

La segunda diferencia remarcable es bajo qué prisma debe juzgarse la existencia de una explotación económica autónoma. La propuesta de Directiva se inclina por el punto de vista técnico, mientras que la Directiva 90/434/CEE parece decantarse por el punto de vista de la organización. Realmente la diferencia es sustancial; en muchos casos, considerando el punto de vista técnico, no existirá la menor diferencia entre dos divisiones de la misma Sociedad, aunque desde un punto de vista organizativo pueden ser totalmente independientes. En otros casos será completamente al revés: organizativamente puede existir una integración total, si bien técnicamente puede tratarse de procesos radicalmente distintos.

Parece, en nuestra opinión, más lógica la diferenciación en base a una estructura organizativa que no técnica, fundamentalmente porque la necesidad de reestructuración de las empresas (la finalidad de las directivas es precisamente facilitarlas) se produce normalmente por razones de índole organizativo que, en ocasiones puede coincidir con divisiones técnicas, pero que no necesariamente debe ser así.

Finalmente, la inclusión de la palabra *económica* por parte de la Directiva 90/434/CEE al referirse a la explotación económica parece totalmente ociosa considerando que nos estamos refiriendo empresas cuya finalidad, por propia naturaleza, es económica.

Antes de profundizar en la jurisprudencia del TJUE sobre el concepto de rama de actividad, sin la inevitable influencia de sus conclusiones que posteriormente serán analizadas, conviene reflexionar sobre la descripción de la Directiva y valorarla en atención a las finalidades que pretende.

En este sentido, queda claro que la rama de actividad la constituyen todos los elementos de activo y de pasivo, por tanto, todos los derechos y obligaciones. A continuación, utiliza el término “de una división de una sociedad” que, entendemos, se refiere a una parte de una sociedad que goza, en sí misma, de una cierta autonomía para merecer la denominación no técnica de “división”.

Ese conjunto de elementos constituye una explotación económica, es decir, una ordenación de medios humanos y materiales orientados a la obtención de un beneficio económico. Además, esta explotación económica debe ser autónoma, es decir, capaz de funcionar por sus propios medios sin necesidad de elementos exteriores. Es evidente que la autonomía en grado absoluto no existe, por lo que este requisito debe ser valorado con flexibilidad.



Finalmente, decir que esta autonomía debe predicarse de la explotación desde un punto de vista de la organización. Es decir, debe estar organizada de forma independiente y separada del resto de la sociedad.

En cuanto a la pregunta reiterada y que analizaremos con posterioridad, de en qué momento debe existir la rama de actividad, entendemos que, si la Directiva busca facilitar las reestructuraciones empresariales a través de la neutralidad fiscal, parecería absurdo que la rama de actividad no existiera con posterioridad a la operación, pues podría suponer la destrucción de riqueza económica y puestos de trabajo. Por otra parte, la literalidad de la norma parece dar a entender que lo que se aporta es una rama de actividad preexistente y, con cierta lógica, subsistente a la operación. Es decir, debe verificarse la existencia de la rama de actividad en sede de la transmitente y de la beneficiaria.

El TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse en diferentes ocasiones sobre el concepto de rama de actividad, configurando un criterio jurisprudencial al respecto, discutible en algunos aspectos por su rigidez pero que, sobre todo, debía haberse configurado en la propia Directiva mediante una regulación algo más detallada.

En la STJUE Andersen & Jensen<sup>89</sup>, el Tribunal se pronuncia sobre una cuestión sumamente importante: la necesidad de transmitir la totalidad de los elementos de la rama de actividad, incluida la totalidad de los pasivos. Más allá del criterio general, analizaremos con posterioridad la situación en el Derecho interno español en el que, como veremos, los pasivos no parecen formar parte de la rama de actividad.

Sobre esta misma sentencia del TJUE, SANZ GADEA considera que incluye otra clave interpretativa relevante como es que la preparación de la misma, de manera que, previamente a la aportación, la sociedad se endeuda de manera muy relevante reteniendo el importe del préstamo y traspasando la deuda dentro de la rama de actividad, en la práctica, equivale a la venta de la rama de actividad ya que los efectos finales son prácticamente idénticos. Sin duda, el supuesto parece esconder algún otro tipo de voluntad más allá de la reestructuración por lo que, más allá del criterio de

---

<sup>89</sup> Vid. STJUE de 15 de enero de 2002, asunto C-43/00, Andersen og Jensen.

aportación de la rama de actividad íntegra, en nuestra opinión, bastaba la aplicación de la norma antielusión para evitar su definitiva finalización<sup>90</sup>.

Lo cierto es que esta sentencia ha sido muy criticada por la doctrina<sup>91</sup> por entender el criterio del Tribunal demasiado inflexible respecto del contenido de la Directiva. En este sentido, se critica que la postura del Tribunal obliga a la sociedad transmitente a mantener una estructura financiera determinada en lugar de tener la estructura financiera que desee. Por otro lado, la relación entre los pasivos que se pretende obligar a transmitir y los activos no parece ser el resultado de un criterio claro ni operativo. Además, el criterio del Tribunal apoyado en la realidad de la operación choca frontalmente con el criterio de la doctrina establecida en la sentencia *Leur-Bloem*.

Un criterio muy estricto sobre la atribución de pasivos puede ser realmente problemático. La realidad es que en muchas ocasiones no es fácil determinar con claridad cuáles son los pasivos que realmente están vinculados con un conjunto de activos, incluso en divisiones perfectamente separadas y con contabilidades autónomas para cada una de ellas podría ser difícil determinar si la atribución ha sido correcta y, si hubiera elementos comunes para un conjunto de actividades, como deberían distribuirse entre ellas.

QUINTAS SEARA<sup>92</sup> aboga por una flexibilización del criterio de atribución de los pasivos a la rama de actividad admitiendo, en el marco de operaciones que incluyan activos y pasivos afectos a la rama de actividad transferida, no incluir aquellos que no resultasen esenciales para su funcionamiento autónomo. En este sentido pone como ejemplo el caso de Bélgica, donde el inmovilizado financiero y demás títulos en cartera de la sociedad transmitente, pese a poder considerarse afectos a la rama de actividad, en la medida que no se consideran su elemento esencial, no implica que la transmitente tenga la obligación de aportarlos junto con el resto de elementos patrimoniales que integran la rama de actividad.

Otro elemento relevante es la necesidad o no de transmitir la propiedad de los activos que integra la rama de actividad. No cabe duda que, en una interpretación literal de la

---

<sup>90</sup> SANZ GADEA, E. (2022). “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo respecto del régimen fiscal de las operaciones de reestructuración empresarial”, en *Documentos- Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 1.

<sup>91</sup> *Vid.* QUINTAS SEARA, A. (2021). *Fiscalidad de las reorganizaciones*, *op.cit.*, pág. 176.

<sup>92</sup> *Ibidem.* pág. 180.

norma, si los elementos de activo forman parte de la rama de actividad estos deberán ser aportados junto con el resto de elementos en la escisión parcial o en la aportación no dineraria correspondiente.

La primera cuestión sería determinar si por *aportados* necesariamente nos estamos refiriendo a la transmisión de la propiedad, por supuesto, siempre que esta propiedad existiera en la sociedad transmitente. No tendría sentido exigir la transmisión, por ejemplo, de un inmueble donde se desarrolla la actividad si el uso del mismo por parte de la transmitente es en base a un contrato de arrendamiento. Lo que parece evidente es que en la aportación no dineraria deberían aportarse los derechos inherentes al contrato de arrendamiento.

Por el contrario, si la sociedad transmitente tuviera la propiedad del referido inmueble, podría plantearse la posibilidad de, en lugar de transmitir la propiedad del mismo, transmitir algún tipo de derecho que permitiera su uso de manera estable. Es cierto que la palabra aportación que utiliza la Directiva se relaciona más con un título de propiedad que con un título de otro tipo, pero, como hemos visto, en caso de que éste no existiera, no parece que hubiera dudas de que la operación podría realizarse.

Sobre este tema QUINTAS SEARA<sup>93</sup> señala que, en materia de IVA, el TJUE ha introducido matices que flexibilizan este concepto en aquellos supuestos en los que la actividad económica no requiera la utilización de locales específicos la operación de reestructuración empresarial podría beneficiarse de la denominada *regla de no sujeción* prevista en el art. 19 de la Directiva 2006/112/CE<sup>94</sup>.

Finalmente, a este respecto, hay que reseñar que algunos Estados miembros como Francia han establecido una normativa que permite que la sociedad transmitente conserve la propiedad de los inmuebles necesarios para la realización de la actividad económica de la rama de actividad aportado sin que afecte al régimen fiscal especial. Se pide que la sociedad beneficiaria pueda seguir utilizando los citados inmuebles para su uso *de manera autónoma y permanente*. Lo mismo ocurre con la propiedad de las marcas utilizadas en el ámbito comercial, siempre que se permita su utilización por parte de la sociedad beneficiaria por un periodo de tiempo no inferior a 10 años.

---

<sup>93</sup> *Ibidem.* pág. 181.

<sup>94</sup> Obviamente sería necesario que el Estado correspondiente hubiera hecho uso de la facultad que concede el citado artículo, cosa que ha sido bastante habitual por diferentes Estados (Bélgica, Eslovenia, España, Francia, Luxemburgo o Portugal).

Otro de los elementos en discusión a lo largo de estos años a nivel comunitario es la característica necesaria de que el conjunto de elementos de activo y pasivo constituyan una explotación autónoma desde el punto de vista de la organización aclarando la propia Directiva que por autonomía debe entenderse la capacidad de funcionar por sus propios medios.

El TJUE Parece haberse inclinado por considerar que la autonomía debe considerarse desde el punto de vista de funcionamiento teniendo en cuenta la totalidad de los elementos a valorar en una explotación económica, incluido el elemento financiero<sup>95</sup>. Parece que el Tribunal exige, no sólo una capacidad de funcionamiento práctico, sino que, además, será necesaria una capacidad de funcionamiento financiero, es decir, que en un horizonte determinado esa rama de actividad sea solvente desde un punto de vista económico. Y esa autonomía deberá verificarse en la fecha de la realización de la operación<sup>96</sup>.

Finalmente, el Tribunal ha venido a clarificar otro elemento que se había puesto en cuestión cuál era el de la naturaleza activa o pasiva del negocio que integra la rama de actividad. Desde un punto de vista finalista parece claro que debería tratarse de un negocio activo, entendiendo por tal un negocio que realice una actividad empresarial o comercial y no una pura actividad generadora de rentas pasivas (inversiones financieras). En este sentido es la sentencia TJUE de 13 de diciembre de 1991, asunto C-164/90, *MuwiBouwgroep BV v. Staatssecretaris van Financiën* ya indicó que no podía considerarse aportación de rama de actividad a efectos de la aplicación del régimen fiscal especial la aportación de un conjunto de acciones que una sociedad poseyera en otra, aunque representaran el 100 por 100 capital de esta última.

### 2.3.2. Ámbito mercantil

La Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital junto con la Directiva 2007/63/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de

---

<sup>95</sup> Vid. STJUE de 15 de enero de 2002, asunto C-43/00 *Anderssenog Jensen*.

<sup>96</sup> Vid. STJUE de 13 de diciembre de 1991, asunto C-164/90 *MuwiBouwgroep BV v. Staatssecretaris van Financiën*.

2007 (por la que se modificaron las Directivas 78/855/CEE y 82/891/CEE del Consejo) motivaron, en su transposición a la legislación española, la LME.

La Directiva 2005/56/CE tiene como finalidad regular y facilitar las fusiones transfronterizas en la UE como si, efectivamente, se tratara de un único espacio económico y jurídico a estos efectos. La LME aprovechó la incorporación de la Directiva a la normativa interna para revisar el régimen jurídico de la fusión y de la escisión incluyendo la normativa de la Directiva referida y utilizando la normativa también incorporada derivada de la 3ª Directiva (Directiva 78/855/CEE de 9 de octubre de 1978) y 6ª Directiva (Directiva 82/891/CEE de 17 de diciembre de 1982) en la entonces vigente LSA (Ley 19/1989) para conformar un cuerpo legal donde se unificaran todas las disposiciones referidas a las operaciones de modificación estructural de las sociedades mercantiles (básicamente fusiones y escisiones).

El art. 17 de la Sexta Directiva señala que la escisión total produce “...*ipso iure y simultáneamente*” los siguientes efectos:

- a. la transmisión, tanto entre la sociedad escindida y las sociedades beneficiarias como con respecto a terceros, de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad escindida a las sociedades beneficiarias; esta transmisión se efectuará por partes conforme al reparto previsto en el proyecto de escisión o en el apartado 3 del art. 3;
- b. los accionistas de la sociedad escindida se convertirán en accionistas de una o más de las sociedades beneficiarias conforme al reparto previsto en el proyecto de escisión;
- c. la sociedad escindida dejará de existir.

La Directiva (UE) 2017/1132, regula en la Sección 2 (Capítulo III del Título II) la Escisión por absorción (que equivaldría a una escisión total), reiterando en el art. 151 las consecuencias citadas de la escisión.

La Directiva 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas, introduce el art. 160 ter que incluye las definiciones vinculadas al concepto de escisión. El apartado 4.c de dicho art. señala como una de las operaciones que se consideran escisión aquella en la que “*una sociedad escindida transmite parte de su patrimonio activo y pasivo a una o varias sociedades beneficiarias mediante la atribución a la sociedad escindida de títulos o participaciones en las sociedades beneficiarias (en lo sucesivo, “escisión por segregación”)*”.

El apartado 2) del mismo artículo define como sociedad escindida “una sociedad que, en el proceso de escisión transfronteriza, transmite la totalidad de su patrimonio activo y pasivo a dos o más sociedades en caso de escisión total, o que transmite parte de su patrimonio activo y pasivo a una o varias sociedades en el caso de escisión parcial o de escisión por segregación”.

El Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas se pronunció en su Sentencia de 13 de octubre de 1992 (Asunto 50/91, Commerz-Credit-Bank/FinanzamtSaarbrücken) en relación a la posibilidad de asimilar el concepto de sucursal al de rama de actividad. En este Asunto la cuestión prejudicial planteada al Tribunal era si podía entenderse que una sucursal es una rama de actividad. Partiendo de la transcripción al Derecho alemán de la Directiva 69/335 el Finanzamt de Sarbruken estimaba que una sucursal no tenía la categoría de rama de actividad.

Ciertamente, el término utilizado en el Derecho alemán para referirse a dicho concepto era (según traducción literal) el de sector de actividad (*Teilbetrieb*), término que parece incluir un tenor más restrictivo que el de rama de actividad.

Básicamente, el Finanzamt entendió que la sucursal no es un sector de actividad en la medida que carece de autonomía estructural, fondos propios, contabilidad y clientes propios. Inicialmente, la Comisión había entendido que todo conjunto de bienes que puede funcionar de modo autónomo constituye una rama de actividad.

El Abogado General, por su parte, consideró que efectivamente la utilización del término correcto de rama de actividad, en lugar del de sector de actividad permitiría realizar una interpretación más amplia, que es la que está en el espíritu de la Directiva con el fin de facilitar la reorganización de los grupos de sociedades.

El propio Abogado General definió la rama de actividad como una entidad capaz de realizar una actividad de negocio con algún grado de independencia. No obstante, introduciendo un criterio más subjetivo, concluía en el sentido que para decidir la existencia o no de una rama de actividad era necesario considerar todas las circunstancias de la transmisión, especialmente la naturaleza del activo transmitido, el fin del mismo antes y después de la transmisión y el resto de activos materiales e inmateriales que se traspasan conjuntamente.

Finalmente, el Tribunal concluyó definiendo el concepto de rama de actividad como aquel conjunto de bienes y de personas capaz de realizar una actividad determinada. Entendió, asimismo, que una sucursal es una rama de actividad en base a la

interpretación amplia que debe darse al precepto eliminando obstáculos para las reestructuraciones empresariales. Indica, igualmente, que no es óbice para su consideración como rama de actividad la ausencia de personalidad jurídica de la sucursal, no disponer de recursos propios y estar sometida a las decisiones del establecimiento principal.

## **2.4. El concepto de rama de actividad**

### 2.4.1. Posturas doctrinales

La práctica totalidad de autores coinciden en que el concepto de rama de actividad no es equiparable en su totalidad a ninguna de las figuras que se contemplan en el ámbito mercantil. Sin embargo, algunos de ellos tratan de buscar en este ámbito la definición del concepto en base a paralelismos con las figuras allí definidas.

Señalaba ARMESTO MACÍAS<sup>97</sup> (en referencia a la redacción original de la Ley 29/91) que el término rama de actividad no estaba suficientemente regulado en la Ley y que, por tanto, podía generar diferentes dudas. La definición original del art. 2.4 la definía como un conjunto de elementos que constituyen una unidad económica autónoma, al cual podían unirse las deudas contraídas para la organización o funcionamiento de dichos bienes. Realmente el concepto de unidad económica autónoma no era nada claro. La Directiva, utilizada como elemento interpretativo, señalaba que en último término la rama de actividad debía entenderse como un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios. Dicha autonomía fue, de hecho, la que generó numerosas dudas respecto del concepto de rama de actividad. De hecho, ARMESTO MACÍAS opinaba, por ejemplo, que debía considerarse rama de actividad una sucursal de una compañía que, aunque dedicada a la misma actividad que la casa matriz, era capaz de subsistir por sus propios medios.

Como hemos reseñado, la definición fiscal actual de rama de actividad exige que se trate de una explotación económica (existente o posible) autónoma y que determine una explotación económica. Además, parece dar una explicación aclaratoria respecto del concepto de autonomía equiparando todas las exigencias a “... *un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios*”.

---

<sup>97</sup> ARMESTO MACÍAS, D. (1992). “Aportaciones no dinerarias de ramas de actividad”, *op. cit.*, pág. 127.

LÓPEZ-SANTACRUZ<sup>98</sup> resalta que el concepto de rama de actividad establecido en la norma fiscal y el de unidad económica al que se refiere en la normativa mercantil (básicamente en las operaciones de escisión parcial) no coincide en la medida que el primero requiere una condición adicional no existente en el concepto mercantil y es la necesidad de la existencia de una explotación económica inmersa en el patrimonio transmitido.

Teniendo en cuenta los objetivos de la regulación, la importancia del contenido económico-empresarial del concepto de rama de actividad es muy relevante. Con carácter general, podríamos identificarla con un espacio concreto en el que mediante la utilización de un conjunto de elementos patrimoniales tanto técnicos como financieros se desarrolla una explotación económica autónoma en relación a otras que puede tener la misma sociedad. Esta idea de rama de actividad encuentra, en opinión de SÁNCHEZ OLIVÁN<sup>99</sup>, una gran afinidad con el concepto de sucursal del Reglamento del Registro Mercantil cuyo art. 295<sup>100</sup> dice que a los efectos de lo previsto en ese Reglamento se entenderá por sucursal todo establecimiento secundario dotado de representación permanente y de cierta autonomía de gestión a través del cual se desarrollan total o parcialmente las de la sociedad. SÁNCHEZ OLIVÁN considera que la definición establecida permite considerar, en la mayor parte de los casos, a una sucursal como una rama de actividad y también funcionaría a la inversa, es decir, una rama de actividad debería poderse considerar como una sucursal.

La equivalencia del concepto de rama de actividad es al de *unidad económica* al que se refería el art. 253 del Texto Refundido de la LSA al referirse a la escisión ha sido uno de los elementos de discusión de la doctrina. Bajo este concepto POLO SORIANO<sup>101</sup> entiende que subyace la exigencia de que los patrimonios resultantes de la escisión deban configurar, en un sentido amplio, una empresa, *un conjunto de elementos materiales, activos y pasivos, humanos y organizativos capaz de funcionar con autonomía y de intervenir en la distribución de bienes y servicios, y de cerrar un ciclo*

---

<sup>98</sup> LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J. A. (2000). *Operaciones de reestructuración empresarial, op.cit.*, pág. 27.

<sup>99</sup> SÁNCHEZ OLIVÁN, J. (1998). *La fusión y la escisión de sociedades, aportación de activos, op.cit.*, pág. 368.

<sup>100</sup> El art. 295 del RD 1784/1996, bajo el título de "Noción de sucursal" establece "A efectos de lo prevenido en este Reglamento, se entenderá por sucursal todo establecimiento secundario dotado de representación permanente y de cierta autonomía de gestión, a través del cual se desarrollen, total o parcialmente, las actividades de la sociedad".

<sup>101</sup> POLO SORIANO, A. (1993). Los conceptos de fusión y escisión en la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, y su ámbito de aplicación", en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 96, págs. 131-140, pág. 139.



*económico susceptible de generar rendimientos, esto es, una entidad suficiente para constituir un patrimonio en explotación con autonomía desde los puntos de vista técnico y económico, una “significantbusiness” en la práctica y en la legislación fiscal norteamericana.*

Parte de la doctrina ha buscado referencias en la legislación anterior tratando de buscar un concepto propio que ayude en su caracterización. Así, RUIZ GONZÁLEZ<sup>102</sup> introduce el concepto de unidad económica establecido en el art. 3.1 del Decreto 4104/1964 por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 (derogado en la actualidad) que la concebía como una *unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente para serlo de nuevas formalidades administrativas*, de lo que extrae como característica la posibilidad de funcionamiento autónomo de la misma.

Por su parte, el Reglamento del Registro Mercantil, en su art. 133, contempla la existencia de otras figuras que podrían asimilarse al de unidad económica al referirse en su segundo párrafo a que en el caso de que la aportación sea de una empresa o establecimiento se describirán en la escritura los bienes y derechos registrales y se indicará el valor del conjunto o unidad económica objeto de aportación, añadiendo que los restantes bienes puedan relacionarse, inventario que se incorporará a la escritura. Lo relevante es que la valoración debe ser conjunta, de manera que se contempla como una unidad.

Con mejor criterio, NAVARRO EGEA<sup>103</sup> considera que la búsqueda del concepto adecuado debe buscarse dentro del propio Derecho Tributario a partir de ciertas conexiones con otras nociones más precisas dentro de las propias normas tributarias. Partiendo de esta premisa y considerando el preámbulo de la Directiva 90/434/CEE que justifica la conveniencia del régimen en la medida que estas operaciones permiten la transformación de la sociedad transmitente en establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria de la aportación o bien la incorporación de los activos a un establecimiento permanente de esta última sociedad, estima que el concepto de rama de actividad es perfectamente asimilable al concepto de establecimiento permanente. Si bien pone de manifiesto que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en su

---

<sup>102</sup> RUIZ GÓNZALEZ, R. J. (1995). “Régimen fiscal de la escisión”, *op. cit.*, pág. 67.

<sup>103</sup> NAVARRO EGEA, M. (1997). *Fiscalidad de la reestructuración empresarial*, *op. cit.*, pág. 87.

Sentencia de 13 de octubre de 1992<sup>104</sup> mantiene un criterio similar, reconoce que habrá casos en los que un establecimiento permanente no encajará con una rama de actividad.

Otro de los aspectos relevantes, desde el punto de vista de la redacción, sobre todo, en su inicio, ha sido la ubicación de la autonomía de la rama de actividad bien en la transmitente, bien en la adquirente o, incluso, en ambas. Ya comentado este tema en el ámbito comunitario, a nivel interno todavía tiene una mayor significación dada la redacción de la definición de la LIS en la que introduce el término *susceptibles*.

Así, ÁNGEL BLES<sup>105</sup> se inclina por (apoyándose en las resoluciones de la DGT de 14 de julio de 1992 y de 13 de marzo de 1994 y en vigencia de la Ley 19/1991) indicar que *“es condición necesaria de rama de actividad la existencia de una explotación económica, esto es, un conjunto de elementos personales y materiales que por sí mismos constituyan una organización empresarial y, además, autónoma del resto de la estructura de la sociedad, necesaria para el desarrollo de la actividad que se aporta y que va a permitir continuar la misma en sede de la entidad adquirente, con independencia de que la organización empresarial para ejercer dicha actividad esté en otra sociedad que desarrolle la misma”*. Parece este concepto un tanto restrictivo en la medida que parece exigir que la existencia de rama de actividad autónoma se produzca tanto en la sociedad aportante como en la adquirente.

LÓPEZ-SANTACRUZ<sup>106</sup> parece inclinarse por un criterio en el cual la rama de actividad debe existir en la entidad transmitente al señalar que *“la rama de actividad debe estar formada por todos los elementos patrimoniales que por sí mismos contribuyen a desarrollar una explotación económica dentro de la entidad de forma autónoma del resto de actividades de la misma y que permiten continuar desarrollando dicha explotación en la sociedad adquirente una vez realizada la aportación ...”*.

---

<sup>104</sup> Asunto 50/91, Commerz-Credit-Bank/FinanzamtSaarbrücken. Citada en pág. 75.

<sup>105</sup> BLES BAGUENA, A., BERGUA CANELLES, R., CIUTAD CURA, J.I. (1996). *Todo sobre la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades*, Praxis, Barcelona, pág. 226.

<sup>106</sup> LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J.A. (1996). “Capítulo XXIX. Fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores”, en *Guía del Impuesto sobre Sociedades*, DÍAZ YANES, I., UCÉLAY SANZ, I., LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J.A., TOMÉ MUGURIZA, B., CISS, Valencia, págs. 769-828, pág. 775.

Otros autores<sup>107</sup>, con un criterio similar, indican que *“...la operación se caracteriza por la existencia en la unidad que se traspasa de una serie de factores productivos organizados necesarios para llevar a cabo el desarrollo de una actividad económica”*.

Los autores de manera unánime han reconocido la falta de precisión en la legislación a la hora de establecer un concepto de rama de actividad si bien también encuentran una disculpa en la dificultad de establecer definiciones más precisas y objetivas. ARMESTO MACÍAS<sup>108</sup> indica que el concepto de “unidad económica autónoma” es demasiado genérico y que debe plantear dudas, aunque es justo reconocer la imposibilidad de alcanzar una definición clara y que no genere dudas. SANZ GADEA<sup>109</sup>, en referencia a la Ley 29/1991, tras reconocer la insuficiencia de la definición indica la dificultad de establecer un concepto más preciso puesto que *“el concepto de actividad empresarial, que es, en definitiva, el que late en el fondo de la cuestión, no tiene siempre y en todo caso una perfecta correspondencia en el mundo de lo real”*.

ELVIRA BENITO<sup>110</sup>, tras recordar que se trata de un concepto de carácter puramente fiscal y no mercantil (introducido por la normativa comunitaria) compara el concepto de actividad económica a efectos del Impuesto sobre Actividades Económicas (Ley 39/1988) con el de aportación de rama de actividad en el que encuentra como punto de conexión el requisito de autonomía, pese a que en el primero no se exige la existencia de una empresa y sí en el segundo.

PALAO TABOADA<sup>111</sup> considera que la definición inicial de la LIS de RA era una suma de diferentes partes. *“De la definición de la Directiva (y de la Ley 76/1980, modificada) toma el concepto de "explotación económica", que define como "conjunto capaz de funcionar por sus propios medios" (en vista de cuya definición la eliminación del adjetivo "autónoma", que se traslada a la "unidad económica", no altera en absoluto el concepto). Del Derecho mercantil toma la noción de "unidad económica (autónoma)". Aparece otro elemento, también tomado de la Directiva y de la Ley 76/1980, no irrelevante: la unidad*

---

<sup>107</sup> GUTIÉRREZ LOUSA, M. (Coord.), RUBIO GUERRERO, J.J. (Dir.), (2003). *Manual del Impuesto sobre sociedades*, Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.

<sup>108</sup> ARMESTO MACÍAS, D. (1992). “Aportaciones no dinerarias de ramas de actividad”, *op. cit.*, pág. 127.

<sup>109</sup> SANZ GADEA, E. (2022). “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *op. cit.*, pág. 144.

<sup>110</sup> ELVIRA BENITO, D. (1995). “El concepto de “aportación de rama de actividad””, *op. cit.*, pág. 117.

<sup>111</sup> PALAO TABOADA, C. (2004). “El concepto de “rama de actividad” en el Régimen Fiscal de las reorganizaciones empresariales”, en *Tributos y Empresas*, PONT MESTRES, M. (Homentages), Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, págs. 631-650, pág. 634.

*económica (o la explotación en que ésta se traduce) deben apreciarse desde la perspectiva o el punto de vista de la "organización". En otras palabras, la unidad es consecuencia de una decisión organizativa, lo cual nos acerca considerablemente al concepto de empresa, con el cual, como es obvio, tanto el concepto de unidad económica como el de rama de actividad no han dejado de ponerse en relación, aunque ello no haya contribuido excesivamente a clarificar los conceptos"*

No podemos compartir plenamente la justificación en la dificultad de la definición para explicar la ausencia de un concepto claro y viene caracterizado después de más de treinta años de vigencia del concepto en el Derecho tributario español. El legislador ha tenido tiempo y la experiencia de aplicación suficiente para determinar los elementos de conflicto y determinar con claridad las características básicas que permitan apreciar o no la existencia de una rama de actividad.

Dentro de las notas definitorias de lo que debe entenderse por rama de actividad destacan, en nuestra opinión tres elementos básicos, la existencia de un conjunto de elementos patrimoniales, que los mismos puedan llegar a formar una unidad económica autónoma y que este conjunto suponga una explotación económica.

En relación con los elementos patrimoniales se trata de aquellos elementos del activo de la entidad, estén o no contabilizados en el momento de realizar la operación, incluyendo, por supuesto, los derechos. En nuestra opinión, no todo aquello susceptible de valoración (y vinculado a la actividad) perteneciente a la entidad debe formar parte de la rama de actividad, mientras que los elementos aportados, por sí mismos, sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma.

Respecto del concepto de explotación económica, la propia LIS 43/1995, dentro del régimen especial de las entidades parcialmente exentas, nos ofrecía en el art. 134.3 (también en el art. 121.4 TRLIS 2004)<sup>112</sup> una definición de lo que debíamos entender por ella: *"se considerarán rendimientos de una explotación económica todos aquellos que procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de esos factores, supongan por parte del sujeto pasivo la ordenación por cuenta propia de los*

---

<sup>112</sup> Esta definición ya no se incorporó en la Ley 27/2014 dentro del régimen especial de las entidades parcialmente exentas.

*medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes y servicios*<sup>113</sup>.

La propia Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo en su art. 3.3º, segundo párrafo señala; *“A efectos de esta Ley, se considera que las entidades sin fines lucrativos desarrollan una explotación económica cuando realicen la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos, o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios. El arrendamiento del patrimonio inmobiliario de la entidad no constituye, a estos efectos, explotación económica”*. Si bien especifica que esta definición solo tiene efectos en relación con la propia Ley 49/2002 (y el caso del arrendamiento de patrimonio es muy ejemplificativo de ello) sí que nos permite intuir las características de una explotación económica, similares a las anteriores.

Es evidente que no todos los ingresos o rendimientos que percibe una entidad pueden considerarse provenientes de una explotación económica. En la actual LIS, la existencia del término genérico de renta ha eliminado en gran parte esta distinción. Sin embargo, en determinados regímenes mantiene toda su vigencia. Así, por ejemplo, el régimen de las entidades parcialmente exentas previsto en el Capítulo XIV del Título VII se justifica plenamente por el diferente tratamiento tributario que cada una de estas rentas tiene. La comparación entre los diferentes tipos de rentas permite comprender con mayor detalle los requisitos que la normativa española exige a unos rendimientos para considerarlos provenientes de una explotación económica<sup>114</sup>.

De la misma manera el art. 6 de la Ley 49/2002 determina una serie de rentas que considera exentas del IS. A continuación, el art. 7, establece un listado de explotaciones

---

<sup>113</sup> Además de la definición de la LIS, encontramos otras definiciones en diferentes cuerpos legales como el art. 80.1 de la Ley 30/1988, de 28 de diciembre, de la Ley reguladora de las Haciendas Locales. *“Se considera que una actividad se ejerce con carácter empresarial o profesional o artístico, cuando suponga la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción y distribución”* y también el art. 5.Dos de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, sobre el Impuesto sobre el Valor Añadido: *“Son actividades empresariales o profesionales las que impliquen la ordenación por cuenta propia de factores de producción materiales y humanos o de uno de ellos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios”*.

<sup>114</sup> Como estudio genérico de las diferentes fuentes de renta de las entidades parcialmente exentas vid. el trabajo de CHASCO, B., GARICANO, J. (1998). *“Régimen de las entidades parcialmente exentas (Ley 30/94 y arts. 133 y siguientes de la LIS)”*, en *Comentarios al impuesto sobre sociedades, Tomo II: Regímenes especiales*, LAORDEN, J., ARQUÉS, J. (Dir.), LLANSÓ, M. (Coord.), Civitas, Madrid, págs. 2231 y ss.

económicas que también considera exentas (siempre que se realicen en cumplimiento de la finalidad u objeto de la entidad sin fin lucrativo que las ejercita). En consecuencia, debemos entender que la relación de ingresos del art. 6 (donativos, donaciones, subvenciones, cuotas de asociados, dividendos, etc.) en ningún caso debe entenderse derivado de una explotación económica.

#### 2.4.2. La doctrina administrativa

La realidad es que el concepto de RA se ha ido generando a través de criterios jurisprudenciales y, sobre todo, administrativos, cuya justificación legal es más que discutible. Se han dado por obvios una serie de hechos en torno a la figura y, a partir de su presencia o no en cada caso concreto, se ha ido desarrollando un concepto. Lo cierto es que estamos hablando, aun hoy, de un concepto jurídico indeterminado, en el que la Administración, de forma extremadamente restrictiva ha ido moldeando una figura que cada vez cuesta más de aplicar. Es extremadamente criticable el efecto calificador que genera la Administración en determinados conceptos y prácticas fiscales que, a partir de las opiniones de la DGT, mayoritariamente vía consultas, acaba determinando sus características y, por tanto, en qué casos se puede llevar a término o no una determinada operación

Como bien señala SANCHEZ MANZANO<sup>115</sup> *“en ocasiones la doctrina administrativa estira artificialmente las directrices generales, cristalizando tesis creativas, aparentemente lógicas pero que en realidad, si se profundiza, se revelan como quebradizas y provistas de cimientos resbaladizos poniendo de manifiesto lo moldeable que puede resultar la neutralidad como foco interpretativo si no se atiende escrupulosamente al marco cincelado por la Directiva 90/434. (...) ...la doctrina administrativa “aprovecha” la necesidad implícita de reinterpretación invocando, como soporte, la neutralidad fiscal a pesar de que en nuestra opinión la vulnera”*.

La DGT<sup>116</sup>, bajo un criterio, en nuestra opinión, bastante restrictivo, por un lado, y poco clarificador, por otro, ha venido exigiendo indefectiblemente que la organización o explotación autónoma que determina la existencia de una rama de actividad preexista

---

<sup>115</sup> SÁNCHEZ MANZANO, J.D. (2021). “El principio de neutralidad y el requisito de preexistencia de la rama de actividad perfilado por la Doctrina Administrativa y la Jurisprudencia en relación con la escisión parcial”, en *Quincena fiscal*, núm. 6, págs. 77-106.

<sup>116</sup> Consulta V43-99 de 5 de julio de 1999 y consulta V4-03 de 21 de enero de 2003.

a la operación en la entidad transmitente en la medida que se considera *“implícita en el propio concepto de rama de actividad”*. Es indiferente que *“los medios materiales y personales necesarios para la gestión de esa actividad sean propios ajenos, es decir, aun cuando se externalice la gestión de la misma actividad”*.

Parecía evidente que la modificación operada en el concepto por mor de la Ley 50/1998<sup>117</sup> incorporando la *“susceptibilidad”* precisamente, pretendía evitar esta exigencia. De hecho, inicialmente, pareció entenderlo así la DGT (respuesta a consulta 1562-99 de 13 de septiembre de 1999) al reconocer que *“... esta nueva redacción implicará que se reputen ramas de actividad aquellos conjuntos patrimoniales que sean capaces de funcionar por sus propios medios aun cuando no constituyan de hecho una unidad económica autónoma en la entidad transmitente por estar integradas en la explotación económica única que constituya su objeto”*. Sin embargo, este entendimiento fue efímero.

De manera repetitiva, las siguientes consultas de la DGT<sup>118</sup> han venido incluyendo el mismo párrafo justificativo de su interpretación: *“el propio concepto de rama de actividad requiere la existencia de una organización empresarial diferenciada para cada conjunto patrimonial que determine la existencia autónoma de una actividad económica que permita identificar un conjunto patrimonial afectado o destinado a la misma, lo cual exige que esta autonomía sea motivada por la diferente naturaleza de las actividades desarrolladas por cada rama o, existiendo una única actividad, en función del destino y naturaleza de estos elementos patrimoniales, que requiera de una organización separada como consecuencia de las especialidades existentes en su explotación económica que exija de un modelo de gestión diferenciado determinante de diferentes explotaciones económicas autónomas”*.

Por tanto, según el criterio administrativo para disfrutar del RFE, es necesario la existencia de una unidad económica en sede de la transmitente, de manera que el patrimonio segregado permita el desarrollo de una explotación en la adquirente. Lo que, en su opinión, es posible es que no se produzca una transmisión completa del patrimonio de la unidad económica mientras que en sede de la adquirente sea posible

---

<sup>117</sup> La Ley 50/1998 dio una nueva redacción al concepto de rama de actividad contenido en el art. 97 de la LIS 43/1995 sustituyendo la referencia de *“conjunto de elementos patrimoniales que constituyan () una unidad económica autónoma”* por *“conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir”*.

<sup>118</sup> Entre otras, consulta V1731-20 de 2 de junio de 2020, consulta V2667-20 de 17 de agosto de 2020.

el desarrollo de la actividad (por concurrir en estos elementos que lo permiten o porque los no transmitidos no sean esenciales). GRACIA Y VIÑAS<sup>119</sup> abogan por un cambio interpretativo en el criterio de la DGT no exigiendo que el conjunto de elementos transmitidos vengan constituyendo una rama de actividad en origen.

En este sentido, el TEAC en su resolución de 17 de mayo de 2007 entendió que en el supuesto de un campo de golf todavía no en marcha, pero, prácticamente, a punto de iniciarse, no podía ser objeto de aportación puesto que en el momento de la aportación, estrictamente no existía una unidad económica. En cambio, la DGT (consulta V 1127-10 de 26 de mayo de 2010) se ha mostrado algo más flexible al entender, en un supuesto en el que las obras estaban ejecutadas en más de un 70%, que existía un mínimo inicio de la actividad que permitía la aplicación del RFE a la operación.

Por su parte la resolución del TEAC de 5 de febrero de 2015 insiste en la necesidad de preexistencia de la rama que se escinde (“ya que de lo contrario todo sería rama de actividad”).

En la misma línea restrictiva, la DGT ha considerado que no podrían incluirse en el patrimonio transferido aquellos activos carentes de vinculación funcional con la actividad segregada<sup>120</sup>.

Consideramos restrictivo el criterio por cuanto la redacción de la definición de rama de actividad en la normativa española incluye más de un elemento distintivo respecto de la definición comunitaria. En este sentido, además de la participación de los elementos pasivos en el concepto de RA, la definición no parece exigir la existencia de una RA en sede de la transmitente sino, tan solo, de un conjunto de elementos que *sean susceptibles de serlo* y no que *lo sean*.

De la definición se extrae esta conclusión sin mucha dificultad y, además, es fácilmente entendible que si el legislador hubiera querido que ese conjunto de elementos existiera ciertamente en la transmitente antes de la operación hubiera podido expresarlo así con mucha facilidad sin necesidad de introducir los términos “susceptibles de”. Finalmente, desde un punto de vista teleológico tiene todo el sentido intentar que la reorganización se sustancie en el mantenimiento o incluso la creación de unidades económicas autónomas (creadoras de riqueza y puestos de trabajo). Por tanto, desde este punto de

---

<sup>119</sup> GRACIA ESPINAR, E., VIÑAS RUEDA, L. (2010). “Revisión del régimen fiscal”, *op.cit.* pág. 62.

<sup>120</sup> Consulta DGT V0053-99 de 22 de julio de 1999.



vista, lo interesante es que la rama de actividad exista en sede de la adquirente, incluso cuando no existía en sede de la transmitente<sup>121</sup>.

Si esta interpretación restrictiva obedece al intento de evitar actuaciones de índole defraudatoria a nivel tributario, como parece intuirse de varias de las consultas DGT, el camino sería la aplicación de la cláusula antielusión y no una interpretación restrictiva de la normativa<sup>122</sup>.

Respecto de la posibilidad de que en un patrimonio preexistente se pudieran distinguir diferentes ramas de actividad, de nuevo, la Administración se ha mostrado cicatera en su interpretación pues, si bien es innegable la posibilidad de su existencia, ha exigido que se tratara de actividades diferentes o, excepcionalmente, tratándose de la misma actividad que el destino y naturaleza de los elementos fueran diferentes. En este sentido podemos citar las contestaciones a Consultas DGT V1033-09 de 11/5/2009 , V 1033-09 de 19/2/2009, V 0333-09 de 19 de febrero de 2009 y V1238-de 18/5/2011.

Las resoluciones del TEAC de 26 de abril de 2012 y de 5 de marzo de 2014, en la misma línea interpretativa, negaron que pueda hablarse de rama de actividad cuando la sociedad escindida ejercía una única actividad. En ese caso, considera, que lo segregado sería parte de los medios humanos y materiales con los que se desarrolla esa única actividad. De nuevo, detrás de muchas de las negativas a aceptar la operación, susceptible de acogerse al RFE, subyace la sensación de que no existe un incumplimiento de las condiciones sino, más bien, una preocupación de que la operación se utilice de manera fraudulenta para fines no de reorganización empresarial. En estos casos, se debería acudir a la cláusula antielusión<sup>123</sup> (i.e. venta de todas o algunas de las sociedades involucradas en la operación).

Señala ROMERO REY<sup>124</sup> que esta postura basada en un enfoque de la actividad económica impide apreciar la concurrencia de diferentes realidades empresariales

---

<sup>121</sup> Así pareció reconocerlo inicialmente la DGT en la consulta 1562-99 de 13 de septiembre de 1999 *“esta nueva redacción implicará que se reputen ramas de actividad aquellos conjuntos patrimoniales que sean capaces de funcionar por sus propios medios aun cuando no constituyan de hecho una unidad económica autónoma en la entidad transmitente por estar integradas en la explotación económica única que constituya su objeto”*. En la práctica ha seguido aplicando el mismo criterio restrictivo citado.

<sup>122</sup> La consulta DGT V1763-19 de 10/7/2019 exige, además, que la organización previa de medios materiales y personales, se desarrollase de forma habitual y continuada, *“pudiéndose entender cumplida la condición si esa actividad se realiza, al menos, desde el ejercicio anterior al que se realiza la escisión”*

<sup>123</sup> Como había ocurrido con las resoluciones del TEAC de 29 de mayo de 2008 o de 7 de septiembre de 2011.

<sup>124</sup> ROMERO REY, J.F. (2019). Régimen jurídico de las ramas de actividad, op. cit., pág. 51.

paralelas, merecedoras de ser consideradas cada una como ramas de actividad diferenciadas dentro de una única actividad empresarial<sup>125</sup>.

Últimamente parece apreciarse por la DGT una cierta flexibilidad de este requisito (Consultas Vinculantes V-1945-15, de 19 de junio 2015 y la V3115-15 de fecha 16 de octubre de 2015).

#### 2.4.3. La rama de actividad según la jurisprudencia

Por otra parte, la jurisprudencia en España ha mantenido un criterio errático al respecto. Siguiendo a SÁNCHEZ MANZANO<sup>126</sup> podemos hacer un seguimiento ordenado cronológicamente sin que, ya lo anticipamos, podamos determinar claramente un concepto de rama de actividad por parte de nuestros Tribunales.

Curiosamente, la modificación introducida por la Ley 50/1998 en la definición de rama de actividad tratando de flexibilizar el concepto no varió tampoco (al igual que en la DGT) ni un ápice los criterios exigidos por los Tribunales. Así, las STS de 29 de octubre de 2009 y de 21 de junio de 2010<sup>127</sup> sintetizaron los requisitos necesarios para que un conjunto de elementos constituyera una rama de actividad que, según SÁNCHEZ MANZANO<sup>128</sup>, eran los siguientes: *“a) Ha de tratarse de un conjunto de bienes y, en ocasiones, también de personas, b) El conjunto de elementos ha de ser de activo y pasivo, c) Ha de tratarse de una rama de la propia sociedad aportante, d) Los bienes han de formar una unidad económica coherente, autónoma e independiente de otras, e) Ese conjunto ha de ser capaz de funcionar por sus propios medios, f) La rama ha de existir cuando se realiza la aportación; no basta que se trate de una suma de elementos que potencialmente puedan llegar, en un futuro, a constituir una unidad autónoma; g) La sociedad que recibe los bienes debe desarrollar una actividad empresarial en la explotación de los elementos”*.

---

<sup>125</sup> El propio ROMERO REY expone la clasificación de ramas de actividad aprobada por la ONU en 1948. En total eran veintiuna. No pensamos que por las características y por la antigüedad dicha clasificación tenga relevancia alguna a la hora de determinar la existencia o no de ramas de actividad en una operación de reestructuración.

<sup>126</sup> SÁNCHEZ MANZANO, J.D. (2021). “El principio de neutralidad y el requisito de preexistencia”, *op. cit.*

<sup>127</sup> En el mismo sentido, sentencias de la AN de 18 de enero de 2012 y 1 de febrero de 2012.

<sup>128</sup> SÁNCHEZ MANZANO, J.D. (2012). “Análisis de determinadas soluciones administrativas en torno al concepto de rama de actividad”, en *Quincena fiscal*, núm. 13, págs. 83-97.

La sentencia de la AN de 16 de febrero de 2011<sup>129</sup> ya introdujo una crítica a la autonomía exagerada en el ámbito tributario del concepto de rama de actividad sin relacionarlo en ningún caso con otras posibles figuras afines de otras ramas del Derecho. La posterior sentencia de la propia AN de 15 de diciembre de 2011 cuestionó el criterio extendido de que la rama de actividad no equivaliera al concepto mercantil de unidad económica dadas las similitudes existentes. Pero teniendo en cuenta que, una vez inscrita la operación basada en la existencia de una unidad económica, debía entenderse como una suerte de presunción *iures tantum* y, por tanto, debía justificarse por la Administración en cada caso la inexistencia de la rama de actividad.

En este sentido, la sentencia de la AN de 16 de febrero de 2011 destacó que la ley mercantil exige, para la escisión parcial, una cierta formalidad, de manera que la calificación registral debe surtir unos efectos mínimos. Si, en opinión de la Administración, la noción jurídica de unidad económica resultase diferente de la noción tributaria de rama de actividad, debería ser capaz de justificar mínimamente por qué, en cada supuesto, una unidad económica no conforma también una rama. Las sentencias de la AN de 4 de mayo, 13 de octubre y 15 de diciembre 2011 respaldaron dicha tesis.

En sentido contrario puede citarse la sentencia del TSJ de Castilla La Mancha de 1 de marzo de 2010, la sentencia del TSJ de Castilla la Mancha de 1 de marzo de 2010 y la sentencia del TSJ de Cataluña de 27 de diciembre de 2004.

La sentencia del TS de 20 de julio de 2014<sup>130</sup> se apoya en el principio de neutralidad como justificativo de las “ventajas fiscales” defendiendo que el régimen de diferimiento no es un beneficio fiscal ya que no pretende incentivar las operaciones de reestructuración, sino ser neutral ante ellas, lo que exige la concurrencia de un motivo económico válido. De alguna manera, considera que la aplicación del régimen de diferimiento debe ir ligada a la existencia de un efecto sucesorio.

Una de las primeras sentencias del TS, la de 29 de octubre de 2009 estableció que el conjunto de elementos patrimoniales a aportar debe configurar una rama de actividad en la propia sociedad aportante y, por tanto, debe existir en el momento de realizar la

---

<sup>129</sup> En el mismo sentido, sentencias del TSJ de Cataluña de 27 de diciembre de 2004 y TSJ de Castilla-La Mancha de 1 de marzo de 2010,

<sup>130</sup> Con posterioridad, diversas sentencias del TS han hecho planteamientos similares: Sentencia del TS de 22 de diciembre de 2014, STS de 23 de abril de 2015, Sentencias de la AN de 29 de septiembre de 2016, de 7 de junio de 2017 o de 12 de noviembre de 2015.

aportación. Descarta la idea de que potencialmente puedan llegar, en un futuro, a constituir una unidad económica autónoma.

En relación con la necesidad de la preexistencia de las ramas de actividad en sede del transmitente se ha ido generando una jurisprudencia consolidada<sup>131</sup> justificando esta necesidad en base a que no se puede transmitir lo que no existe. La sentencia de la AN de 15 de diciembre de 2011 argumentó que la modificación del concepto por la Ley 50/1998 en la que admitía la posibilidad simplemente de susceptibilidad debía tener alguna trascendencia.

Especialmente peligrosa es la sentencia del TS de 22 de diciembre de 2016 en la que el TS no acepta la aplicación del régimen fiscal especial a una operación de escisión parcial al no apreciar la existencia de rama de actividad. La sociedad se dedicaba al arrendamiento de inmuebles, cumpliendo los requisitos para ser considerada una actividad empresarial (empleo y local afecto). El recurrente alegó la existencia de bloques separados de actividad en función de las características de los inmuebles. La conclusión del TS es que, aunque en la teoría pudieran aceptarse los argumentos expuestos (que tampoco confirma que los acepte), en este caso concreto no se aprecian la referida complejidad en la gestión que acredite estructuras separadas por tipos de inmuebles. Lo peligroso de la sentencia es el cuestionamiento de la libertad de organización del empresario, indicando como, en función de su opinión, debería organizar su negocio.

De nuevo, si lo que subyace detrás de esta afirmación es una preocupación por haber generado artificialmente una estructura de gestión para poder acogerse al RFE, la vía sería la aplicación de la norma antielusión y no la indicación al empresario de cómo debe organizar sus negocios.

Como señala SÁNCHEZ MANZANO<sup>132</sup>, parece evidente que, si una entidad desarrolla actividades claramente diferentes, en principio, deberá apreciarse la existencia de organizaciones diferenciadas e identificables, pero ello no significa que no sea posible diferenciar una actividad no desde el punto de vista organizativo sino por la naturaleza

---

<sup>131</sup> STS de 20 de julio de 2014, TS de 23 de abril de 2015, Sentencia del TS de 22 de diciembre de 2014 o de 23 de abril de 2015 o las sentencia de la AN de 29 de septiembre de 2016, de 7 de junio de 2017 o de 12 de noviembre de 2015.

<sup>132</sup> SÁNCHEZ MANZANO, J.D. (2021). "El principio de neutralidad y el requisito de preexistencia", *op. cit.*

de la actividad. Sin embargo, si no existen actividades diferenciadas, bajo el restrictivo criterio administrativo y jurisprudencial es difícil diferenciar ramas de actividad.

Las sentencias del TS de 10 de marzo y 16 de junio de 2011 establecen que la idea clave es la de *autonomía operativa*.

La sentencia del TS de 10 de marzo de 2011 entendió que, pese a la presencia de una rama de actividad, era necesario analizar si verdaderamente todos los elementos aportados formaban parte de la misma, pudiendo perfectamente separar de la aplicación del RFE aquellos en los que faltara la verdadera adscripción a la rama de actividad.

Uno de los elementos clave en las reorganizaciones, entre ellas, las realizadas a través de aportaciones de rama de actividad, es el entendimiento de que las distintas sedes territoriales de un mismo negocio se puedan considerar o no como ramas de actividad. Ya hemos visto de la Administración ha considerado que no era posible bajo el argumento de que la actividad era la misma. La AN ha entendido lo mismo antes diferentes situaciones en el cual el ámbito territorial era la clave de la distinción. Así, las sentencias de la AN de 31 de marzo, 12 de mayo de 2011 y 30 de junio de 2011 entendieron que la existencia de delegaciones territoriales diferenciadas no permitía hablar de ramas de actividad diferenciadas. Incluso la sentencia de la AN de 30 de junio de 2011 exigía que fuera evidente la existencia de *“dos organizaciones políticas empresariales distintas”*.

La sentencia de la AN de 13 de septiembre de 2019 ponía en cuestión que si no había un sistema diferenciado de gestión, aunque se tratara de actividades diferentes, no podía considerarse la existencia de ramas de actividad e, incluso, hacía una valoración de los sucedido a posteriori para verificar o no las mejoras de gestión que se aducían como justificación a la operación realizada.

## **2.5. Otras figuras similares y cuestiones controvertidas**

Ya hemos comentado previamente, y se continuará haciendo a lo largo del presente Trabajo, la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de figuras afines a la de rama de actividad con rasgos claramente similares pero que, por diversas razones, han sido consideradas diferentes por la doctrina y la jurisprudencia en general.

Entre ellas, destacan el concepto originalmente de rama de actividad y, posteriormente, de unidad económica en el IVA, el concepto de unidad económica mercantil o el concepto de negocio a efectos contables.

### 2.5.1. La rama de actividad en el IVA

Por la especial relación que tiene, o debería tener, la figura de la rama de actividad regulada en la LIS objeto de análisis con otra figura claramente afín, cual es la unidad económica autónoma a la que se refiere en la actualidad el art. 7.1º de la LIVA (previamente a su modificación se refería, también, a transmisión de rama de actividad), merece la pena detenerse en su origen y tratamiento. Recordemos que la definición de rama de actividad de la LIS es precisamente la de una unidad económica autónoma.

El origen lo encontramos en la habilitación contenida en el artículo 19 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, conforme a la cual: *“los Estados miembros quedan facultados para considerar que la transmisión, a título oneroso o gratuito o bajo la forma de aportación a una sociedad, de una universalidad total o parcial de bienes no supone de la realización de una entrega de bienes y que el beneficiario continúa la personalidad del cedente”*. Dicha habilitación se plasmó en el art. 7.1º LIVA que hacía una remisión expresa al concepto de rama de actividad de la LIS:

La redacción original del art. 7.1º era la siguiente:

*No estarán sujetas al impuesto:*

*“1º. Las siguientes transmisiones de bienes y derechos:*

- a) La transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo realizada en favor de un solo adquirente, cuando éste continúe el ejercicio de las mismas actividades empresariales o profesionales del transmitente.*
- b) La transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial del sujeto pasivo o de los elementos patrimoniales afectos a una o varias ramas de la actividad empresarial del transmitente, en virtud de las operaciones a que se refiere el artículo 1 de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, siempre que las operaciones tengan derecho al régimen tributario regulado en el Título I de la citada Ley.*

*A los efectos previstos en esta letra, se entenderá por rama de actividad la definida en el apartado cuatro del artículo 2 de la Ley mencionada en el párrafo anterior (...)*”

Del redactado se aprecian los requisitos originales exigidos para la no sujeción al impuesto de la transmisión de unidades empresariales:

1. Transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial o de una ama de actividad (en concepto coincidente con el del RFE del IS por remisión expresa).
2. Solo podía haber un adquirente. Restrictivamente, la Administración interpretó que incluso en caso de transmisión de varias ramas de actividad el adquirente debía ser único para todas.
3. El adquirente debía continuar en el ejercicio de la misma actividad que la transmitente.

Estos requisitos fueron desacreditados por la sentencia del TJCE de 27 de noviembre de 2003, Asunto Zita Modes Sàrl. Esta sentencia concluyó, por un lado, que, de acuerdo con el Art. 5.8 de la Sexta Directiva, la actividad que desarrollase el beneficiario no debía ser necesariamente la misma que venía realizando el transmitente y, por otro, que el requisito de que existiese un único adquirente debía interpretarse en el sentido de que para cada transmisión de unidad empresarial el adquirente fuese un único empresario o profesional no que el mismo debía adquirir la totalidad de unidades empresariales.

La Ley 4/2008 dio nueva redacción al art.7.1º de la LIVA, con motivo de los criterios referidos asentados por la jurisprudencia comunitaria. La nueva redacción es la siguiente:

*“No estarán sujetas al impuesto:*

*1º. La transmisión de un conjunto de elementos corporales y, en su caso, incorporales que, formando parte del patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo, constituyan o sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma en el transmitente, capaz de desarrollar una actividad empresarial o profesional por sus propios medios, con independencia del régimen fiscal que a dicha transmisión le resulte de aplicación en el ámbito de otros tributos y del procedente conforme a lo dispuesto en el artículo 4, apartado cuatro, de esta Ley”*

Señala SÁNCHEZ MANZANO<sup>133</sup> que, previamente a la modificación, cuando el término de referencia era el de rama de actividad, la DGT<sup>134</sup> había concebido que *“... el concepto de rama de actividad coincide sustancialmente con el filtro que demanda la sentencia del*

---

<sup>133</sup> SÁNCHEZ MANZANO, J.D. (2012). “Análisis de determinadas soluciones administrativas”, *op. cit.*

<sup>134</sup> Consulta 269/2006 de 13 de febrero de 2006 y consulta V2040-07 de 26 de septiembre de 2007.

*TJCE de 27 de noviembre de 2003 para el objeto de transmisión, con lo que es factible la aplicación del concepto nacional sin contravención del principio de interpretación uniforme del Derecho Comunitario. Esta tesis desembocó en que efectivamente no cabía exigir la transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial, pero los activos y pasivos transferidos debían cumplimentar las exigencias inherentes al concepto de rama.”*

La sentencia del TSJ de Aragón de 29 de junio de 2011 resaltó que, en tal ámbito, el conjunto patrimonial transferido debe merecer la consideración de rama de actividad. Sin embargo, parece que no conecta con el concepto tipificado de dicha magnitud, pues a continuación simplemente se remite al tenor de la sentencia del TJCE ZitaModesSárl (TJCE 2003, 395).

La finalidad de la norma comunitaria (art. 19 de la Directiva 2006/112) es facilitar la transmisión de empresas evitando que, ante las dificultades, acaben desapareciendo. Cuando decimos empresas nos referimos al concepto abstracto de unidad económica de manera que pueden tratarse de la totalidad del patrimonio empresarial o de parte de él siempre que forme una unidad económica autónoma. De nuevo se trataría de buscar una neutralidad en el mundo empresarial de manera que no se dificulten las operaciones, en este caso de transmisión, sin tampoco incentivarlas. Se trata de evitar el coste financiero que soportaría el adquirente hasta obtener la devolución del IVA soportado que, en ocasiones, puede hacer inviable la operación por falta de financiación.

La sentencia de la AN de 23 de septiembre de 2009 en un supuesto de transmisión de activos empresariales pendientes de poner en marcha (en vigencia de la redacción original del art. 7 LIVA) señaló que *“para entender que nos encontramos ante una transmisión del patrimonio empresarial, es necesario que sean transmitidos todos aquellos elementos patrimoniales necesarios para continuar la actividad empresarial, pero no es necesario que sean transmitidos todos y cada uno de los elementos patrimoniales del transmitente, pues, como veremos, la esencia del precepto de aplicación radica sobre la transmisión de una empresa que pueda ser reconocida como tal una vez continúe con su actividad el nuevo titular”*. Por tanto, *“... no es necesaria la transmisión de todo el patrimonio empresarial, basta una rama de actividad siempre que tenga sustanciación independiente.”*

De manera muy taxativa indica: *“lo que exige el precepto es la transmisión del patrimonio - haya cesión de empresa o no” (...)* es irrelevante la afirmación administrativa de que la transmitente no realizaba, desde hace tiempo, actividad



*alguna; puesto que lo relevante no es la actividad efectivamente realizada, sino la posibilidad de realizar la actividad correspondiente con el patrimonio objeto de la transmisión. Así entendido, la no sujeción prevista en el artículo 7 de la Ley 37/1992 es aplicable al supuesto de autos, pues se transmite un patrimonio que hace posible que la empresa que lo recibe realice la actividad de explotación del balneario, actividad realizada con anterioridad, aun cuando en el momento de la explotación no estuviere en uso efectivo.*

Sin embargo, esta sentencia fue objeto de recurso de casación ante el TS que, mediante STS de 30 de junio de 2011, lo estimó. Todo y entender el TS que *“no cabe, a efectos de la no sujeción al IVA, exigir la transmisión de la totalidad de un patrimonio empresarial, sino que es suficiente la transmisión de un establecimiento mercantil o de una parte autónoma de una empresa, siempre y cuando sea capaz de desarrollar una actividad económica autónoma”*, entendió que *“los elementos transmitidos no formaban una rama de actividad, un conjunto patrimonial susceptible de funcionar por sus propios medios, sino que se trataba de elementos aislados sobre los que no se desarrollaba actividad económica alguna”*.

En este caso, se aceptó acoger la operación al RFE del IS como aportación no dineraria especial pero no la no sujeción a IVA por ausencia de rama de actividad. Aun así, subraya el TS que *“este precepto posee un ámbito de aplicación propio y persigue una finalidad específica y distinta de la del régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores”*.

Sucesivas sentencias del TS, de la AN y resoluciones de la DGT<sup>135</sup> han ido modelando un concepto en el que se exige la posibilidad, incluso en abstracto, de una explotación económica autónoma, alejándose del criterio del IS. La nueva redacción del art. 7 LIVA ha acentuado esta tendencia.

A pesar de la evidente conexión de ambos conceptos, DURO Y ESPINOS<sup>136</sup> señalan que *“sin perjuicio del principio de estanqueidad de los impuestos, y a pesar de la aparente similitud de los términos empleados por el legislador, existen ligeros matices en las*

---

<sup>135</sup> STS de 13 de febrero de 2007 y 30 de junio de 2011, sentencias de la AN de 12 de mayo de 2008, y consultas de la DGT de 4 de agosto de 2011 y 5 de octubre de 2010.

<sup>136</sup> DURO HERNÁNDEZ, L., ESPINOS VALTUEÑA, E. (2011). “Dualidades en la interpretación del concepto de rama de actividad, en sede del IS y del IVA”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* 7, núm. 7, págs. 55-64.

*definiciones de rama de actividad que parecen haber servido de base para la dualidad interpretativa existente en la doctrina administrativa”.*

Pese a que hubiera tenido sentido armonizar ambos conceptos, la realidad es que, legalmente, se mantiene como elementos autónomos y tanto el TS como la propia DGT se han manifestado en este sentido.

La consulta vinculante de la DGT V2628-09 de 25 de noviembre 2009 (JUR 2010, 32134) se refiere a un supuesto de una sociedad dedicada al arrendamiento de locales industriales, divididos en dos grupos, con centros de gestión independientes para cada uno de ellos. La DGT entendió que no procede la aplicación del RFE del IS porque no apreció la existencia de distintas actividades por más que tuviera dos locales y dos empleados diferentes dedicados a la gestión de cada grupo de inmuebles. En cambio, a efectos del IVA defiende la no sujeción por cuanto cada una de las unidades económicas que se escinden y que van a ser objeto de transmisión están compuestas por un conjunto de bienes inmuebles en arrendamiento acompañado de una estructura organizativa y funcional que parece que son susceptibles de desarrollar por sus propios medios una actividad económica.

Es, exactamente, la diferencia entre ser y ser susceptible de ser.

### 2.5.2. Otras figuras similares

Ya nos referido al tema con anterioridad, pero a efectos metodológicos merece la pena volver a destacar que la rama de actividad según la LIS es un conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma, determinante de una explotación económica. Parece que los pasivos no forman parte estrictamente de la rama de actividad.

El RDL 5/2023, dentro de las definiciones de sucesión, introduce indirectamente dos conceptos, aparentemente, uno subordinado al otro. Por un lado, tanto en el art. 60 como en el art. 61 referidos a la escisión parcial y a la segregación, respectivamente, se refiere a que la parte del patrimonio de una sociedad escindida o segregada debe formar una unidad económica, sin definir qué se entiende por esta. Adicionalmente, el apartado 2 del art. 60 indica que, si la parte que se transmite en bloque (dando por hecho que ya forma una unidad económica para poder hablar de escisión parcial) está constituida por una o varias empresas o establecimientos comerciales, industriales o de servicios, podrán ser atribuidas a la sociedad beneficiaria las deudas contraídas para el

funcionamiento de la empresa. Es decir, parece desprenderse que dentro de un concepto más general de unidad económica, existiría un subconcepto más concreto que sería el de empresa o establecimiento comercial, industrial o de servicios.

En nada nos ayuda la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (modificada por la Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas), ya que en su art. 160 ter dedicado a las definiciones, al referirse a las escisiones habla de transmisión de todo o parte del patrimonio activo y pasivo, sin exigir que lo transmitido forme ningún tipo de organización económica.

Por tanto, pese la unitaria referencia al concepto de unidad económica no podemos concluir que la existencia de una unidad económica a efectos mercantiles conlleva necesariamente la existencia de una unidad económica a efectos fiscales.

Finalmente, también el PGC utiliza el término de *negocio* para referirse, según la NRV 19<sup>a</sup>, a un conjunto integrado de actividades y activos susceptibles de ser dirigidos y gestionados con el propósito de proporcionar un rendimiento, menores costes u otros beneficios económicos directamente a sus propietarios o partícipes.

Podemos apreciar una serie de diferencias algunas de las cuales entendemos que, realmente, buscan marcar un concepto diferente así querido por el legislador y otras diferencias que más bien obedecen a falta de coordinación entre la normativa fiscal y mercantil.

Señalan CAÑIBANO Y GISBERT<sup>137</sup> que el Libro Blanco (2002) para la reforma contable ya incorporaba entre sus recomendaciones la necesidad de llevar a cabo una revisión de la legislación mercantil española, en concreto del CCo y de la LSA y llevar a cabo una reforma del PGC. La mayoría se ha llevado a término, pero sin la coordinación requerida.

Se trata de un término muy relevante porque en función de que el conjunto de activos y pasivos objeto de transmisión sea un negocio o no, la contabilización es

---

<sup>137</sup> CAÑIBANO CALVO, L., GISBERT CLEMENTE, A. (2007). "La reforma contable española de 2007", en *AECA: Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas*, núm. 80, págs. 2-7, pág. 2.

sustancialmente diferente tanto en operaciones entre empresas del Grupo como fuera de él.

### 2.5.3. Otras cuestiones controvertidas

Tras la exposición de las diferentes facetas en torno a la figura de la rama de actividad de la LIS conviene clarificar algunas cuestiones que son las que se han suscitado a lo largo de la vigencia del RFE y del concepto tributario de RA. Estas cuestiones son precisamente las que ayudarán a caracterizar la figura objeto de estudio.

Con anterioridad a la reforma en el concepto de rama de actividad introducido por la Ley 50/98, señalaba ANTÓN BASANTA<sup>138</sup> que a pesar de que en el informe para la reforma del IS se señalaba como uno de sus objetivos el clarificar el concepto de rama de actividad, tras la aprobación de la LIS continuaba resultando poco claro y daba lugar a dudas entre los contribuyentes si bien la introducción de la operación titulada genéricamente como “aportaciones no dinerarias” contenida en el art. 87 de la LIS (originalmente art. 108 de la LIS 43/1995) debía permitir evitar muchos de los interrogantes existentes hasta la entrada en vigor de la LIS 43/1995. Entre otros aspectos problemáticos se señala: (1) el momento en el cual debe considerarse la existencia de una rama de actividad, es decir, antes o después de la aportación (2) posibilidad de aportación de una cartera de valores es decir si una cartera de valores puede considerarse una rama de actividad a efectos de su aportación (3) aportación de inmuebles afectos a actividades empresariales, tratando de desvincular los inmuebles de donde se desarrolla la actividad del resto de la propia actividad (en opinión de Antón resulta indiferente que la actividad se desarrolle en un local propiedad de la empresa o de terceros siempre que una vez aportada la rama de actividad ésta se siga desarrollando en los mismos inmuebles) (4) aportación de cuentas a cobrar en el sentido de si la aportación de cuentas a cobrar vinculadas a una actividad debe incluirse en la propia aportación (5) aportación de un derecho de uso, a juicio de Antón en la medida que la aportación permita el desarrollo de la actividad objeto de la misma en la sociedad beneficiaria se cumplirían los requisitos<sup>139</sup>.

---

<sup>138</sup> ANTÓN BASANTA, A. (1998). “Capítulo 28. Régimen especial de las fusiones, escisiones,” , *op. cit.*, pág. 1840.

<sup>139</sup> En la misma línea se manifiesta SÁNCHEZ OLIVÁN, J. (1998). *La fusión y la escisión de sociedades, aportación de activos, cit.*, pág. 375.

### *2.5.3.1. Los pasivos vinculados a la rama de actividad*

Respecto de la aportación o no de las deudas vinculadas a la rama de actividad, una de las críticas realizadas por ARMESTO MACÍAS<sup>140</sup> a la transposición de la Directiva a la normativa española es que la ley española establecía como potestativas la inclusión de las deudas relativas a la actividad transmitida, y consideraba más acertado considerar la rama de actividad como un conjunto de elementos de activo y de pasivo, tal y como hacía la Directiva. Tras esta apreciación subyace, de nuevo, el concepto de rama de actividad respecto de si las deudas forman parte de la misma conceptualmente o, simplemente, no formando parte, se permite su aportación de forma conjunta de manera opcional y, en este caso, qué deudas se pueden transmitir.

LÓPEZ-SANTACRUZ<sup>141</sup> tras señalar que, efectivamente, podrán ser atribuidas a la sociedad adquirente las deudas contraídas por la sociedad aportante para la organización o el funcionamiento de los elementos que se traspasan, matiza que, en su opinión, podrán incluirse tanto las deudas que estén jurídicamente vinculadas a los elementos transmitidos (préstamo hipotecario) o cualquier otra que esté económicamente vinculada al funcionamiento de la rama de actividad aportada. Con cierta frecuencia nos encontraremos supuestos en que es prácticamente imposible vincular las deudas a alguno de los activos de la entidad, tanto si se traspasan como si no, en la medida en que los pasivos se han adquirido para el normal funcionamiento de la empresa que incluyen diferentes ramas de actividad.

Una postura más flexible es la de ANTÓN BASANTA<sup>142</sup> que considera que la LIS permite atribuir a la sociedad adquirente las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de los elementos que se traspasa otorgando carácter opcional a las aportaciones de pasivos que puedan estar afectos a una determinada rama de actividad. La LIS recoge en este aspecto la misma regulación que recoge el art. 60 del RD Ley 5/23 para la escisión parcial que permite que si la parte que se divide o segrega esté constituida por una o varias empresas establecimientos comerciales, industriales o de servicios, además de los otros efectos, podrán ser atribuidos a la sociedad beneficiaria

---

<sup>140</sup> ARMESTO MACÍAS, D. (1992). "Aportaciones no dinerarias de ramas de actividad", *op. cit.*, pág. 127.

<sup>141</sup> LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J. A. (2000). *Operaciones de reestructuración empresarial, op.cit.*, pág. 27.

<sup>142</sup> ANTÓN BASANTA, A. (1998). "Capítulo 28. Régimen especial de las fusiones, escisiones, ", *op. cit.*, pág. 1840.

las deudas contraídas para la organización o en el funcionamiento de la empresa que se traspasa<sup>143</sup>.

Curiosamente, sin embargo, en el subtipo de escisión parcial que denomina segregación (ya comentado con anterioridad) no se menciona de manera específica qué ocurre con los pasivos. Por tanto, no resulta claro si debemos entender que los pasivos necesariamente forman parte de la unidad económica y, por consiguiente, forman parte indisoluble del conjunto de elementos traspasados o bien, debemos entender que no forman parte y, dado que no hay una autorización expresa (como si ocurre en el supuesto anterior) no deben ser objeto de aportación.

Cabe recordar que al hablar de escisión parcial se menciona que la parte del patrimonio que se traspasa sea una “empresa o establecimiento”, mientras que en el caso de la segregación se habla “unidad económica”. Cabe pensar que esta distinción, en el rigor y precisión que se espera de una Ley, obedece a que se trata de conceptos distintos.

Sin embargo, la redacción de la norma española únicamente permite la atribución de aquellos pasivos contraídos para la organización o el funcionamiento de los elementos traspasados, dejando fuera, aparentemente, un grupo de pasivos que en muchas ocasiones serán importantísimos, cuantitativa y cualitativamente, como son los pasivos contraídos para la adquisición de los elementos traspasados. Entendemos que debería optarse por una interpretación amplia del concepto entendiendo que las deudas directamente vinculadas con la adquisición se incluyen dentro de los pasivos vinculados para la organización de los elementos patrimoniales en la medida que el término “*funcionamiento*” debe incluir, como parte necesaria del funcionamiento de los mismos, su propia existencia; carece, en principio, de sentido poder atribuir el pasivo circulante de la rama de actividad y no poder atribuir las deudas relacionadas con los propios elementos. Por otra parte, no hay ninguna razón para que en una operación de reestructuración no se atribuyan los pasivos vinculados con la adquisición de los bienes. Sin embargo, es criticable el poco rigor del legislador que obliga a interpretar la norma en base a su finalidad para buscar una aplicación lógica de la misma. El legislador pudiendo haber optado por una redacción que únicamente exigiera la vinculación de los pasivos a los activos transmitidos, ha limitado esa vinculación no admitiendo cualquiera (sólo los referidos a la organización o el funcionamiento). En cualquier caso, desde un punto de vista práctico, en muchas ocasiones no resultaría fácil determinar qué pasivos

---

<sup>143</sup> Idéntica redacción al art. 253.2 de la LSA y al art. 70.2 de la LME.

deben ser vinculados a unos determinados activos, en la medida que la financiación de la compañía no necesariamente hace esa distinción.

Otro elemento planteado por algún autor<sup>144</sup> es la obligatoriedad o no de que los pasivos vinculados directamente a la actividad se aporten o no junto con los elementos del activo. Pese a la redacción nítida respecto de este tema de la Ley, NAVARRO EGEA parece sostener que en los casos en los que haya un pasivo afecto a los bienes que se pretende transmitir es necesario incluirlos para poder hablar de una unidad económica autónoma, aunque podría tratarse de una rama de actividad. No creemos que sea una interpretación correcta en la medida que nunca los pasivos son necesarios para la realización de una actividad, ni confieren autonomía alguna, es tan solo una forma de financiación de los propios activos. Únicamente cabría hacer una mención especial al pasivo circulante por su intensa relación con la actividad; pese a ello entendemos que, dada la redacción de la norma, no es posible exigir de manera obligatoria la aportación de estos pasivos.

Una de las razones por las cuales no se atribuyen necesariamente los pasivos es la necesidad de, dependiendo de cómo se instrumente la operación desde el punto de vista mercantil, recabar el consentimiento del deudor o en su caso establecer unas garantías mercantiles suficientes lo que complicaría enormemente la operación. Dejando libertad a los sujetos intervinientes se logra una importante flexibilidad sin menoscabar la seguridad jurídica, como se analizará con posterioridad en el capítulo 4<sup>145</sup>.

En la STJUE Andersen & Jensen (Asunto C43/00) de 15 de enero de 2002, el Tribunal aborda el concepto de rama de actividad y, sobre todo, el papel que juegan los pasivos en la misma. Se trata de un supuesto en el que la entidad aportante previamente a una aportación no dineraria, solicitó un préstamo de importante cuantía con la intención de aportar esta deuda con el conjunto de elementos patrimoniales en la operación, mientras que el dinero recibido como consecuencia del endeudamiento no fue objeto de transmisión.

---

<sup>144</sup> Vid. NAVARRO EGEA, M. (1997). *Fiscalidad de la reestructuración empresarial*, op.cit., pág. 92.

<sup>145</sup> De hecho, en una opinión similar, ALONSO SOTO, R. J. (2004). "Las operaciones de fusión", en *Fusiones y Adquisiciones de empresas*, ÁLVAREZ ARJONA, J. M., CARRASCO PERERA, A. (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, págs. 497-518, pág. 515, entiende que el hecho de que se admita que puedan atribuirse las deudas no desvirtúa el concepto de rama de actividad, sino que más bien lo completa.

El artículo 2 i) de la Directiva 90/434/CEE (actual artículo 2 j) de la Directiva 2009/133/CEE) define la rama de actividad como el conjunto de elementos de activo y de pasivo de una división de una sociedad que constituyen desde el punto de vista de la organización una explotación autónoma, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios. A diferencia de la legislación española, no se hace una mención expresa sobre la posibilidad de atribución de las deudas contraídas para la organización de los elementos traspasados. El TJUE interpreta que el legislador comunitario considera que deben ser traspasados todos los elementos de activo y de pasivo que forman parte de la rama de actividad.

En el caso objeto de sentencia, o bien tanto el dinero recibido como las deudas formaban parte de la rama de actividad o bien no lo formaban ninguno de los dos. Dada la relación entre ambos era imposible disociarlos. En consecuencia, , no se produce aportación de activos con arreglo a dicha directiva cuando media una transacción que estipula que la sociedad transmitente retendrá el capital de un préstamo de elevada cuantía suscrito por ésta y transferirá a la sociedad beneficiaria de la aportación las obligaciones correspondientes al mismo.

Como señala SANZ GADEA<sup>146</sup>, la sentencia encierra dos claves interpretativas. La primera es el requisito de íntegra transmisión de todos los elementos patrimoniales afectos a la rama de actividad y la segunda es sugerir que la operación específicamente examinada implica el resultado práctico propio de la transmisión a título de compraventa de la rama de actividad.

Desde un punto de vista práctico, la entidad transmitente ha recibido previamente una cantidad de dinero que podría equivaler al precio de la compraventa y transmite unos bienes que podrían ser el objeto de la venta. Dada la cantidad de deuda incorporada, incluso la futura transmisión real de las participaciones recibidas con motivo de la aportación podría tener un valor tendente a cero euros.

En España, el artículo 76.4 de la 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. Este mismo precepto indica que podrán ser atribuidas

---

<sup>146</sup> SANZ GADEA, E. (2022). “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *op. cit.*, pág. 5.



a la entidad adquirente las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de los elementos que se traspasan.

En su análisis, SANZ GADEA considera que la norma española, por un lado, reproduce la norma comunitaria y, por otro, admite que la rama de actividad puede comprender pasivos financieros, en cuanto estén vinculados a los activos que se traspasan. Según su criterio, los pasivos en los que no concurra tal relación no forman parte de la rama de actividad dejando la norma sin precisar la consecuencia de la ausencia de esa relación. Por ello, en Derecho español, una operación como la descrita entiende que permitiría la facultad de calificación que el artículo 13 de la LGT confiere a la Administración tributaria, identificando el precio de la transmisión como el importe del pasivo minorado en el valor razonable de las acciones o participaciones recibidas que, confrontado con el valor fiscal de los activos transferidos determinaría la renta fiscal habida por la entidad transmitente.

La realidad es que la norma española (art. 76.4 de la LIS) es diferente del contenido la norma comunitaria. Así como en la Directiva queda claro que la rama de actividad lo constituyen la totalidad de elementos de activo y pasivo que constituyen una explotación autónoma, la LIS, de modo indirecto, deja claro que los pasivos no forman parte de la rama de actividad ya que, tras definir la rama de actividad como el conjunto de elementos que la determinan, añade la posibilidad de atribuir las deudas vinculadas. Un simple razonamiento lógico obliga a concluir que si se deben traspasar todos los elementos que forma la explotación económica y, con posterioridad, se añade la posibilidad de aportar los pasivos, éstos no pueden formar parte de la propia explotación económica.

No obstante, aplicando la normativa española, muy probablemente, la conclusión sería que no existe una vinculación suficiente entre esos pasivos y los elementos patrimoniales que justifique su aportación. Otro elemento a valorar en este caso, bajo la normativa española, serían las consecuencias de la denegación de estos pasivos puesto que, estrictamente hablando, se habrían cumplido todos los requisitos para entender aplicable el RFE a la aportación no dineraria. Sin embargo, no se debería admitir la aportación conjunta de unos pasivos que no estaría vinculados a los elementos patrimoniales.

Desde el punto de vista interno, existen tres sentencias del TS que versan sobre el mismo tema. Del conjunto de todas ellas no parece que existe un criterio absolutamente claro al respecto.

La STS de 5 de abril de 2011 recoge un supuesto parecido al anterior en el que se realiza una aportación de rama de actividad previo endeudamiento notable de la misma y, obviamente, con aportación del nuevo pasivo. El TS entendió que no se trataba de una aportación de rama de actividad sino de una simple aportación de activos y pasivos puesto que, con posterioridad, mediante un aumento de capital en la entidad beneficiaria un nuevo socio pasaba a controlarla. La relevante, es que el TS llegó a esta conclusión sin aplicar la cláusula antiabuso del régimen ni la existencia de fraude de ley previsto entonces en la LGT.

La STS de 23 de mayo de 2016 determinó que lo que había detrás de la operación de aportación de activos (en este caso, un inmueble) y pasivos, previo endeudamiento por un valor muy similar al valor del inmueble, era, en realidad, una operación de compraventa. Se aplicó la norma antielusión al verificarse la ausencia de motivos económicos válidos.

Finalmente, el TS se ha pronunciado recientemente (STS 3677/2021, de 1 de octubre de 2021) sobre la aplicación del régimen especial de reestructuración empresarial de la LIS a las rentas derivadas de aportaciones no dinerarias de bienes junto con deudas. El fallo realiza una integración analógica del concepto de aportación no dineraria y su regulación (art. 94 TRLIS) con la regulación de las aportaciones de rama de actividad (art. 83 TRLIS) (a pesar de haber afirmado que no procede dicha analogía).

El TS descarta sorprendentemente el riesgo de fraude de ley sugerido por la Administración y por la Audiencia Nacional y, sobre la base de la admisión de los motivos económicos válidos de la operación por las partes, admite el derecho al diferimiento del gravamen sobre toda la plusvalía, incluso la que corresponde al valor del bien compensado con deudas.

La doctrina<sup>147</sup> en general ha sido muy crítica con esta sentencia por entender improcedente la analogía como método para resolver el caso planteado, así como la posibilidad de incurrir en un fraude de ley instrumentado a través de una aportación no dineraria. No se considera procedente la integración analógica del art. 94 y directamente no se aplicaría el RFE tributando por la plusvalía que en la operación se elimina al generar

---

<sup>147</sup> SIMÓN YARZA, M<sup>a</sup>.E. (2022). “Analogía y fraude de ley en aportaciones no dinerarias (comentario a la STS 3677/2021, de 1 de octubre de 2021)”, en *Nueva fiscalidad*, núm. 1, págs. 199-210.

la referida deuda y debiendo tributar adicionalmente por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas.

#### *2.5.3.2. La preexistencia de la rama de actividad*

Hemos visto como la redacción de la definición de rama de actividad en la LIS se modificó a partir de 1999 introduciendo el matiz de “susceptibilidad” de constituir una unidad económica autónoma, mientras la Directiva mantiene la definición que exige para su transmisión que el conjunto de elementos constituya una explotación económica. Efectivamente, el hecho de que, con la redacción introducida por la Ley 50/98 no se exija que el conjunto de elementos constituya una unidad económica autónoma, sino tan solo que sea susceptible de constituirla permite, además de aclarar el concepto, flexibilizarlo y permitir que puedan realizarse otras operaciones acogidas al régimen fiscal especial. Con anterioridad a esta modificación parecía claro que la unidad económica tenía que estar constituida tanto en sede de la transmitente como de la adquirente o de las dos<sup>148</sup> (en la medida que tenía que constituir una unidad económica, evidentemente tenía que verificarse el requisito antes de la aportación, pues era condición necesaria para poderse realizar; a partir del hecho de que era una unidad económica autónoma el traslado de la misma de una entidad jurídica a otra no podía alterar su composición por cuanto en ese caso no sería autónoma).

Esta redacción que se ha mantenido invariable hasta la actualidad obliga a reflexionar sobre la diferencia entre un conjunto de elementos que forman una unidad económica autónoma y un conjunto de elementos que son susceptibles de formarla. En nuestra opinión la norma pretende admitir dentro de las operaciones de reestructuración a la que se aplique el régimen fiscal protegido aquellos supuestos en los que se aporte un conjunto de elementos que no necesariamente conformen una unidad económica como tal en ese momento (podrían estar cada uno de los elementos integrados en diferentes

---

<sup>148</sup> La Resolución de la DGT de 11 de marzo de 1994 aclaró uno de los elementos que más controversia habían suscitado como era en sede de quién debía entenderse que se cumplían las condiciones necesarias para la consideración de rama de actividad. De acuerdo con el redactado de la misma si los elementos aportados eran susceptibles de desarrollar una actividad empresarial en la explotación de dichos elementos debía considerarse que existía rama de actividad, lo que implícitamente indicaba que debía ser en la entidad adquirente donde debían cumplirse los requisitos exigidos.

Parece claro que esta resolución mantenía un criterio totalmente diferente a las anteriores, por cuanto el supuesto de la Resolución de la DGT de 14 de julio de 1992 sí permitía desarrollar la actividad en sede de la adquirente.

unidades económicas e incluso, ni siquiera estar afectos a una actividad económica), pero que una vez juntos pueden formar esa unidad económica. Ello permitiría segregar y crear al mismo tiempo diferentes actividades de la compañía<sup>149</sup>.

Parece una idea que encaja perfectamente con la finalidad de la norma, la de facilitar (o no entorpecer) los movimientos estructurales que fomenten la actividad económica y, por tanto, la creación de riqueza y de empleo. Aunque hoy no se pueda entender que existe una rama de actividad, se facilitarían que existiera en el futuro.

Sin embargo, lo que es sorprendente (y extremadamente criticable) es que la norma no exige siquiera que ese conjunto de elementos, a partir de la realización de la aportación de rama de actividad, efectivamente conformen una unidad económica autónoma. Es decir, podría darse el caso de que ese conjunto de elementos ni siquiera se afecten a una actividad económica o que se afecten, por separado, a diferentes unidades económicas. Evidentemente, esta posibilidad permitida por la norma y que no impediría acoger la operación al régimen fiscal especial, escapa totalmente de la finalidad pretendida por la Ley<sup>150</sup>.

Para tratar de responder a las numerosas dudas que se suscitan (y que se han suscitado con cada una de las definiciones de rama de actividad), debemos partir de la consideración de que la finalidad de la norma es facilitar las reorganizaciones empresariales que obedezcan a una necesidad real de optimizar la estructura societaria del grupo manteniendo, en principio, los diferentes tipos de actividades que se desarrollaban al inicio (de ahí la necesidad de la autonomía de las ramas de actividad).

---

<sup>149</sup> Sin embargo, pese a la modificación del art. 97.4 de la LIS 43/1995, la DGT (entre otras, respuesta a consulta vinculante de 23 de julio de 2002) ha seguido insistiendo en la necesidad de que la unidad económica autónoma debe existir tanto en la transmitente como en la adquirente, con el etéreo argumento de que el concepto de rama de actividad lleva implícito la existencia en sede la entidad transmitente.

<sup>150</sup> Así en la Resolución de 14 de julio de 1992 la DGT niega la posibilidad de que un edificio arrendado por una sociedad a otra donde se desarrolla una determinada actividad pueda ser considerado rama de actividad en la medida que se trata de un mero elemento patrimonial en la sociedad aportante y a que no requiere de una organización empresarial propia para su funcionamiento como lo ratifica el hecho de que en la sociedad receptora no se va a continuar con la misma actividad de arrendamiento. En esta consulta se aclara el contenido de los dos requisitos contenidos en la Ley 29/1991. Así, por explotación económica debe entenderse el conjunto de medios personales y materiales que por sí mismos constituyen una organización empresarial y por autonomía debe entenderse que esté separada del resto de la estructura de la sociedad necesaria para el desarrollo de la actividad que se aporta y además que permita continuar la misma en sede de la adquirente.

La doctrina administrativa<sup>151</sup> y la jurisprudencia se han manifestado de manera casi unánime en la exigencia de la existencia de la rama de actividad en sede de la transmitente previamente a su aportación. Hay supuestos aislados en sentido contrario (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 27 de diciembre de 2004) y sentencia de la AN de 23 de septiembre de 2009).

En nuestra opinión, la redacción de la LIS claramente no exige la existencia, sino que basta la posibilidad de que ese conjunto de elementos la pudieran constituir (aunque en ese momento no lo hagan por la razón que fuera). Entendemos que tanto la Administración como los Tribunales se extralimitan en su interpretación por el temor de que se utilice para operaciones fraudulentas.

Una interpretación demasiado amplia supondría entender que prácticamente cualquier conjunto de activos es susceptible de formar una unidad económica autónoma y una interpretación restrictiva obligaría a que ese conjunto contuviera, al menos, los elementos básicos para el funcionamiento de la actividad.

Finalmente, conviene reseñar que, a diferencia de lo que ocurría en la LIVA en su redacción original, la LIS no exige el mantenimiento del tipo de actividad objeto de la rama en la entidad adquirente. Lógicamente, no tiene mucho sentido la transmisión de los elementos (al menos, de la mayoría) ya que eso motivaría una alteración patrimonial, pero sí pueden ser dedicados a cualquier otra actividad.

Aunque en absoluto la LIS exige actividades económicas diferenciadas ni la Directiva tampoco, la doctrina administrativa y cierta jurisprudencia se decantaron inicialmente por exigir la existencia de actividades económicas diferenciadas.

Este criterio se ha ido flexibilizando de manera que en los supuestos en los que el transmitente ejerciera una única actividad, la DGT entiende que para determinar la existencia de una rama de actividad precisará la existencia de una organización separada, con un modelo de gestión diferenciado determinante de diferentes explotaciones económicas autónomas.

Por tanto, es posible determinar la existencia de una rama de actividad en situaciones en las que solo se desarrolla una actividad, pero será necesario acreditar con mucha

---

<sup>151</sup> Incluso hay una consulta vinculante de 24 de marzo de 2009 (V0575-09) que exige la existencia de una organización de medios materiales y personales que determinen la realización de una actividad empresarial constitutiva de una rama de actividad con al menos 1 año de antelación a la fecha de la aportación.

claridad estructuras de gestión separadas que obedezcan a razones estructurales, más allá de las puramente geográficas.

### *2.5.3.3. La integridad y características de los activos de la rama de actividad*

Con la redacción original del concepto de rama de actividad de la norma, aplicando una interpretación lógica, ya se entendía mayoritariamente que cuando se habla de los elementos que forman una unidad económica parece claro que únicamente se está refiriendo a los elementos fundamentales. Es perfectamente posible que existan elementos comunes al desarrollo de las diferentes ramas de actividad (i.e. inmueble) que, entendemos, no necesariamente deben ser transmitidos excepto en el supuesto de que se dediquen con exclusividad a la rama de actividad objeto de la aportación no dineraria. La modificación de la Ley 50/98 no aclaró esta posibilidad en la medida que, aunque, con el nuevo redactado bastaba que se aporten un conjunto de elementos que puedan llegar a constituir una unidad económica autónoma, lo cierto es que es necesario que, de forma efectiva, y sin incorporación de nuevos activos puedan operar realmente.

Esta conclusión que probablemente pueda ser compartida por la mayoría de autores que han tratado el tema, resulta de nuevo vacía de contenido en la medida que en ocasiones parte de los elementos necesarios para realizar la actividad no son propiedad de la entidad que la realiza, sino que son cedidos por terceros (a través de cualquier tipo de contrato apropiado: arrendamiento, cesión de uso, etc.). Por tanto, si un conjunto de elementos que efectivamente están funcionando de forma autónoma requiere de la cesión de algún elemento para su uso por parte de un tercero, nadie negaría su consideración de rama de actividad. En consecuencia, tampoco deberá negarse la consideración de rama de actividad a ese mismo grupo de elementos, aunque nadie les ceda el uso de cualquier otro elemento necesario para su actividad<sup>152</sup>. Es decir, la cesión o no de terceros de determinados activos no debería ser definitivo para entender que se trata o no de una rama de actividad.

---

<sup>152</sup> En la Resolución de 10 de octubre de 1992, la DGT interpretó que no existía rama de actividad si se traspasaban todos los activos afectos a la actividad excepto el inmueble donde se realizaban que sería traspasado con posterioridad y que sería arrendado a la sociedad hasta ese momento. Si dejó claro, no obstante, que no era imprescindible traspasar los pasivos afectos a la actividad para que tuviera la consideración de rama de actividad.

Podría argumentarse que es necesario que dentro del conjunto de elementos se incluya el derecho de uso de esos elementos. Sin embargo, resulta evidente que en muchas ocasiones el tercero no estará dispuesto a ceder a otro sujeto distinto del inicial el bien de que se trate y, en otras ocasiones, serán los propios sujetos aportante y beneficiario los que no quieran tal posibilidad (por ejemplo, si la reestructuración obedece a temas geográficos y se trata de un contrato de arrendamiento de un inmueble donde no se quiere desarrollar la actividad).

Tal y como hemos visto durante el análisis, la DGT (Consulta vinculante DGT V2274-09 de 9 de octubre de 2009) ha entendido que bastará con transmitir aquellos elementos que permitan el mantenimiento de la RA en sede de la adquirente incluso, en confluencia con los existentes previamente en ésta.

Tanto la LIS como la Directiva utilizan la palabra “aportación” para referirse a la traslación de los activos entre entidad transmitente y adquirente. Por ello entendemos que basta con la disponibilidad de los mismos con independencia del título jurídico que lo ampare.

En el mismo sentido, la DGT ha considerado que no existe impedimento a que se excluya el inmueble del patrimonio escindido o aportado, siempre que pueda ser utilizado por el adquirente en virtud de título distinto al de propiedad. Este criterio ha sido reiterado en multitud de ocasiones<sup>153</sup>.

En el caso de los supuestos en los que se desea aportar un conjunto de participaciones que suponen una cartera de control, NAVARRO EGEA<sup>154</sup> defiende la imposibilidad de considerarlo rama de actividad en la medida que no supone el ejercicio de una actividad empresarial. En la misma línea, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de diciembre de 1991<sup>155</sup> en la que, interpretando la Directiva en una operación interna de Derecho Holandés, el Tribunal entendía que no podía ampararse bajo el régimen de la Directiva una operación en la que básicamente se producía una

---

<sup>153</sup> Consultas vinculantes DGT V0005-00 de 9 de febrero de 2000, V0418-06 de 8 de marzo de 2006, V0620-07 de 27 de marzo de 2007, V2092-08 de 7 de noviembre de 2008 y V1244-11 de 18 de mayo de 2011.

<sup>154</sup> NAVARRO EGEA, M. (1997). *Fiscalidad de la reestructuración empresarial*, op.cit., pág. 92.

<sup>155</sup> En el Asunto 164/90 el Tribunal responde a una cuestión prejudicial planteada por el HogeRaad der Nederlanden que indicaba que la aportación de un conjunto de acciones que una sociedad posee en otra no constituye rama de actividad, aun cuando represente el 100% del capital de ésta.

El Tribunal no se plantea, pues no era el supuesto de hecho, que hubiera ocurrido si se tratara de una sociedad que entre otras actividades ejerciera de “cartera de control”, y aportara junto con las propias acciones el resto de activos, y en su caso pasivos, que destina a esa actividad.

aportación de valores como grupo de acciones al negar la existencia de una rama de actividad.

Como bien indica el Tribunal en la referida Sentencia, en una operación de Derecho interno, sólo se limita a interpretar la Directiva sin que pueda valorar su aplicación según la normativa interna, incluyendo la transposición de la Directiva al Derecho interno. De acuerdo con ello, las referencias a la Directiva y a la interpretación que de ella haga el Tribunal de las Comunidades Europeas sólo deben ser válidas para aquellas operaciones a las que les sea de aplicación la Directiva, es decir, aquellas en las que intervengan entidades de más de un estado miembro.

Esta conclusión es importante en el caso español, básicamente, por dos razones. En primer lugar, en la legislación española, en el que se ha incorporado a las operaciones internas un tratamiento prácticamente idéntico al tratamiento de la Directiva, la redacción de la Ley española no es idéntica a la de la Directiva, lo cual supone que las discordancias existentes, en ningún caso permiten ser interpretadas a favor del texto de la Directiva respecto de aquellas operaciones a las que no les es aplicable. El legislador español, por cualquiera que fuera la razón, introdujo una serie de diferencias a la hora de incorporar a la legislación interna española la regulación de las operaciones de reestructuración que, pese a que sin duda está basado en la Directiva, no obliga a que sea idéntica.

En segundo lugar, porque en la regulación, aún en aquellas partes idénticas entre Directiva y legislación española, se hace referencia a otros conceptos no regulados específicamente en la normativa comunitaria y que, lógicamente, a efectos de la normativa interna deben ser interpretados de acuerdo con el conjunto de la legislación española y no de acuerdo con la interpretación comunitaria. Así, por ejemplo, en el caso citado de la consideración o no de la actividad de “sociedad holding” como rama de actividad no es posible olvidar que en nuestro Derecho Tributario<sup>156</sup> se considera la actividad de tenencia de valores con la finalidad de gestionar y administrar las participaciones, siempre que se cuente con los medios humanos y materiales para ello, como una actividad empresarial<sup>157</sup>.

---

<sup>156</sup> *Vid.* Art. 78 de la Ley del I.S. que considera activos afectos a los valores que reúnan las condiciones citadas para determinar la inclusión o no de esas entidades en el régimen de transparencia fiscal.

<sup>157</sup> La Resolución de 26 de julio de 1995 en la que la DGT entendió que la cartera de valores, cuando se trata de participación de control en los términos del art. 12 del RD 1841/1991 (que se disponga



Por otra parte, la DGT (cuyas opiniones, pese a ser de escaso<sup>158</sup> valor legal, tienen una influencia evidente desde el punto de vista práctico en las decisiones de los sujetos pasivos) ha mantenido una actitud errática y, en algunos casos, sorprendente respecto a los aspectos concernientes a este régimen legal<sup>159</sup>.

De la dificultad de concluir respecto de en qué casos podemos apreciar la existencia de una rama de actividad es buena muestra el hecho de las variadas y diferentes conclusiones que los autores alcanzan a este respecto. Por ejemplo, NAVARRO EGEA<sup>160</sup> en su documentado trabajo sobre la fiscalidad de la reestructuración empresarial concluye que los datos más significativos para determinar la existencia de una rama de actividad son los siguientes:

1. Que los elementos patrimoniales transmitidos constituyan un conjunto organizado en el que se integren aquellas deudas que se encuentran afectas a los bienes y derechos objeto del traspaso.
2. Que esa unidad permita apreciar su autonomía en el marco de la estructura organizativa de la entidad transmitente
3. Que sea idónea para ejercicio una actividad empresarial susceptible de funcionar por sus propios medios

---

directamente de, al menos, un 50 por cien de los derechos de voto en otras, y se dirijan y gestionen el conjunto de las actividades empresariales de éstas mediante la correspondiente organización de los medios humanos y materiales para su gestión) constituye rama de actividad.

<sup>158</sup> No decimos nulo, por la controvertida redacción del art. 206 bis LGT que, de alguna manera, otorga consecuencias legales (pasan a ser considerados infracción administrativa los supuestos de conflicto en la aplicación de la norma tributaria) al establecimiento de criterio administrativo (por ejemplo, a través de resoluciones a consultas vinculantes).

<sup>159</sup> La Resolución de la DGT de 9 de enero de 1995 acuñó un término de difícil calificación jurídica y más difícil adecuación en la normativa vigente como es el de *“prolongación de rama de actividad”*. La sociedad consultante había realizado previamente una aportación no dineraria por su rama de actividad inmobiliaria a otra sociedad. Como quiera que seguía recibiendo con regularidad inmuebles procedentes de adjudicaciones en pago de créditos consultó si era posible realizar posteriores aportaciones por estos inmuebles. Sorprendentemente, la DGT entendió que dichos inmuebles constituían una prolongación de la rama de actividad aportada al tener el mismo origen y destino que aquéllos que integraron la original rama de actividad aportada.

La Resolución de 28 de noviembre de 1994 precisa que no es óbice para la consideración de rama de actividad el hecho de que como consecuencia de una aportación no dineraria la sociedad resultante sea una sociedad tenedora de acciones. En la práctica esto significa la posibilidad de aportar a una sociedad la totalidad de los elementos patrimoniales de cualquier compañía que constituyan una o varias ramas de actividad recibiendo a cambio títulos representativos de la sociedad receptora que podrían constituir el único activo de la sociedad aportante.

<sup>160</sup> NAVARRO EGEA, M. (1997). Fiscalidad de la reestructuración empresarial, op.cit., pág. 94

Debemos matizar estas conclusiones respecto de los tres datos que considera como más significativos para determinar la existencia de una rama de actividad:

1. No creemos que sea necesario integrar dentro del conjunto transmitido las deudas que se encuentran afectas a los bienes y derechos objeto de traspaso.
2. Con la nueva redacción de la ley no es necesario que la autonomía se aprecie en el marco de una estructura organizativa. Y, en cualquier caso, no resulta claro que tenga que valorarse en el marco de la entidad transmitente sino perfectamente podría hacerse de manera autónoma.
3. No es necesario que la estructura sea idónea para el ejercicio de una actividad empresarial, basta que sea susceptible de formarlos. Incluso la modificación introducida en el concepto por la Ley 27/2014 da a entender que la adquirente puede no ser una sociedad lo cual aleja el concepto de actividad empresarial.

### **3. Aportaciones no dinerarias especiales**

#### **3.1. Incorporación al ordenamiento español**

La llegada de la LIS 43/1995 incorporó en su art. 108 una figura totalmente ajena a la Directiva 90/434/CEE (que tampoco se incorporó con posterioridad a la Directiva 2009/133/CE) como son las que han venido a denominarse aportaciones no dinerarias especiales<sup>161</sup>. Si bien cabe decir que, bajo este título, el original art. 108 de la LIS 43/1995 (actual art. 87 de la LIS) contemplaba no solo las aportaciones no dinerarias que no sean de rama de actividad con los requisitos que ahora veremos, sino también las aportaciones no dinerarias realizadas por personas físicas, empresarios o profesionales, las referencias a las aportaciones no dinerarias especiales en el presente apartado se hacen unánimemente a las primeras y así nos referiremos en el mismo, dejando las realizadas por personas físicas y su problemática para un posterior estudio.

De forma muy simple, las aportaciones no dinerarias especiales permitían (y permiten) realizar bajo el paraguas del RFE aportaciones no dinerarias cuando los elementos no constituían una rama de actividad cumpliendo otra serie de requisitos más fáciles de reunir.

---

<sup>161</sup> El título de original art. 108 que las denominaba así fue sustituido por la modificación introducida en el régimen por la Ley 24/2001 que las pasó a denominar “aportaciones no dinerarias”. En el presente trabajo, para mayor claridad, nos referiremos a ellas con su título original de “aportaciones no dinerarias especiales”.

Los autores han justificado de diferentes maneras la introducción de esta figura en el marco de un régimen fiscal extremadamente beneficioso para determinadas operaciones. Así, NAVARRO EGEA<sup>162</sup> considera que la introducción de este tipo de operaciones en la ley pone de manifiesto que el legislador no está pensando en la tributación de unas particulares operaciones societarias sino que sus pretensiones abarcan una realidad más amplia. Navarro indica que el legislador es consciente de que a través de estas operaciones se pueden llevar a cabo importantes procesos de reestructuración, sobre todo en lo referente a la formación y reorganización de grupos de sociedades; la satisfacción de esta finalidad es argumento suficiente para que se beneficien de un tratamiento tributario neutral en el marco de unas condiciones similares a las aportaciones no dinerarias de rama de actividad.

Efectivamente, la finalidad de la norma parece ser el facilitar las reestructuraciones empresariales pero, cabe preguntarse, cuáles son los elementos definatorios que permiten que esta figura se beneficie de este régimen fiscal y no otras que, de una manera u otra, también persiguen alcanzar una mejor estructura jurídica empresarial para el logro de sus fines económicos<sup>163</sup>. Sin llegar al extremo de VICENT CHULIÁ<sup>164</sup> que estima que esta figura difícilmente puede ser considerada de modificación estructural, sí que parece poco justificada la introducción de la misma y la exigencia de sus requisitos frente a muchas otras posibilidades existentes no contempladas en el RFE.

La introducción del concepto de las aportaciones no dinerarias especiales para ANTÓN BASANTA<sup>165</sup> obedece fundamentalmente al régimen establecido por el art. 15 de la LIS 43/1995 respecto de las rentas generadas como consecuencia de la realización de las aportaciones dinerarias, en las que frente al antiguo régimen de cuantificación en función de unas reglas objetivas de valoración se pasó a un sistema en el que primaba el valor de mercado de los elementos aportados. Este sistema podría frenar una serie de operaciones de reestructuración, habituales por parte de los sujetos pasivos, que no

---

<sup>162</sup> NAVARRO EGEA, M. (1997). *Fiscalidad de la reestructuración empresarial*, op. cit., pág. 95.

<sup>163</sup> Lo que aún resulta menos explicable es porque, como veremos con posterioridad, el régimen fiscal respecto del resto de impuestos (al margen del IS) es diferente en el caso de las aportaciones no dinerarias especiales.

<sup>164</sup> VICENT CHULIÁ, F. (2001). "Introducción", *op.cit.*, pág. 20.

<sup>165</sup> ANTÓN BASANTA, A. (1998). "Capítulo 28. Régimen especial de las fusiones, escisiones, ", *op. cit.*, pág. 1969.

necesariamente cumplían los requisitos para ser considerados aportaciones de ramas de actividad.

La aportación no dineraria especial es, por tanto, una figura no recogida ni en la Ley 29/1991 ni en las Directivas 90/434/CEE y 2009/133/CE por lo que, en principio, sólo será aplicable a las operaciones internas. La menor exigencia respecto de los requisitos para su aplicación ha permitido que numerosas operaciones que no hubieran podido acogerse al régimen fiscal especial tanto de aportaciones no dinerarias de rama de actividad, como de canje de valores se hayan podido realizar por reunir los requisitos previstos para las aportaciones no dinerarias especiales.

La propia redacción del apartado 1 del art. 87 LIS (equivalente al original art. 108 LIS 43/1995) y su ubicación en la Ley ya refleja que esta modalidad de aportación se configura como un “intruso” en el régimen fiscal especial en la medida que aparece al final del capítulo una vez definidas en un artículo diferente el resto de operaciones y su régimen fiscal.

En su redacción original del art. 108 de la LIS 43/1995, básicamente, lo que permitía era la aplicación del régimen fiscal previsto en el capítulo VIII del título VIII de la LIS a las aportaciones no dinerarias en las que concurrieran dos requisitos:

1. Que la entidad beneficiaria de la aportación fuera residente en territorio español o realizase actividades en el mismo por medio de un establecimiento permanente al que se afectasen los bienes objeto de la aportación.
2. Que, una vez realizada la aportación, el sujeto pasivo (del IS o del IRPF) que realizase la aportación participara en los fondos propios de la entidad beneficiaria en, al menos, el 5%.

Se añadía un apartado adicional, el 3, que establecía que los elementos aportados no podían ser valorados, a efectos fiscales, por un valor superior a su valor de mercado.

Antes de entrar en el análisis de los requisitos exigidos, cabe decir que, de nuevo, se volvía a mencionar el término aportaciones no dinerarias sin que se definiera correctamente el concepto. Con lo cual, en principio, resulta plenamente aplicable todo aquello referido a las aportaciones no dinerarias de rama de actividad respecto de la concreción que representaba.

ANTÓN BASANTA<sup>166</sup> se plantea si el régimen del art. 108 LIS 43/1995 es un régimen residual o es un régimen establecido al mismo nivel que el resto de operaciones previstas en el régimen fiscal especial. Es decir, se plantea si, cumpliendo los requisitos para que operación sea considerada canje valores o aportación no dineraria de rama de actividad, deben prevalecer éstas en todo caso y, únicamente, en ausencia de los requisitos para que se trate de este tipo de operaciones, puede ser considerada aportación no dineraria especial o bien el sujeto pasivo tiene libertad desde el inicio para considerar la operación como aportación no dineraria especial aunque también reúnan requisitos para ser considerada otro tipo de operación. Este planteamiento no es meramente teórico, sino que tiene una indudable aplicación práctica (por ejemplo, como hemos visto, podría tener incidencia en su calificación a efectos de la sujeción o no de la operación al IVA).

Si bien el redactado del régimen especial, tal y como hemos explicado con anterioridad, no exigía (y no exige), formalmente, que la figura a través de la cual se instrumente la operación sea una aportación no dineraria, en el caso de las aportaciones no dinerarias especiales, en cambio, se indica que el régimen se aplicará a las aportaciones no dinerarias en la que concurran determinadas condiciones. La primera pregunta que se plantea es si para todas las operaciones reguladas en el actual art. 87 LIS se exige la existencia de una aportación no dineraria en sentido societario o bien deberemos optar por una interpretación integradora de la norma y admitir que las mismas operaciones que permitían realizar aportaciones no dinerarias de rama de actividad deben ser aquí admitidas. A nuestro juicio la única interpretación posible es admitir, al menos, las mismas operaciones que son aceptadas para las AND de rama de actividad sin que ello contraría en ningún momento la literalidad de la norma<sup>167</sup>.

Básicamente, a efectos de su análisis, los requisitos exigidos inicialmente por el art. 108 de la LIS 43/1995 para la aplicación del régimen fiscal especial a las aportaciones no dinerarias especiales eran muy sencillas: (a) residencia de las entidades que intervienen en la operación y (b) participación en la entidad adquirente<sup>168</sup>.

---

<sup>166</sup> ANTÓN BASANTA, A. (1998). "Capítulo 28. Régimen especial de las fusiones, escisiones, ", *op. cit.*, pág.1960.

<sup>167</sup> *Ibidem*, pág. 1972, todo y ser partidario de la interpretación integradora, considera que ello sí contraría la literalidad de la norma en la medida que se estaría aceptando operaciones que no son propiamente aportaciones no dinerarias desde el punto de vista mercantil.

<sup>168</sup> LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J. A. (2000). *Operaciones de reestructuración empresarial, op.cit.*, pág. 361.

Conviene señalar que la Ley 50/1998 corrigió un error técnico como era la referencia a que los bienes objeto de aportación se afectasen (se entiende que tras la aportación) a un establecimiento permanente en España en el supuesto de que se tratara de una entidad no residente. Se trataba de mantener la capacidad de tributación futura sobre los mismos. Por ello se sustituyó la palabra “afectan” por “afecten”.

La Ley 24/2001 sí introdujo modificaciones de calado al respecto sin que en la Exposición de Motivos se expliquen las razones de estas modificaciones. Para empezar, modificó el título del artículo e, indirectamente, la denominación de este tipo de operaciones eliminando el calificativo de “especiales”.

Pero más allá de esta modificación estética se incorporó la posibilidad de aportación de acciones o participaciones sociales por personas físicas. Hasta esta modificación, las personas físicas (contribuyentes del IRPF en sentido estricto) sólo podían realizar canjes de valores (lo que exigía una participación superior al 50%) o aportaciones de rama de actividad o de elementos afectos a actividades empresariales (lo que parecía excluir las acciones o participaciones pese a lo ya referido sobre la actividad empresarial de las denominadas “sociedades holding” con medios humanos y materiales para dirigir y controlar sus participaciones). Con esta modificación los contribuyentes del IRPF pasaron a poder realizar aportaciones no dinerarias bajo el régimen fiscal especial cumpliendo, además de los dos requisitos citados con carácter general, los siguientes:

1. Que la entidad emisora de los títulos sea residente en territorio español y no tenga la cualidad de sociedad transparente (tal y como se definía en aquel momento en el Capítulo VI del título VIII de la Ley).
2. Que los títulos recibidos representen un 5% de los fondos propios de la entidad.
3. Que se hayan poseído ininterrumpidamente con un año de antelación antes de la fecha de aportación.

Fruto de correcciones técnicas y de modificaciones en la propia LIS, la Ley 46/2002 sustituyó el requisito citado, es decir, que a la entidad emisora de los títulos aportados en el supuesto de aportaciones no dinerarias de contribuyentes del IRPF no se le podía aplicar el régimen de transparencia fiscal por el requisito de que no se le pudiera aplicar el régimen especial de las agrupaciones de interés económico, españolas o europeas, y de uniones temporales de empresas ni el de sociedades patrimoniales.

La Ley 35/2006 añadió a los requisitos del párrafo anterior exigidos a la entidad emisora de los títulos, un requisito nuevo en la medida que exigía que esta misma entidad adquirente de los bienes no tuviera como actividad principal la gestión de un patrimonio

mobiliario o inmobiliario en los términos del art. 4.Ocho.Dos de la Ley del IP y no cumpliera los requisitos del art. 116.1, cuarto párrafo de la LIS.

Se trataba de evitar las aportaciones no dinerarias a entidades que no realizaran, en realidad, una actividad empresarial, sino que, básicamente, fueran gestoras de un patrimonio mobiliario o inmobiliario. A estos efectos, según la Ley del IP si durante más de 90 días del ejercicio social más de la mitad de su activo estuviera constituido por valores o no estuviera afecto a actividades económicas se trataría de una entidad de este tipo. El art. 116.1 exigía unos requisitos adicionales<sup>169</sup> (en principio, destinados a las entidades de tenencia de valores extranjeros pero que se aprovechaban para el caso de las aportaciones no dinerarias) para impedir la aplicación del régimen fiscal especial a estas operaciones. Además de lo ya citado, no se podía acoger al RFE si, en el plazo de esos, al menos, 90 días más del 50% del capital social pertenecía a 10 o menos socios o a un grupo familiar (se entendía por tal los miembros con un parentesco en línea directa o colateral consanguínea o por afinidad hasta el 4º grado). Se exceptuaban los supuestos en los que todos los socios fueran personas jurídicas que no cumplieran las condiciones anteriores, también cuando una entidad de derecho público tenía más del 50% del capital, así como cuando los valores estuvieran admitidos a cotización en un mercado secundario de valores.

La aprobación de la Ley 27/2014 trajo consigo las referencias al IRNR junto al IRPF (para los casos de contribuyentes no residentes), la eliminación de la referencia a los requisitos de las entidades de valores extranjeros (que, a su vez, había sido objeto de modificación) y la eliminación de una prohibición que estaba desde la primera redacción, cuál era la imposibilidad de que los elementos patrimoniales aportados no podían ser objeto de valoración fiscal por encima de su valor de mercado.

---

<sup>169</sup> La redacción del cuarto párrafo era la siguiente: “Tampoco podrán acogerse las entidades que tengan como actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario en los términos previstos en el art. 4.Ocho.Dos de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, siempre que en el mismo tiempo de al menos 90 días del ejercicio social más del 50 por ciento del capital social pertenezca, directa o indirectamente, a 10 o menos socios o a un grupo familiar, entendiéndose a estos efectos que éste está constituido por el cónyuge y las demás personas unidas por vínculos de parentesco, en línea directa o colateral, consanguínea o por afinidad, hasta el cuarto grado, inclusive, excepto que la totalidad de los socios sean personas jurídicas que, a su vez, no cumplan las condiciones anteriores o cuando una persona jurídica de derecho público sea titular de más del 50 por ciento del capital, así como cuando los valores representativos de la participación de la entidad estuviesen admitidos a negociación en alguno de los mercados secundarios oficiales de valores previstos en la ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de valores”.

### 3.2. Residencia en territorio español de las entidades intervinientes

Respecto del primero de los requisitos que han recogido los sucesivos artículos que han regulado las aportaciones no dinerarias especiales, cabe decir que está establecido con la finalidad de que la Administración Tributaria española mantenga en todo caso la potestad para hacer tributar en el futuro la alteración patrimonial derivada de la aportación de sus elementos. Por ello exige que o bien los mismos se aporten a una entidad residente en territorio español o bien que queden afectos a un establecimiento permanente en España de una entidad no residente.

En ambos casos la Administración española en el momento en que se produzca una ulterior transmisión de dichos elementos podrá hacer tributar al transmitente por la diferencia entre el coste satisfecho en el momento de la adquisición original y el precio de transmisión (ya que la tributación por la alteración inicial queda diferida hasta otra posterior transmisión). No obstante, de la redacción literal del apartado a) se deduce una disfunción entre la pretendida finalidad de la norma y lo que ésta establece específicamente. Así uno de los requisitos es que la entidad que reciba la aportación realice actividades en el mismo por medio de un establecimiento permanente al que se afecten los bienes aportados. De la redacción citada no sería posible realizar una aportación no dineraria especial derivada de la cual se creara el establecimiento permanente al cual quedarán afectados los bienes. Es decir, no es posible que la entidad que reciba los bienes no tengan ese momento un establecimiento permanente y que lo cree como consecuencia de la propia aportación. Es evidente que la finalidad pretendida por la norma se cumpliría perfectamente en el caso que el establecimiento permanente fuera "de nueva creación". Así como el caso de las aportaciones no dinerarias de rama de actividad se prevé la posibilidad de que la aportación se realice a una entidad de nueva creación en este caso debía haberse realizado la misma previsión.

Respecto de la posibilidad de que una entidad no residente realice la aportación, es indudable que esta posibilidad es factible en la medida que sólo se puede predicar la titularidad de una sucursal respecto de una entidad no residente. Por otro lado, la Disposición Derogatoria Única, apartado 2 a) de la LIRNR señala expresamente que el Título VIII de la LIS es aplicable a personas y entidades no residentes<sup>170</sup>.

---

<sup>170</sup> En esta línea la Resolución de la DGT a consulta de 23 de marzo de 2000.



### **3.3. Participación en la entidad adquirente**

Respecto del segundo de los requisitos, queda claro del tenor literal que la exigencia es que tras la aportación (y no, exclusivamente derivado de la aportación) la participación del sujeto aportante sea al menos del 5% en la entidad beneficiaria. Así, cabe destacar que la participación previa de la aportante en la beneficiaria es indiferente: puede ser inexistente, puede ser inferior al 5%, puede ser igual al 5% o bien puede ser superior al 5% o incluso del 100 por 100<sup>171</sup>. En todos estos casos bastará que tras la aportación la participación sea al menos del 5%<sup>172</sup>.

El segundo aspecto importante en este segundo requisito es qué debemos entender por participación en los fondos propios de la beneficiaria. Parece claro que lo que está pidiendo es una titularidad de los fondos propios y que alcance al menos el 5%. En relación a la posibilidad de que la participación se pueda ostentar de manera indirecta (al menos parcialmente), no creemos que la norma admita ese supuesto. Así, como en otros artículos de la LIS se contemplaba expresamente esta posibilidad (i.e. art. 30.2 TRLIS 2004<sup>173</sup> en referencia a la Deducción para evitar la doble imposición interna), aquí únicamente se refiere a la participación en los Fondos Propios.

---

<sup>171</sup> En este sentido Resolución de consulta de la DGT de 10 de enero de 2000.

<sup>172</sup> Cabe reseñar la diferencia que existe respecto del caso el canje de valores en el que se exige que la participación en la entidad beneficiaria sea superior o igual al 50% como consecuencia del propio canje de valores. Así no se podrán realizar operaciones cuando ya se posea más del 50% de la participada; en cambio, en el caso de las aportaciones no dinerarias especiales podrán realizarse tantas aportaciones como se desee siempre que tras la misma la participación se mantenga o supere en el 5 por 100.

No obstante, las diferencias entre una figura y la otra van más allá. Además del hecho de que en el canje de valores se habla de derechos de voto y en las aportaciones no dinerarias especiales se habla de participación, en el canje de valores la referencia se hace respecto de la sociedad aportada, mientras que en la aportación no dineraria respecto de la sociedad beneficiaria. En el fondo, subyace, una importante diferencia del objetivo y es que en el canje lo que se pretende es que efectivamente la sociedad beneficiaria controle el objeto de la aportación (más del 50% de los derechos de voto) mientras que en la aportación no dineraria lo que se pretende es que el aportante realmente sea un socio relevante de la beneficiaria (dado que el control sobre el objeto aportado ya existe).

<sup>173</sup> En su redacción original, el art. 30.2 RD Leg 4/2002 decía respecto de la deducción para evitar la doble imposición: "La deducción a que se refiere el apartado anterior será del 100 por ciento cuando los dividendos o participaciones en beneficios procedan de entidades en las que el porcentaje de participación, directo o indirecto, sea igual o superior al cinco por ciento, siempre que dicho porcentaje se hubiere tenido de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya o, en su defecto, que se mantenga durante el tiempo que sea necesario para completar un año. La deducción también será del 100 por ciento respecto de la participación en beneficios procedentes de mutuas de seguros generales, entidades de previsión social, sociedades de garantía recíproca y asociaciones".

Los problemas se plantean respecto de posibles figuras específicas que de un modo u otro afectan a los fondos propios de una entidad. Una primera posibilidad sería el caso de acciones con derechos políticos o económicos diferentes y cabría valorar a cuál de ellos debemos atender para determinar si la participación alcanza o no el 5 por 100. Un segundo caso sería el supuesto de determinadas figuras que pueden llegar a confundirse con los fondos propios: nos referimos, por ejemplo, a los préstamos participativos que en algunos casos han sido considerados como fondos propios (por ejemplo, a efectos de la normativa sobre subcapitalización). Otro supuesto sería el caso de las obligaciones convertibles tras un período determinado lo cual nos llevaría reflexionar si en el momento de la efectiva conversión se produciría unos efectos retroactivos que permitiera la aplicación del art. 87 de la LIS.

NAVARRO EGEA<sup>174</sup> interpreta el segundo requisito en el sentido de que se exige que como resultado de la operación que la entidad aportante consiga una participación de al menos el 5% en el capital social de la emisora de los títulos. Se establece, en su opinión, este porcentaje en la medida que este concreto porcentaje resulta suficiente para proporcionar una posición significativa dentro de la entidad adquirente que permita ejercitar ciertas funciones de control; se espera una relación de dominio (o, al menos, control) respecto de la adquirente.

En nuestra opinión, lo que se pretende evitar con el porcentaje del 5% es encubrir transmisiones de elementos patrimoniales a través de operaciones de reestructuración. Por ello, al igual que el porcentaje del 5% se ha establecido tradicionalmente como límite para la consideración de una efectiva implicación en el desarrollo de la empresa en otros artículos de la LIS (deducción por doble imposición, participación efectos de evitar la antigua transparencia fiscal, sociedades patrimoniales, etc.) aquí se considera que el 5% efectivamente supone esa intervención y es por ello que es indiferente que el porcentaje se alcance como consecuencia de la aportación o de otra manera porque lo relevante es que el aportante tenga una posición relevante en la compañía beneficiaria de la aportación; sólo de esa manera se puede hablar de reestructuración.

Desde el punto de vista de la instrumentación, cabe decir lo mismo que lo ya referido a las aportaciones no dinerarias con carácter general. Así, en la medida que hemos defendido una interpretación integradora de la norma, podrán materializarse como ampliaciones de capital, como permutas (contra acciones en autocartera) o como

---

<sup>174</sup> NAVARRO EGEA, M. (1997). *Fiscalidad de la reestructuración empresarial*, op. cit., pág. 95.

contratos complejos en caso de que las participaciones sean entregadas por los socios de la beneficiaria.

Se ha discutido, en consecuencia, las características de esta participación. La más dudosa de todas ellas es la aplicación al régimen de diferimiento a los supuestos en que la participación del 5% en la entidad adquirente ya se producía con anterioridad a la operación de aportación, dado que cualquier operación posterior (incluso poseyendo el 100 por 100 de la entidad adquirente) siempre tendría la consideración de aportación no dineraria. No obstante, la doctrina administrativa<sup>175</sup> se ha mostrado contundente respecto de la aplicación de este requisito entendiendo que lo único que exige la ley es el cumplimiento a posteriori de un porcentaje de participación con independencia del porcentaje ostentado con anterioridad.

Finalmente, respecto de la participación en los fondos propios de la adquirente, debe prevalecer una postura exigente en el cumplimiento del requisito de manera que sólo una participación real, efectiva y cierta tras la aportación permitiría entender que el requisito se ha cumplido.

#### **3.4. Características de los bienes aportados**

Siguiendo a LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES<sup>176</sup> respecto de los bienes y derechos aportados no se establece ningún requisito especial en relación con la naturaleza de los mismos; así podríamos distinguir:

a) Bienes inmuebles.

---

<sup>175</sup> La consulta DGT de 10 de enero de 1997 señala que basta con tener la participación del 5% después de la aportación para acogerse al régimen especial con independencia de que dicho porcentaje se tuviera con anterioridad o se consiga de forma exclusiva con la aportación realizada y ello permita alcanzar el 5%. La consulta DGT 24 de febrero de 2000 señala que la lis no limita la aplicación del régimen al supuesto en el que antes de la operación no se tuviera el 5% y si se alcanzara con posterioridad. La consulta de 28 de octubre de 1999 señala que el régimen fiscal especial se aplica a los sujetos pasivos del IRNR contemplados en la misma y en particular el régimen de las aportaciones no dinerarias especiales en las condiciones de requisitos exigidos en la misma. La consulta 25 de marzo de 1997 señala que pueda acogerse al régimen del art. 108 de la lis la aportación de inmuebles realizada a otra sociedad.

<sup>176</sup> LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J. A. (2000). *Operaciones de reestructuración empresarial, op.cit.*, pág. 364.

Por supuesto los bienes aportados por el sujeto pasivo pueden ser bienes afectos a la actividad de la empresa<sup>177</sup>. No es condición para acogerse al régimen especial que los bienes aportados estén afectos a una explotación económica, en consecuencia, podrá aportarse cualquier inmueble a la entidad esté afecta o no, total o parcialmente, a la actividad empresarial del sujeto pasivo.

#### b) Derechos de crédito

Podrán aportarse los derechos del crédito frente a un tercero diferente de la sociedad adquirente. No obstante, la DGT<sup>178</sup> ha entendido que si dichos derechos son líquidos por existir un mercado en el que se puedan negociar (como serían valores de deuda pública) dicha aportación se aproxima más a una aportación dineraria y por tanto no sería considerada como una aportación no dineraria especial. Esta interpretación por parte de la DGT es altamente discutible por cuanto no cabe duda que a efectos mercantiles se deberían cumplir todos los requisitos exigidos para una aportación no dineraria. Lo que probablemente la DGT ha tratado de evitar son supuestos en los que, antes de la exención al ITPAJD (modalidad de OS) de los aumentos de capital, con la finalidad de no pagar dicho impuesto, básicamente en el aumento de capital, algunos sujetos pasivos podían invertir previamente en activos financieros líquidos, realizar una aportación no dineraria especial y, con posterioridad, desinvertir de nuevo. El cauce para evitar operaciones de este tipo, en todo caso, debe ser el previsto en el art. 89 de la propia LIS o incluso el propio del conflicto en la aplicación de la norma<sup>179</sup>.

#### c) Compensación de créditos.

LÓPEZ-SANTACRUZ<sup>180</sup> opina que, si el contravalor del aumento de capital de una sociedad es la compensación de créditos que la aportante tiene frente a dicha sociedad,

---

<sup>177</sup> La consulta de la DGT del 13 de septiembre de 1999 reconoció que podían acogerse al régimen especial la aportación de inmuebles en los que se desarrolla la actividad de la empresa.

<sup>178</sup> La consulta de la DGT de 25 de febrero de 1998 mantiene que no es una aportación no dineraria especial la conversión de obligaciones en acciones dado que ellos no modalidad de aumento de capital por compensación de créditos. DGT de 16 de enero de 1997 no pueden acogerse al régimen especial la aportación de una cartera de valores a largo plazo por cuanto no constituyen por sí mismos una rama de actividad. DGT de 25 de febrero de 1997 no es una aportación no dineraria especial la aportación de bonos del estado ni aquellos derechos de crédito incluso los incorporados a valores que incorporen una plusvalía tácita que se ponga de manifiesto en el momento de la transmisión.

<sup>179</sup> La actual LGT en su art. 15 prevé esta situación que, en vigencia de la anterior LGT equivaldría al fraude de ley.

<sup>180</sup> LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J. A. (2000). *Operaciones de reestructuración empresarial, op.cit.*, pág. 364.

dicho aumento no corresponde desde un punto de vista mercantil en sentido estricto a una aportación no dineraria y por tanto no se considerarían como aportación no dineraria especial a efectos fiscales (arts. 300 y 301 LSC).

En relación con esta misma posibilidad de aplicar la norma antielusión a las operaciones de capitalización de créditos, ANTÓN BASANTA<sup>181</sup> entiende que desde un punto de vista mercantil la capitalización de créditos es una aportación no dineraria por lo que debe ser plenamente aplicable a las mismas el régimen previsto al respecto en el propio régimen fiscal especial. En la actualidad, la capitalización de créditos es la figura recogida en el art. 301 de la LSC que establece los requisitos para que sea admisible mercantilmente.

La Administración, a través dos resoluciones del TEAC de 10 de marzo de 2004 y de 13 de junio de 2005, ha negado la aplicación del régimen fiscal especial a estas operaciones por considerar que, en realidad, encubren una compensación dineraria tal y como veíamos en el supuesto de los derechos de crédito. De nuevo, entendemos que la solución para este intento defraudatorio no sería negar la aplicación de esta figura mercantil si cumple con los requisitos previstos, sino de aplicar la cláusula antielusión prevista para ello<sup>182</sup>.

En este mismo sentido se manifiesta SÁNCHEZ MANZANO<sup>183</sup>: *“En síntesis la confluencia del carácter supletorio del Derecho mercantil con la cuidadosa proyección interpretativa del principio de neutralidad, que debe desplegarse acotadamente para salvaguardar los postulados inherentes al principio de seguridad jurídica, nos hacen concluir, según intentaremos argumentar, que existe un sostén jurídico para calificar los aumentos de capital por compensación de créditos como aportación no dineraria en este marco normativo (sin perjuicio de que en un estadio ulterior, en fase de comprobación administrativa, pudiera prosperar la privación el régimen con apoyo en el art. 96.2 del TRLIS, en su caso)”*

---

<sup>181</sup> ANTÓN BASANTA, A. (1998). “Capítulo 28. Régimen especial de las fusiones, escisiones,...”, *op. cit.*, pág. 1972.

<sup>182</sup> Aunque hay que reconocer que la aplicación de la cláusula antielusión no será tarea fácil (como veremos en el apartado correspondiente) pues en realidad la operación no se haría con finalidad defraudatoria.

<sup>183</sup> SÁNCHEZ MANZANO, J.D. (2012). “Posibilidad de tutela por parte del régimen fiscal de la reestructuración empresarial de los aumentos de capital por compensación de créditos: posible operatividad de una interpretación teleológica”, en *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm. 353-354, pág. 143.

Aunque hemos defendido que el concepto de aportación no dineraria a efectos de la figura contemplada en el art. 87 de la LIS no necesariamente debe coincidir con el concepto mercantil sino, más bien, con el concepto fiscal previsto en el art. 83.3 de la propia LIS, tanto en la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, como la de 1989 como la actual LSC se ha mantenido la consideración de la capitalización de créditos como un caso típico de aportaciones no dinerarias<sup>184</sup>.

Esta interpretación literal se ve reforzada por el análisis de los textos preparatorios del TRLSA: así, cabe recordar como el art. 92.2 del anteproyecto de 1988 manifestaba que las acciones emitidas como consecuencia de un aumento de capital podían ser desembolsadas mediante *"compensación de créditos y otras aportaciones no dinerarias."*

Refuerza igualmente la citada conclusión el hecho de que nuestro ordenamiento jurídico, desarrollando las líneas fijadas por la Segunda Directiva de la CEE (79/91/CEE de 13 de diciembre de 1976) sobre constitución y capital de las sociedades anónimas - siguiendo a su vez la línea de los distintos legisladores societarios europeos<sup>185</sup>-, funda la distinción de las clases de contravalor para las acciones emitidas por una sociedad en la dicotomía *"aportaciones dinerarias"/"aportaciones no dinerarias"*, a las que también se refiere como *"aportaciones que no sean en metálico"*.

En consecuencia, podemos concluir en primer término que, de acuerdo con nuestro derecho positivo y con la legislación comunitaria, la capitalización de créditos debe calificarse como aportación no dineraria ya que dichos ordenamientos utilizan un criterio negativo para definir dicho concepto: tendrán tal carácter todas las aportaciones a la sociedad que no consistan en aportaciones de efectivo metálico<sup>186</sup>.

---

<sup>184</sup> El art. 151.2 de la Ley de SA establece textualmente que *"el contravalor del aumento de capital podrá consistir tanto en nuevas aportaciones dinerarias o no dinerarias al patrimonio social, incluida la compensación de créditos contra la sociedad, como en la transformación de reservas o de beneficios..."*.

<sup>185</sup> Por lo que respecta al derecho comparado, tan sólo se contempla la figura de la compensación de créditos en Derecho Francés, en la que se le da un tratamiento diferenciado con respecto a las aportaciones de dinerario. En derecho alemán no se contempla expresamente la figura, mientras que el *Código Civile* italiano declara aplicables a la figura determinados artículos relativos a las cautelas que deben presidir la aportación de activos no dinerarios.

<sup>186</sup> Sólo podría pretenderse que la capitalización de créditos no es una aportación dineraria si se argumenta que el préstamo en su día realizado tiene la consideración de una aportación a capital diferida en el tiempo. Sin embargo, el crédito capitalizado puede derivar de una entrega de mercancías o prestación de servicios y, por consiguiente, no haber existido ninguna aportación de dinero a la sociedad que pueda pretenderse efectuada a cuenta de capital. Aún en el caso de que se hubiera entregado en su día dinero, sólo cabría entender la entrega como una aportación dineraria diferida en el tiempo si ésta hubiera sido la intención de

En segundo término, nuestro análisis deberá atender a la regulación de la figura que nos ocupa en la LSC. El art. 301 del citado cuerpo legal establece en el apartado 1º, una serie de exigencias para su efectividad que, en principio, parecen propias de las aportaciones no dinerarias. Como vimos anteriormente:

*"Cuando el aumento del capital de la sociedad de responsabilidad limitada se realice por compensación de créditos, éstos habrán de ser totalmente líquidos y exigibles. Cuando el aumento del capital de la anónima se realice por compensación de créditos, al menos, un veinticinco por ciento de los créditos a compensar deberán ser líquidos, estar vencidos y ser exigibles, y el vencimiento de los restantes no podrá ser superior a cinco años.*

Esto es, el plazo máximo de desembolso de los créditos a capitalizar coincide con el establecido con carácter general para las aportaciones no dinerarias por el art. 80.2 de la LSC (antes art. 40.2 de la anterior LSA). Debe destacarse que dicho plazo máximo no resulta de aplicación a la hora de efectuar aportaciones dinerarias.

Igualmente, en el caso de las SA, la exigencia de una *"certificación del auditor de cuentas de la sociedad que acredite que, una vez verificada la contabilidad social, resultan exactos los datos ofrecidos por los administradores sobre los créditos a compensar"* de acuerdo con el apartado 3 de dicho artículo para verificar la validez de los créditos compensados cumple la función que el informe de experto independiente cumple en las restantes aportaciones no dinerarias (art. 67 de la LSC). La diferencia entre el informe de experto independiente y el certificado del auditor se justifica plenamente por el hecho de que, siendo la propia Sociedad la entidad deudora del crédito que se capitaliza, no es preciso un análisis de su solvencia y, por consiguiente, es suficiente con que el auditor verifique la exactitud de la contabilidad social en relación con el crédito en cuestión.

Tal y como señala VICENT CHULIÁ<sup>187</sup>, la doctrina mayoritaria opina que el antiguo art. 156 LSA (equivalente al actual art. 301 LSC) al referirse a la compensación se refiere a la compensación convencional y no a la prevista en los arts. 1196 y 1202 del CC. Además, la interpretación literal, sistemática e histórica, la opinión histórica del ICAC<sup>188</sup> y de la

---

las partes (en cuyo caso, obviamente, no nos encontraríamos ante una capitalización de crédito).

<sup>187</sup> VICENT CHULIÁ, F. (2001). "Introducción", *op. cit.*, pág. 64 y ss.

<sup>188</sup> La Resolución del ICAC de 10 de abril de 1992 publicó la Norma Técnica de elaboración del Informe Especial sobre Aumentos de capital por compensación de créditos del art. 156 LSA como norma de obligado cumplimiento para los auditores de cuentas.

DGRN<sup>189</sup>, la doctrina encuentra el argumento fundamental en la defensa de la consideración de la aportación de créditos como aportación no dineraria en la interpretación teleológica. Se persigue con el art. 156, en opinión de VICENT CHULIÁ, ofrecer un instrumento de saneamiento de las empresas mediante la “conversión” de deuda en capital a través de estas operaciones.

Más recientemente, en Resolución del ICAC de 5 de marzo de 2019 (consulta 1 del BOICAC 127) se configura de forma similar a la ampliación de capital no dineraria. La operación consiste en una ampliación de capital por encima del nominal, donde el valor razonable de lo aportado es inferior al valor razonable de las acciones recibidas. Cuando las ampliaciones son dinerarias, el antiguo accionista ve compensada la dilución de las reservas que sufre con un derecho preferente de suscripción. En este caso la sociedad emisora, para compensar al accionista minoritario, que no puede acudir a la ampliación por compensación de deudas, y que no puede tener derecho preferente (al ser la ampliaciones dinerarias), establece como forma de compensarle por la dilución de las reservas que se produce una ampliación dineraria con las mismas condiciones, produciéndose, también, una emisión a un valor inferior al valor razonable de la acción a la que solo pueden acudir los accionistas minoritarios<sup>190</sup>.

Más allá de las consecuencias fiscales, es cierto que es una figura, conocida también como capitalización de deuda, con un punto de controversia por las implicaciones que puede tener en los socios minoritarios diluyendo su participación<sup>191</sup>. Es una sustitución del derecho de crédito por acciones o participaciones sin aportación alguna. La SAP de Pontevedra de 24 de noviembre de 2011 la considera como un “redibujo” del balance de la sociedad por cuanto no hay traslación de bienes sino, únicamente, una modificación contable en virtud de la cual disminuye el pasivo y se incrementa el patrimonio neto. En ningún caso supone la entrada de nuevos fondos para la sociedad sino, lo que no es poco, dejar de pagar una deuda pendiente. Por supuesto, necesita aceptación por ambas partes, acuerdo de la Junta General y por otro del acreedor afectado, pues lo que nunca será posible será la imposición del acuerdo a este (RDGRN 30-11-2012).

---

<sup>189</sup> Vid. Resoluciones de la DGRN de 15 de julio de 1992 y de 11 de octubre de 1993.

<sup>190</sup> Vid. GONZÁLEZ GARCÍA, Á. (2022). “Sobre el tratamiento contable de una ampliación de capital por compensación de deudas: Análisis de la consulta 1 del BOICAC 127, de septiembre de 2021”, en *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm. 468, pág. 191.

<sup>191</sup> En este sentido la Resolución de la DGRN de 6 de febrero de 2012.



La ausencia, en principio, del derecho de suscripción preferente ha llevado a parte de la doctrina a defender la postura de que debe equipararse a una ampliación de capital dineraria (lo cual, evidentemente, tendría efectos fiscales por la aplicación o no del RFE). Los argumentos en favor de que debe considerarse una aportación dineraria serían los siguientes<sup>192</sup>:

- el crédito en realidad es dinero pues en realidad se realiza un pago a través del mecanismo simplificado de la compensación.
- el crédito se valora por su valor nominal y no de mercado. Los créditos deben valorarse por su valor nominal (art. 301.3 LSC) y no se exige informe de un experto independiente sino una certificación del auditor.
- la correcta contabilización del crédito y del capital exige que la cifra de capital se aumente exactamente por el valor nominal del crédito compensado.
- los requisitos de exigibilidad y liquidez coinciden con los requisitos de desembolso de las aportaciones dinerarias en sede de constitución de la sociedad o aumento del capital social.

Frente a tal postura, la jurisprudencia de modo unánime considera que no cabe el reconocimiento del derecho de suscripción preferente en el caso de aumento de capital por compensación de créditos.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de octubre de 2015 considera que el aumento del capital por compensación de créditos (artículo 301 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital) no implica un aumento con cargo a aportaciones dinerarias (artículo 299). Sus argumentos parten de diferentes fuentes. Por un lado, entiende que las aportaciones dinerarias tienen que ser nuevas, y el aumento por compensación de créditos no incorpora a la sociedad nuevos fondos dinerarios. Además, la LSC establece de forma clara y distintiva las siguientes formas de aumento de capital: aumento con cargo a aportaciones dinerarias, aumento con cargo a aportaciones no dinerarias, aumento por compensación de créditos, aumento por conversión de obligaciones y aumento con cargo a reservas. El hecho de que, dentro de estas, sólo reconozca el derecho de suscripción preferente en las ampliaciones de capital con emisión de nuevas participaciones sociales o de acciones, cargo a aportaciones dinerarias expresamente, demuestra que las otras no lo tienen. Finalmente, la DGRN, en sus resoluciones de fecha 4 y 6 de febrero de 2012 (BOE de 1 de marzo de 2012),

---

<sup>192</sup> Vid. YANGÜELA, R. (2018). “Aumento de capital por compensación de créditos y fraude de socios”, en *Revista Consumo y Empresa*, núm. 7, págs. 9-19.

rechaza que en los aumentos de capital por compensación de créditos sea necesario cumplir las normas relativas al derecho de asunción preferente.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 4 de abril de 2016 explica en el mismo sentido que *“en todo caso, este derecho sólo se reconoce en los aumentos de capital que se realicen “con cargo a aportaciones dinerarias”, por lo que no opera en las restantes modalidades de aumento, como los aumentos con cargo a aportaciones no dinerarias o por compensación de créditos que, por su propia naturaleza, son incompatibles con la atribución de un derecho de preferencia a los socios”*.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de junio de 2013 afirma la inexistencia de del derecho de suscripción preferente en *“el supuesto de aumento por compensación de créditos, todo y reconocer que puede derivar en una eventual desprotección del socio en los casos en que la extinción de los créditos contra la sociedad a cambio de las participaciones creadas pudiera no estar justificada por el interés de la sociedad”*.

Las sentencias del TSJ de Murcia de 16 de marzo de 2007 y del TSJ de Extremadura de 28 de abril de 2008 entendieron que mercantilmente no podían considerarse aportaciones no dinerarias sin que fuese posible englobar bajo tal concepto a todas aquellas aportaciones que no se realizaban en efectivo.

Por último, la STS de 6 de octubre de 2011 consideró que, ante el silencio de la rama tributaria respecto de lo que debía entenderse por aportación o dineraria, había que acudir a la rama fuente del término, es decir, al ordenamiento mercantil. Dentro de esta rama, entendió que en la regulación del aumento de capital se hablan de tres tipos de aumento; dinerarias, no dinerarias y por compensación de créditos. Cabe criticar esta postura (refrendada con posterioridad en las STS de 12 de enero, 6 de marzo y 23 de abril de 2012) por cuanto no somos capaces de advertir esta tercera forma de aumento de capital en la normativa mercantil.

Vemos en consecuencia que, pese a la opinión del TS y parte de la doctrina, la regulación de la capitalización de créditos es plenamente asimilable a la del resto de aportaciones no dinerarias y que, aun existiendo ciertas especialidades en su regulación, éstas se encuentran plenamente justificadas.

De todo ello se deriva que el legislador ha encuadrado la capitalización de créditos como un supuesto más de aportación no dineraria. Calificada así mercantilmente como una

aportación no dineraria sería, por tanto, aplicable a la misma el régimen fiscal comentado<sup>193</sup>.

d) Bienes materiales.

Pueden acogerse al régimen especial la aportación de activos y bienes materiales estén contabilizados o no en la entidad transmitente pero siempre que tengan valor económico y por tanto son susceptibles de generar rentas con ocasión de la aportación (i.e. Fondo de comercio)<sup>194</sup>.

e) Participaciones en el capital de otras entidades

Los bienes aportados pueden ser también valores representativos de los fondos propios de otra entidad lo cual hace que en ocasiones se asimile a un canje de valores dependiendo de la participación.

Tal y como hemos comentado con anterioridad, un tema relevante es el hecho de que en ningún momento la norma exige que los bienes objeto de aportación estén afectos a la actividad empresarial de la aportante por lo que en ningún momento podrá negarse la aplicación del régimen fiscal especial a estas operaciones en base a la consideración de no afecto de los bienes.

No parece tener demasiado sentido, de acuerdo con la finalidad de la norma, que se produzcan este tipo de operaciones. La reestructuración de empresas pretende que las empresas puedan tener una estructura lo más eficiente posible desde el punto de vista de la actividad que desarrollan. La posibilidad de que determinados activos no utilizados en el desarrollo de la actividad puedan aportarse a otras entidades (y mantenerse o no sin afección a una actividad) bajo un régimen fiscal especial, está otorgando un trato de favor a unas operaciones que, a priori, no encajan con la finalidad perseguida. Probablemente, si se pretendía facilitar la conversión de determinados bienes en afectos a una actividad empresarial que no lo son en la entidad aportante, hubiera sido

---

<sup>193</sup> En el mismo sentido SÁNCHEZ MANZANO, J.D. (2012). “Posibilidad de tutela”, *op. cit.*, pág. 151, entiende que debe prevalecer una cierta flexibilidad en el trenzado de las definiciones fiscales y que, ante la ausencia de una clara oposición por parte del régimen mercantil, debe ser aceptada la compensación de créditos como aportación no dineraria sujeta al régimen fiscal especial.

<sup>194</sup> La DGT en consulta de 25 de febrero de 1999 resolvió que pueden acogerse al régimen de la LIS del art. 108 los activos materiales que no figuren en contabilidad, pero sin embargo formen parte del valor patrimonial de la empresa cuando tienen un valor económico que se retribuye en su transmisión.

conveniente establecer como requisito que en la entidad adquirente sí quedaran afectos a una actividad empresarial.

Por otro lado, resulta igualmente curioso que no se establezca cautela alguna respecto de la posibilidad de que la entidad beneficiaria sea una entidad exenta, tal y como se recoge en el último párrafo del art. 77 en la medida que ello puede suponer la ausencia de tributación definitiva (en lugar del diferimiento). ANTÓN BASANTA<sup>195</sup> mantiene que, de acuerdo con la finalidad de la norma, debe entenderse que este requisito debe cumplirse. Estando plenamente de acuerdo con que la citada finalidad debería exigir este requisito, no parece tan claro que, pese a su ausencia en el texto legal, pueda ser exigido, especialmente cuando, pese a tratarse de dos figuras estrechamente relacionadas, se producen una serie de diferencias en sus requisitos y en su aplicación.

#### f) Bienes inmateriales

No parece haber ninguna duda en la posibilidad de aportar inmovilizados intangibles como fondos de comercio, marcas, know-how, etc. Obviamente es necesario poder acreditar su existencia y valoración y respetar la normativa mercantil aplicable.

La DGT en resolución a consulta V1679-09 de 15 de julio de 2009, ha entendido que el régimen fiscal especial era aplicable a aportaciones de negocio y a aportaciones de derecho de uso de marca.

### 3.5. Inclusión de deudas en la aportación

Se plantea si en el supuesto de las aportaciones no dinerarias especiales es posible aportar las deudas vinculadas de alguna manera (por el momento no entramos en qué grado de vinculación es necesario) con los activos transmitidos como consecuencia de la aportación no dineraria. La cuestión es muy relevante dado que, en el caso de las aportaciones no dinerarias de rama de actividad se menciona específicamente que éstas podrán ser incluidas en la aportación, en el caso de las AND especiales no se menciona nada al respecto.

A través de las consultas vinculantes V0392-04, V0119-05, V1100-06 y V1022-08 la DGT había interpretado que era posible aportar conjuntamente con los elementos

---

<sup>195</sup> ANTÓN BASANTA, A. (1998). "Capítulo 28. Régimen especial de las fusiones, escisiones, ", *op. cit.*, pág. 1975.

patrimoniales objeto de transmisión las deudas que estuvieran directamente vinculadas, exigiendo que se hubieran contraído expresamente en la adquisición como financiación de los activos. Igualmente, la resolución del TEAC de 8 de enero de 2015 estableció que en los casos en los que eso ocurriera la operación no podía acogerse al RFE por el total valor del activo sino por la diferencia entre su valor y la deuda que era la real aportación no dineraria.

La STS 1193/2021, 1 de octubre de 2021, ya comentada en el caso de las aportaciones no dinerarias de actividad, por el contrario, discrepa de esta opinión entendiendo que no es necesario que las deudas aportadas se hayan contraído para financiar la adquisición de los elementos patrimoniales transmitidos (pues el art. 94 TRLIS vigente *ratione temporis* no lo exigía así).

La opinión del TS se manifiesta de esta forma tras constatar que así como se definen con claridad otro tipo de operaciones a las que se les aplica el régimen fiscal especial “... *el precepto en cuestión no contiene una definición de las aportaciones no dinerarias objeto del presente recurso, sea porque encierran un casuismo difícilmente predecible, sea porque considere suficiente las previsiones contenidas en la legislación mercantil o, en fin, sea por una combinación de estas razones, con el agravante, además, de que el artículo 94 TRLIS tampoco define este tipo aportaciones*”.

Parecía existir una preocupación en este procedimiento tanto por la AEAT como por las resoluciones del TEAR y la sentencia de instancia en que no se endeudara artificialmente la rama de actividad y se vinculara a un bien con la finalidad de reducir el valor global y convertir la aportación en una especie de venta encubierta. El TS considera que con la previsión que existía en aquel momento en el apartado 3 en el sentido de que los elementos patrimoniales aportados no podían ser valorados, a efectos fiscales, por un valor superior a su valor de mercado (prevención que ya hemos comentado que era totalmente innecesaria por la propia legislación general) era suficiente para prevenir esta finalidad no deseada.

Tras descartar una interpretación sistemática del régimen de las aportaciones, ni que el régimen de las aportaciones de rama de actividad actúe como subsidiario del régimen de las aportaciones no dinerarias especiales, el TS considera que evidentemente debe haber una conexión entre el activo y el pasivo transmitido pero no una vinculación en el sentido que se exige en las aportaciones de rama de actividad sino en base a la concurrencia o no de motivos económicos válidos, evitando conductas elusivas o fraudulentas.

Así el TS declara finalmente: *“A efectos de disfrutar del régimen fiscal especial de diferimiento, cuando las aportaciones no dinerarias distintas de rama de actividad a que se refiere el art 94 TRLIS consistan en la transmisión conjunta de elementos patrimoniales y deudas, no resulta exigible que las mismas hayan sido expresamente contraídas para financiar la adquisición de los elementos patrimoniales con ellas gravados que se transmiten en la operación, resultando exigible, en cambio, que tales deudas se encuentren vinculadas con los bienes aportados en el contexto de los motivos económicamente validos que, en cada caso, justifiquen la operación.”*

En relación con las referencias de las aportaciones no dinerarias de rama de actividad que pudieran utilizarse en la interpretación el TS señala de forma muy clara que, aunque no se trata de compartimentos estancos, se trata de dos regímenes diferentes y uno no puede actuar como supletorio del otro.

Además, el TS en esta sentencia incluye una serie de reflexiones respecto de la figura mercantil en la que deben encuadrarse las aportaciones no dinerarias especiales remitiéndose en primer lugar a la normativa mercantil sin que de la misma *“resulte posible inferir como elemento descriptivo y funcional de este tipo de aportaciones no dinerarias, una vinculación, en los términos exigidos por la Administración en el presente asunto. (...) quedan, por tanto, claramente delimitados los requisitos que exigía la normativa analizada en el caso de las aportaciones de rama de actividad -respecto a las que el legislador fiscal se preocupó, incluso, de incorporar una definición- frente al supuesto de las aportaciones no dinerarias del art 94TRLIS en las que no lo hizo. Por tanto, la exigencia del requisito controvertido no puede mantenerse a partir de un criterio de interpretación literal del artículo 94TRLIS ni sobre la base de un criterio sistemático.”*

### **3.6. Aplicación del art. 87 LIS a las aportaciones de socios sin contraprestación**

La reposición por reintegro de pérdidas es una figura que la Ley de SA de 1951 recogía, al regular en su art. 150 las causas de disolución de una sociedad. No obstante, la figura como operación mercantil no se regulaba expresamente.

La falta de regulación se convirtió en definitiva con la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1564/1989 por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de SA, en la que ni siquiera se hacía la referencia comentada del anterior art. 150 y se confirmó con la entrada en vigor de la LSC que tampoco hace ninguna referencia.

Si bien es cierto que la operación de aportaciones de socios sin contraprestación (especialmente para reintegrar las pérdidas generadas) carece de regulación específica en las normas mercantiles de rango superior (Código de Comercio, Ley de Sociedades Anónimas, Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, ...) que puedan ayudar a calificar la operación como aportación no dineraria, también es cierto que el PGC y sus normas de desarrollo son normas mercantiles, aunque de carácter reglamentario, en las cuales sí que se cita esta operación, considerándola como aportaciones<sup>196</sup>.

En primer lugar, el Plan General de Contabilidad aprobado por el RD 1514/2007, de 16 de noviembre (en adelante, PGC 2007), establece en la Parte Quinta, cuyo título es *"Definiciones y relaciones contables"*, una cuenta específica que denomina *"118.- Aportaciones de socios o propietarios"*. Asimismo, el propio apartado establece que en la mencionada cuenta se deberán registrar los *"Elementos patrimoniales entregados por los socios o propietarios de la empresa cuando actúen como tales, en virtud de operaciones no descritas en otras cuentas. Es decir, siempre que no constituyan contraprestación por la entrega de bienes o la prestación de servicios realizados por la empresa, ni tengan la naturaleza de pasivo. En particular, incluye las cantidades entregadas por los socios o propietarios para compensación de pérdidas."*

La resolución de 20 de diciembre de 1996 de la presidencia del ICAC (BOE núm. 54, de 4 de marzo de 1997, páginas 7063 a 7065), que dictaba los criterios generales para determinar el concepto de patrimonio contable a efectos de los supuestos de reducción de capital y disolución de sociedades regulados en la legislación mercantil, señaló que el concepto contable de fondos propios contenidos en la LSA había sido precisado por el PGC, incluyendo con signo positivo, y entre otros, las aportaciones de socios para compensación de pérdidas.

---

<sup>196</sup> Como señalan acertadamente ROJÍ CHANDRO, L. A., DIZY MENÉNDEZ, D. (2016). "Aportaciones de socios no integradas en el capital social", en *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 66, págs. 179-192, las aportaciones que realizan los socios a la sociedad tienen una doble finalidad dotar de liquidez necesaria para algún tipo de necesidad económica o reestablecer el equilibrio patrimonial de la sociedad por resultados negativos previos. En los últimos años se ha generalizado la utilización de aportaciones de socios que no suponen un incremento del capital, dados los menores requisitos exigidos frente a otras formas de financiación como son las ampliaciones de capital. Las aportaciones únicamente requieren el acuerdo de la Junta general frente a un conjunto de requisitos mucho más farragosos de las ampliaciones de capital (acuerdo de la Junta general, escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil, certificación bancaria acreditativa del ingreso dinerario o informe de los administradores o del experto independiente en el caso de aportaciones no dinerarias).

Por último, el ICAC ha contestado en la consulta 3 del BOICAC nº 9 de 1992 que: *"si las subvenciones tienen como finalidad compensar pérdidas derivadas de las actividades propias del tráfico de la sociedad y son concedidas por los socios de la misma, no deberá lucir como ingreso de explotación en la cuenta de pérdidas y ganancias, tanto si la subvención ha sido concedida a posteriori para compensar pérdidas de producidas como si tienen por objeto absorber las pérdidas esperadas. En este último caso, la subvención lucirá en la partida A.3, "Aportaciones de los socios por compensación de pérdidas" del pasivo del modelo normal de balance del plan general de contabilidad incluida dentro de los fondos propios de la sociedad, hasta tanto se ven compensadas las pérdidas producidas en la explotación para cuya compensación se concedió la misma (...)"*. Desde el punto de vista de la sociedad aportante, el ICAC (BOICAC nº 36, 1998) ha entendido que *"el desembolso efectuado por una sociedad con objeto de compensar pérdidas de otra sociedad de la cual es socio (...) se debe considerar como mayor importe del precio de adquisición de las acciones o participaciones, sin perjuicio de considerar las correcciones valorativas"*.

La resolución del ICAC de 5 de marzo de 2019, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se desarrollan los criterios de presentación de los instrumentos financieros y otros aspectos contables relacionados con la regulación mercantil de las sociedades de capital establece en su art. 9 con toda claridad que las aportaciones de los socios sin contraprestación forman parte del patrimonio neto:

*1. Las aportaciones de los socios sin contraprestación y en proporción a su participación en la sociedad, incluidas las que eventualmente se realicen en mérito de prestaciones accesorias, no cumplen la definición de ingreso, ni la de pasivo y, por lo tanto, el valor razonable del activo aportado, o el de la deuda condonada, se contabilizará en el patrimonio neto, dentro de los fondos propios, en el epígrafe A-1.VI. «Otras aportaciones de socios».*

Parece claro que el desarrollo reglamentario de la normativa mercantil asimila las aportaciones de los socios para compensar pérdidas a las aportaciones de capital y, en cualquier caso, que la operación existe desde el punto de vista legal.

Por otro lado, del art. 76.3 y 76.4 de la LIS, que regula el supuesto de aportación no dineraria de rama de actividad, se desprende que la aportación no tiene que realizarse, necesariamente, mediante una aportación no dineraria propiamente dicha (entendiendo por tal una ampliación de capital mediante la aportación de bienes y derechos *in natura* por parte de los socios que acuden a la misma), sino que, como ya



hemos repetido anteriormente, también puede articularse, por ejemplo, a través de una permuta por la cual la entidad adquirente entrega a cambio de la rama de la actividad recibida acciones que tenía en autocartera.

No obstante, la mecánica de intercambio de aportaciones por valores no subsiste de forma explícita para las aportaciones no dinerarias especiales del art. 87 de la ley, así como una definición de lo que debe entenderse por aportación no dineraria y, sí podría argumentarse que desde un punto de vista económico y en base una interpretación integradora de la norma en coherencia con la aplicación del art. 76 podría derivarse que art. 87 le resultaría aplicable cualquier operación que fuera aplicable a las aportaciones no dinerarias de rama de actividad. Conviene recordar aquí la opinión del TS en STS de 1 de octubre de 2021 respecto de la no convergencia jurídica de ambas operaciones.

En concreto, la operación de aportación de socios sin contraprestación (sea reintegro de pérdidas, operación más habitual, o no), plantearía dos efectos inmediatos: (1) el aumento del coste de cartera del socio que realiza la aportación y (2) el aumento de los fondos propios de la sociedad que la misma recibe. Estos mismos efectos para ambos sujetos pasivos del IS (aportante y beneficiaria) se producirían en el caso de que se realizara un aumento de capital mediante suscripción del mismo con una aportación no dineraria.

La LIS no exige ningún requisito especial en relación con la naturaleza de los bienes susceptibles de ser aportados a otra entidad pudiendo ser por tanto bienes muebles, inmuebles, activos materiales, derechos de cualquier tipo, títulos valores, activos financieros, etc. esto es, puede ser aportado cualquier bien o derecho susceptible de ser valorado económicamente La DGT, en consulta de 27 de febrero de 1997, dispuso que ello incluye incluso aquellos activos materiales que, por aplicación de la normativa contable no se encuentren previamente contabilizados en la entidad aportante, pero representen, no obstante, una expectativa de ingresos susceptibles de ser valorados económicamente.

Adicionalmente, hay que decir que otras normas fiscales siguen regulando la operación de reintegro de pérdidas. Así, por ejemplo, la vigente LIS no recoge ninguna mención específica del concepto de aportaciones de los socios sin contraprestación (para compensar pérdidas o no) relacionados con el supuesto planteado. La LIS 61/1978, en cambio, equiparaba la operación en cuestión, a la de una aportación de capital. Así, establecía su art. 11.5 "*Se considerarán como aportaciones de capital realizadas por los socios, las primas de emisión de acciones y las aportaciones que los mismos realicen para*

*reponer el patrimonio de conformidad con los artículos 163.1 y 260.4 del texto refundido de la ley de sociedades anónimas".*

Por otro lado, la LIS, en la propia regulación del régimen fiscal especial de reestructuraciones, utiliza el concepto de aportaciones de los socios en los requisitos establecidos para la compensación de las BIN. En concreto, el art. 84.2 (antes art. 90.3 de la LIS 43/1995) establece que las BIN pendientes de compensación de la entidad transmitente podían ser compensadas por la entidad adquirente bajo una serie de circunstancias pero, en el supuesto de que la entidad adquirente participase en el capital de la entidad transmitente o formen un grupo de sociedades en el sentido del art. 42 CCo, la BIN susceptible de compensación se reducirá en el importe de la diferencia positiva entre el valor de las aportaciones de los socios, realizadas por cualquier título, correspondiente a dicha participación y su valor fiscal. Con independencia de las razones y consecuencias que serán analizadas con posterioridad, lo importante a estos efectos es que el dato que se considera es el de las aportaciones de los socios sin importar la forma mercantil de las mismas.

A efectos de determinar la limitación mencionada, la propia DGT<sup>197</sup>, entendió que debían considerarse como aportaciones la totalidad de los recursos a fondos propios aportados por los socios que transmitieron la participación cualquiera que fuere la forma en que se hubiese instrumentado esta aportación. En consecuencia, puede entenderse que las aportaciones para compensar pérdidas formarían parte de este concepto de aportaciones de los socios.

El Real Decreto Legislativo 1/1993, por el que se aprobó el texto refundido de la ley del ITPAJD, determina su art. 19 como hecho imponible de la modalidad de OS, las aportaciones de los socios para la compensación de pérdidas, equiparándola de esta forma a las ampliaciones y reducciones de capital.

La Directiva 69/335/CEE relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, establece en su art. 12,1.C) que los Estados miembros podrán percibir " (...) *impuestos sobre las transmisiones referidas a los bienes de cualquier naturaleza que se aporten a una sociedad, asociación o persona moral que persigan fines lucrativos, en la medida en que la transmisión de estos bienes tenga una contraprestación que no sean participaciones sociales*".

---

<sup>197</sup> Vid. consultas de 8 de noviembre de 1996 y 10 de junio de 1997.

Ya hemos comentado que algunos autores defienden que el origen del actual art. 87 de la LIS está basado en la modificación que operó en la cuantificación de renta en el momento de la realización de aportaciones no dinerarias, más concretamente lo regulado en el art. 15 de la LIS 43/1995 el propio art. 15, en su apartado 2 letra b) decía textualmente que se valorarán por su valor normal de mercado los elementos patrimoniales siguientes: "*Los aportados a entidades y los valores recibidos en contraprestación*". Si leyéramos el artículo en el sentido de incluir sólo las aportaciones no dinerarias en el término estrictamente mercantil, nos llevaría a concluir que las aportaciones no dinerarias mediante aportaciones de los socios sin contraprestaciones (incluyendo el reintegro de pérdidas) hubieran quedado excluidas también de la aplicación del art. 15 de la LIS

Si el origen del art. 87 de la LIS es potenciar la realización de operaciones de reestructuración empresarial, sin exigir la concurrencia de los requisitos para gozar del régimen de las aportaciones no dinerarias de rama de actividad no existe razón alguna por los cuales no pueda aplicarse a los reintegros de pérdidas cuya finalidad se aproxima en gran manera a la reestructuración empresarial.

Haciendo una interpretación literal de uno de los requisitos que contempla el art. 87 de la LIS "*una vez realizada la aportación, ..., participe en los fondos propios de la entidad que recibe la aportación en, al menos, el 5 por ciento*", podría argumentarse que si previamente el sujeto aportante ya poseía el 5 por ciento, el régimen especial del art. 87 es aplicable sin requerir que el sujeto adquiriera como consecuencia de la aportación más participación en el capital la compañía.

En contra de la admisión del reintegro de pérdidas como operación a la que le es aplicable el régimen fiscal especial de la LIS cabe decir que por un lado el hecho de que la aportación de fondos no vaya directamente a capital defrauda la calificación de aportación no dineraria en el ámbito mercantil. Por otro lado, literalmente se incumplen los requisitos exigidos por la norma.

Finalmente podría argumentarse en contra que se incumple la necesidad de adquirir alguna participación (no el 5 por ciento estrictamente, sino alguna participación) como consecuencia de la aportación. Así, por ejemplo en el art. 119 de la LIS 43/1995 (referido a las entidades de tenencia de valores extranjeros), se refería a "*el porcentaje de participación que dichas aportaciones confiera*". Por otro lado, la consulta de la DGT de 27 de diciembre de 1996, dice: "*basta con tener dicha participación con posterioridad a la aportación para que la misma pueda acogerse al régimen fiscal establecido en el*

*capítulo octavo del título octavo de la LIS con independencia de que esta participación se tuviera con anterioridad a la realización de la operación o bien que la misma se alcance de forma exclusiva con la aportación o que con la participación adquirida de la aportación conjuntamente con la tenía con anterioridad se alcance la mencionada participación del 5 por 100".*

Por parte de la Administración, la DGT se ha manifestado entendiendo de forma restrictiva que por operaciones no dinerarias deben incluirse exclusivamente las que se recogen como tales en el ordenamiento mercantil<sup>198</sup>.

## **4. Aportaciones no dinerarias realizadas por personas físicas**

### **4.1. Incorporación y evolución legislativa**

Otro aspecto objeto de discusión constante desde su aparición ha sido la posibilidad de aplicar este régimen a las personas físicas. Desde un principio, quedó bastante claro quiénes eran las entidades a las que les era de aplicación este régimen. Por un lado, la

---

<sup>198</sup> Consulta DGT de 24 de febrero de 1998. La DGT entiende que no procede la aplicación del art. 108 de la LIS a una operación de aumento de capital mediante la conversión de obligaciones dado que, en base a la ley de sociedades anónimas y el reglamento del registro mercantil, la suscripción de acciones mediante la apelación mencionada no constituía una aportación no dineraria y ("*de acuerdo a lo anterior, lo primero que debe valorarse que si la operación de conversión de obligaciones en acciones constituye una aportación no dineraria. Pues bien, la aportación es la prestación a la que está obligada a la persona que suscribe las acciones, pudiendo efectuar la misma mediante aportaciones dinerarias (artículo 154 ley de sociedades anónimas), aportaciones no dinerarias (artículo 155 ley de sociedades anónimas) y por compensación de créditos (artículo 156 ley de sociedades anónimas), constituyendo la conversión de obligaciones en acciones una modalidad de aumento por compensación de créditos de manera que la conversión de obligaciones en acciones no constituye una aportación no dineraria y la misma conclusión podemos extraer del artículo 168 del reglamento del registro mercantil, el cual distingue entre aportaciones dinerarias (apartado 1), aportaciones no dinerarias (apartado 2) y compensación de créditos (apartado 3), como formas o clases diferentes de contravalor del aumento del capital social*").

Consulta DGT de 19 de julio de 1999. Entiende que no procede la aplicación del art. 108 de la Ley del I.S. a una operación de aumento de capital mediante compensación de créditos porque no constituye una aportación no dineraria en sentido estricto, aun cuando pueda guardar cierta similitud con aquella, y, dado que en este ámbito no es admitida la analogía de acuerdo con el art. 23 LGT. (Tomadas en este sentido, la aportación sería la prestación a la que está obligada a la persona que suscribe las acciones en un aumento de capital de una sociedad, pudiendo efectuarse mediante aportaciones dinerarias (art. 154 Ley de SA), aportaciones no dinerarias (art. 155 Ley de SA) y por compensación de créditos (art. 156 Ley de SA). La operación a que se refiere la consulta pretende utilizar como contravalor de la ampliación de capital ciertas deudas que asumirá la entidad aportante, por lo que debe calificarse como una ampliación de capital por compensación de créditos por lo tanto, no constituye una aportación no dineraria en sentido estricto, aun cuando pueda guardar cierta similitud con aquella, y, dado que en este ámbito no se admitirá la analogía de acuerdo con el art. 23 de la LGT, a esta operación no les será de aplicación el régimen fiscal establecido en el capítulo VIII del título VIII de la Ley del I.S.).

Directiva 90/434/CEE se refería al concepto de sociedad, que después (a través de un Anexo) limitaba a determinadas sociedades de cada uno de los Estados miembros; en el caso de España las entidades a las que les era de aplicación eran la sociedad anónima, la sociedad comanditaria por acciones, la sociedad de responsabilidad limitada y las entidades de derecho público que operasen en régimen de derecho privado. La Directiva 2009/133/CE mantuvo el mismo régimen e idénticas referencias societarias.

La Ley 29/1991 hacía una referencia genérica a “entidades” sin exigir requisitos adicionales, aunque la propia Ley tenía como eje fundamental el mejor tratamiento tributario en el IS y, en menor medida, en el IRPF (también, de forma casi residual en el IIVTNU), por lo que se infería la necesidad de que dichas entidades estuvieran sujetas a este impuesto. Por otro lado, las operaciones previstas eran propias de sociedades mercantiles. La Disposición Adicional 1ª trataba de extender el régimen fiscal de la Ley a aquellas operaciones con resultados equivalentes a las previstas en la Ley, aunque no fueran realizadas por sociedades mercantiles, siempre que estuvieran sujetas al IS.

Lo que no resultó tan claro era la posible aplicación a las aportaciones no dinerarias realizadas por personas físicas del régimen aquí previsto; por un lado, si era necesario el ejercicio de algún tipo de actividad económica en las personas físicas y, por otro, si había distinciones dentro del tipo de actividad ejercida.

Como decíamos, la Directiva 90/434/CEE no hacía ninguna mención expresa a las personas físicas, pero, implícitamente, las excluía de la aplicación del régimen previsto. Por un lado, al definir la aportación de activos se refería exclusivamente a *sociedades* por lo que parece claro que no era aplicable a personas físicas. Por otro lado, con posterioridad, explicaba que por sociedades sólo se entendería las que se incluían en el anexo<sup>199</sup> y en todo caso tenían que estar sujetas, en el caso español, al Impuesto sobre Sociedades. La Directiva 2009/133/CE mantuvo esta referencia al concepto de “sociedades” al describir a los intervinientes en las operaciones que regulaba.

No obstante, tal y como hemos comentado con anterioridad, la transposición al Derecho español supuso que, además de a las operaciones previstas en la Directiva, también se aplicara a las operaciones internas. La Ley 29/1991 en su Disposición Adicional

---

<sup>199</sup> Que en el caso español eran la sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada, sociedad comanditaria por acciones y entidades de derecho público que operen en régimen de derecho privado.

Segunda<sup>200</sup> incluyó la aplicación de la operación de aportaciones a sociedades de unidades económicas autónomas realizados por empresarios, sujeto a la condición de que llevaran su contabilidad con arreglo a lo dispuesto en el Código de Comercio. Curiosamente, se exigía que lo aportado constituyera una unidad económica en lugar de una rama de actividad, sin que de la definición de rama de actividad contenida en el art. 2 de la Ley 29/1991 se pueda inferir con claridad cuál es la diferencia entre una y otra.

A partir de esta redacción, la doctrina, mayoritariamente, entendió que las aportaciones (parece que el legislador excluyó el término añadido “no dinerarias” para evitar una asimilación no correcta a las aportaciones mercantiles) realizadas por personas físicas estaban limitadas al cumplimiento de tres requisitos:

- a) Que lo aportado constituyera una unidad económica autónoma.
- b) Que quien realiza la aportación fuera un empresario.
- c) Que el empresario llevara su contabilidad con arreglo a lo dispuesto en el Código de Comercio.

La LIS 43/1995, en su redacción original, introdujo una nueva redacción que, en función de la interpretación dada a la Ley 29/1991, pudiera ser relevante o no. Así, estableció que *“El régimen previsto en el presente capítulo (Capítulo VIII del Título VIII) se aplicará a las aportaciones de ramas de actividad, y a las aportaciones de elementos patrimoniales afectos a actividades empresariales en las que concurren los requisitos previstos en el apartado anterior, efectuadas por personas físicas, siempre que lleven su contabilidad con arreglo a lo dispuesto en el Código de Comercio.”*

Cabe señalar que el Libro Blanco para la reforma del IS no hacía ninguna referencia a la necesidad de una modificación en el régimen aplicable a las personas físicas. Tampoco la Exposición de Motivos de la propia LIS 43/1995 hacía ninguna referencia al respecto.

Así, de acuerdo con esta redacción, las personas físicas que desarrollasen explotaciones económicas que constituyeran ramas de actividad podían aportarlas a entidades (no se precisaba donde debían aportarse) de manera que el régimen fiscal de esta aportación

---

<sup>200</sup> La redacción literal de la Disposición Adicional Segunda señalaba “También serán de aplicación las disposiciones establecidas en el Título primero de la presente Ley a las aportaciones a sociedades de unidades económicas autónomas realizadas por empresarios individuales, siempre que lleven su contabilidad con arreglo a lo dispuesto en el Código de Comercio”.

fuera el establecido para las operaciones de reestructuración con las mismas condiciones y requisitos<sup>201</sup>.

La Ley 50/1998 estableció un nuevo redactado al apartado 1 del art. 108 eliminando la exclusiva referencia a “*la entidad aportante*” sustituyéndola por una referencia “*al sujeto pasivo de este impuesto o del Impuesto sobre la renta de las Personas Físicas*”.

Posteriormente, la Ley 24/2001 incorporó la referencia al “*sujeto pasivo de este impuesto o del contribuyente del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*” conjuntamente con la posibilidad, ahora sí de forma evidente, de que los sujetos pasivos del IRPF pudieran aportar acciones o participaciones sociales (sin afección alguna a actividad económica o empresarial) sujeto a una serie de requisitos (además de poseer los títulos de manera ininterrumpida durante el año anterior a la aportación, la entidad cuyos títulos se aportaban debía ser residente en territorio español, no serle aplicable el régimen de transparencia fiscal y que al menos se aportara un 5% de participación en los fondos propios). Adicionalmente, sustituyó el término de afectación a “*actividades empresariales*” referido a la aportación de elementos patrimoniales de los sujetos pasivos del IRPF por la referencia a afectación a “*actividades económicas*”. La referencia a actividades empresariales en contraposición a actividades profesionales suscitó una importante polémica durante la vigencia de aquella redacción.

La Ley 46/2002, además de reemplazar la referencia a las sociedades sujetas al régimen de transparencia fiscal que había sido sustituido por el régimen de sociedades patrimoniales, incorporó otros regímenes (Agrupaciones de Interés Económico –AIE- y Uniones Temporales de Empresas –UTE-) cuya sujeción al mismo de la entidad que recibía la aportación impedía la aplicación del régimen fiscal protegido.

El TRLIS 2004 mantuvo en su redacción original (trasladada al art. 94) los mismos requisitos. Fue la Ley 35/2006 la que sustituyó la referencia a que la sociedad cuyos títulos se aportaban no podía estar sujeta al régimen de las sociedades patrimoniales porque no fuera una sociedad de las consideradas gestoras de patrimonio de acuerdo con el art. 4.Ocho.Dos de la Ley 19/1991 del IP ni tampoco cumpla los requisitos del 4º párrafo del art. 116.1 de la propia LIS (ya explicados en el apartado de las aportaciones no dinerarias especiales).

---

<sup>201</sup> LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J. A. (2000). *Operaciones de reestructuración empresarial, op.cit.*, pág. 374.

La actual LIS introdujo las referencias a los contribuyentes del IRNR (junto al IS y el IRPF) y eliminó la referencia a los requisitos del art. 116.1, 4º párrafo, que había desaparecido de la Ley. Además, eliminó la exigencia de que los elementos patrimoniales aportados no pudieran ser valorados, a efectos fiscales, por un valor superior a su valor normal de mercado.

#### **4.2. La necesidad de desarrollar una actividad económica**

La cantidad de cambios introducidos en este artículo en tan corto periodo de tiempo, sobre todo en los primeros años de vigencia, pone de manifiesto las importantes controversias que suscitaron sus diferentes redacciones que, en parte, fueron desapareciendo con las sucesivas modificaciones.

Un primer aspecto objeto de una importante discusión, hasta la modificación introducida por la Ley de Acompañamiento para 2002, había sido la posibilidad de que el régimen de las aportaciones no dinerarias especiales fuera aplicable a las aportaciones realizadas por personas físicas aunque no fueran empresarios o profesionales, basándose, entre otros aspectos, en que la voluntad real de esta modificación, desde hace ya tiempo, era facilitar el acceso al régimen fiscal especial a todas aquellas personas físicas que realizaran aportaciones no dinerarias con una finalidad de reestructuración empresarial<sup>202</sup>.

Otros<sup>203</sup>, en cambio, explican esta modificación en la medida que con la redacción anterior se producía una falta de concordancia en la posibilidad de aplicar las

---

<sup>202</sup> Piénsese, por ejemplo, en la posibilidad de que un sujeto propietario de un inmueble que arrienda a una entidad decida aportarlo a la misma con el objeto de capitalizar la sociedad y reducir los gastos de la misma.

<sup>203</sup> CORREAS GONZÁLEZ, L.M., GARCIA MONTENEGRO, L., DEL HOYO ORTIGOSA, C., LINARES SÁEZ, M.D., LÓPEZ CARBAJO, J.M., PÉREZ-CAMPANERO FERNÁNDEZ, J.L., SANTA CRUZ DEL HOYO, M.L., SEIJO PÉREZ, F.J. (1999). *Guía de la Ley del Impuesto sobre la Renta*, CISS, Valencia, págs. 327 y 328, se planteaba las dos posturas con claridad, incluyendo alguno de los argumentos que permitiría defender una u otra, señalando: “La reforma [en referencia a la nueva redacción incorporada por la Ley 50/1998], (...), plantea dos posibles interpretaciones:

La primera supondría la posibilidad de que todas las aportaciones no dinerarias realizadas por contribuyentes del IRPF que no desarrollen actividades económicas pudiesen beneficiarse del régimen especial que la LIS contempla para estas operaciones. Esta interpretación chocaría con el hecho de que el art. 108.2 de la LIS [en referencia a la LIS 43/1995] exige, tratándose de elementos afectos a actividades económicas, que se trate de contribuyentes que lleven su contabilidad ajustada al Código de Comercio, por lo que se estaría haciendo de peor condición a los contribuyentes que desarrollen este tipo de actividades frente a los restantes, que sí podrían beneficiarse de este régimen especial en todo caso.



aportaciones no dinerarias especiales a las personas físicas y la referencia a las sociedades cuando el apartado 2 del propio art. 108 de la LIS 43/1995 ya preveía la aplicación a las mismas<sup>204</sup>.

A favor de la tesis de que esta reforma pretendía que todas las personas físicas, realizasen actividades económicas o no, se beneficien del régimen fiscal especial cabe decir que era una vieja aspiración de algunos profesionales y algún grupo parlamentario que parecen haber inspirado la modificación que nos ocupa. La historia de esta modificación (que se remonta al año 1995) con su correspondiente justificación (a pesar de que la enmienda que finalmente se aprobó carecía de justificación por ser transaccional), la defensa de ese cambio en el Congreso y los argumentos utilizados permiten defender que la voluntad real (con independencia de una redacción más o menos afortunada) no eran la de realizar una simple modificación formal<sup>205</sup>.

Sin embargo, más allá de la presunta voluntad del Parlamento a la hora de interpretar la introducción de una modificación normativa, debemos acudir, obviamente, a la redacción que finalmente se hizo de la misma.

---

La segunda, entendería que la reforma del art. 108.1 de la LIS [en referencia a la LIS 43/1995] es sólo una reforma "formal", que tiene por objeto hacer una referencia expresa a los sujetos pasivos del IRPF, pero sólo para aquellos casos en que es de aplicación el régimen especial de la LIS, es decir, para empresarios que lleven su contabilidad ajustada al Código de Comercio."

<sup>204</sup> Así, por ejemplo, RUIZ TOLEDANO, J. I. (1998). "Fraude de ley, simulación y calificación en el Derecho tributario", en *Fiscal mes a mes*, núm. 29, págs. 51-60, señalaba que " *el citado artículo se redacta de nuevo para matizar que, una vez realizada la aportación, el requisito exigido de participación mínima habrá de ser cumplido tanto por el aportante sujeto pasivo del IS o del IRPF*". La circular número 899 de la Comisión Fiscal de la Asociación Española de Banca (AEB) comentó que con la nueva redacción del artículo 108 de la ley del I S. "*se incluyen en el apartado b) a los sujetos pasivos del impuesto sobre La renta de las personas físicas en coherencia con lo establecido en el apartado 2 del propio artículo 108*". CARBAJO VASCO, D., DOMINGUEZ RODICIO, J. R. (1999). *Todo sobre el nuevo I.R.P.F.*, Wolters Kluwer Educación, Madrid, pág. 180, dan un opinión confusa, siendo la siguiente: "*esta ley ( referencia al artículo 108 de la ley del I S.) también resultará aplicable a los empresarios individuales (no a los profesionales) de conformidad con el tenor literal del artículo 108.2 Lo más destacable es el diferimiento en la tributación de las ganancias y pérdidas patrimoniales que se pongan de manifiesto con ocasión de la aportación, siempre que se cumplan los requisitos y condiciones establecido en la propia ley (artículo 100 de la LIS.). Curiosamente este planteamiento de la legalidad del Impuesto sobre Sociedades abre un nuevo capítulo para la deliberación pues, frente a gravamen de las gracias patrimoniales de elementos afectos con menos de dos años de antigüedad en el patrimonio del transmitente, la aportación a sociedades supone una opción fiscal interesante. "S e incluyen como nota a pie de página el siguiente comentario: "este interés aumenta a raíz de la modificación introducida en el artículo 108.1 de la LIS por la ley 50/1998".*

<sup>205</sup> La primera enmienda se presentó en 1995 bajo la justificación de que el régimen fuera aplicable a las aportaciones no dinerarias efectuadas por personas físicas, de nuevo en 1998 con similar justificación y finalmente se aprobó como una enmienda transaccional (sin justificación).

Así, nos encontrábamos con el apartado 1 que, por sí mismo, permitiría defender la aplicación del régimen fiscal especial a las aportaciones no dinerarias especiales realizadas por cualquier sujeto pasivo del IS o del IRPF. Sin embargo, el apartado 2 del art. 108 que se convertía en freno para la aplicación del régimen fiscal especial a todas las personas físicas. En esta interpretación conjunta de todo el art. 108 se debería concluir que la aplicación a las personas físicas estaba limitada a que éstas realicen actividades empresariales y a los bienes afectos a las mismas, aunque había argumentos que, cuanto menos, permitieron poner en duda esta cuestión<sup>206</sup>.

La Ley de Acompañamiento para 2002 (Ley 24/2001) modificó el artículo despejando las dudas sobre la aplicación a las personas físicas del régimen fiscal especial respecto de las aportaciones de acciones o participaciones sociales que, en ningún caso, a nivel de persona física, podían considerarse afectos a una actividad económica. Así, como hemos comentado, se incorporó un subapartado c) al apartado 1 del art. 108 de la LIS 43/1995 (en la actualidad en el art. 87 LIS) refiriéndose de forma explícita a las aportaciones de acciones y de participaciones sociales realizadas por contribuyentes sujetos al IRPF, además de a los requisitos generales, a tres requisitos específicos:

1. Que la entidad de cuyo capital social sean representativas las participaciones a aportar sea residente en territorio español y que no le sea de aplicación determinados regímenes especiales ni tenga como actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario (en los términos del art. 4.Ocho.dos de la Ley 19/1991 del IP).
2. Que las participaciones aportadas representen una participación de, al menos, el 5% de los fondos propios de la entidad.

---

<sup>206</sup> Así, todo y considerando que en otros artículos del RFE de fusiones (Capítulo VIII del Título VIII en aquel momento) de la LIS 43/1995 también se mencionaba el IRPF como sujeto pasivo, refiriéndose a socios personas físicas no empresarios, era de destacar la referencia que se realizaba en el art. 35.3 de la Ley del IRPF (Ley 40/1998) al indicar que “lo dispuesto en las letras d) y e) del apartado 1 de este artículo [que regulan, entre otros, el régimen fiscal de las aportaciones no dinerarias efectuadas por personas físicas y de los socios personas físicas en procesos de fusión y escisión] se entenderá sin perjuicio de lo establecido en el Capítulo VIII del Título VIII de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades”. Es necesario decir que la estructura de la Ley 40/1998 al recoger los diferentes tipos de rentas separaba los Rendimientos del Trabajo (Sección 1ª del Capítulo I), los rendimientos del capital (Sección 2ª), los rendimientos de Actividades Económicas (Sección 3ª) y los Ganancias y Pérdidas Patrimoniales (Sección 4ª). Precisamente el art. 35 se encuadraba dentro de esta última sección. En consecuencia, la propia Ley del IRPF estaba pensando en la posibilidad de que se aplicase el régimen fiscal especial a las aportaciones a sociedades realizadas por personas físicas que no actuaran en desarrollo de una actividad empresarial (por cuanto, en ese caso, la referencia a la LIS debería haberse realizado en la Sección referida a las actividades económicas).

3. Que se posean de manera ininterrumpida por el aportante durante el año anterior a la fecha del documento público en que se formalice la aportación.

#### **4.3. La actividad económica a desarrollar: aportaciones realizadas por profesionales**

Ya hemos comentado que ninguna de las Directivas establece la posibilidad de que el RFE fuera aplicable a las personas físicas de ningún tipo y que, sin embargo, la Ley 29/1991 estableció la posibilidad de que el régimen fiscal especial fuera aplicable a las aportaciones no dinerarias de rama de actividad (única operación de aportación que existía en aquel momento) realizadas por empresarios individuales.

Con la entrada en vigor de la LIS 43/1995), lógicamente, se estableció la posibilidad de que también fueran aplicables los beneficios fiscales de las aportaciones no dinerarias especiales a los mismos sujetos con una redacción que dio lugar a numerosas dudas y opiniones discrepantes por parte de la doctrina.

Las dudas se generaron a partir del hecho de que tanto en la Ley 29/1991 como en la LIS 43/1995, en su redacción vigente hasta la modificación introducida por la Ley 24/2001, la referencia se hacía al término *empresarios* o *actividades empresariales*. El hecho de utilizar estos términos permitió a la mayoría de la doctrina y a la propia Administración establecer una distinción ente empresarios y profesionales a la hora de aplicar este régimen.

Efectivamente, la redacción del apartado 2, merced a la inclusión entre comas de la referencia *a las aportaciones de elementos patrimoniales afectos a actividades empresariales* concurriendo los requisitos del apartado 1, supuso el general entendimiento de que para poder realizar una aportación no dineraria especial era necesario que se tratara de una actividad empresarial, mientras que para la aportación de rama de actividad bastaba con que se realizara una actividad económica (como requisito previo e ineludible para la existencia de una rama de actividad).

La opinión mayoritaria, en consecuencia, estimó que al referirnos a aportaciones de rama de actividad el tipo de actividad que constituía el negocio aportado podía ser tanto una actividad empresarial como profesional ya que cuando se definía el concepto de rama de actividad, la LIS 43/1995 se remitía de forma genérica a una unidad económica y determinante de una explotación económica que podía predicarse tanto de actividad empresarial como profesional, exigiéndose, en todo caso, la llevanza de la contabilidad de acuerdo con lo dispuesto por el Código de Comercio.

Si la operación, en cambio, era una simple aportación no dineraria, la aplicación del régimen está condicionada a que el elemento aportado estuviera afecto a actividades empresariales y, además, que el empresario individual llevara, igualmente, su contabilidad de acuerdo con lo establecido en el Código de Comercio.

En ambos casos, se exigía igualmente que la entidad que recibía la aportación residiera en territorio español o realizara en dicho territorio actividades mediante un establecimiento permanente al cual se afectasen los elementos aportados y que una vez realizada la aportación la persona física aportante participara en los fondos propios de la entidad que recibe la aportación en, al menos, el 5 por 100.

No compartimos esta conclusión mayoritaria respecto de la no aplicación del régimen a las personas físicas que realizan actividades económicas calificadas de profesionales, en vigencia de la referida redacción del art. 108 de la LIS 43/1995. Del redactado del artículo se desprendía que, literalmente, se contemplaban dos supuestos en el art. 108.2 LIS 43/1995:

- a) Las aportaciones de ramas de actividad efectuadas por personas físicas, siempre que lleven su contabilidad con arreglo a lo dispuesto en el Código de Comercio.
- b) Las aportaciones de elementos patrimoniales afectos a actividades empresariales en las que concurren los requisitos previstos en el apartado anterior, efectuadas por personas físicas, siempre que lleven su contabilidad con arreglo a lo dispuesto en el Código de Comercio.

En nuestra opinión no existía tal distinción ente actividades empresariales y profesionales, sino que la referencia a las actividades empresariales era una referencia genérica que abarcaría a ambas (conviene reseñar que no se mencionaba en absoluto ni en el art. 108 ni en todo el Capítulo VIII del Título VIII las actividades profesionales).

Desde un punto de vista economicista y mercantil, no existía, ni existe, una verdadera distinción entre actividades empresariales y profesionales. Igualmente, el Código de Comercio no menciona en ninguno de sus artículos la existencia de profesionales o actividades profesionales, sino que realiza todas sus referencias a los empresarios. Podríamos decir, en consecuencia, que la distinción entre empresarios y profesionales es una distinción creada en el ámbito fiscal a partir de la clasificación de diferentes tipos de actividades, especialmente en el marco del Impuesto de Actividades Económicas.

No se adivinan las razones por las que un profesional no podía disfrutar de los beneficios del régimen especial del Capítulo VIII y un empresario sí, especialmente cuando existe

una perfecta asimilación económica entre ambos y el criterio diferenciador es ajeno al propio I.S. Desde luego, ello supondría una discriminación sin justificación que contravendría la propia finalidad del Capítulo VIII al pretender crear a través de este régimen especial un marco de neutralidad para favorecer este tipo de operaciones económicas de concentración y reestructuración de empresas<sup>207</sup>.

Finalmente, cabe añadir la ausencia de razón por la cual los sujetos que desarrollan actividades profesionales debían tener un peor trato que los que desarrollan actividades empresariales (y aún más considerando la falta de claridad respecto de unas actividades y otras)<sup>208</sup>.

La evolución de la normativa unido al hecho de que en ningún momento se niega de forma expresa el acceso a los sujetos que desarrollen actividades profesionales al régimen establecido, nos lleva a concluir que la referencia realizada a las actividades empresariales no era una referencia excluyente de las actividades profesionales sino que, al contrario, englobaba todas las actividades económicas, en el mismo sentido que lo hace el Código de Comercio u otras normas fiscales<sup>209</sup>.

---

<sup>207</sup> Desde un punto de vista finalista y reforzando del régimen establecido por la Ley 29/1991, la Exposición de Motivos de la Ley 43/1995 del IS señala que los principios inspiradores de la reforma del Impuesto de Sociedades fueron los siguientes: neutralidad, transparencia, sistematización, coordinación internacional y competitividad.

*El principio de neutralidad exige que la aplicación del tributo no altere el comportamiento económico de los sujetos pasivos, excepto que dicha alteración tienda a superar equilibrios ineficientes del mercado. Asimismo, este principio enlaza perfectamente con los principios constitucionales de generalidad e igualdad. En este sentido, el carácter selectivo de los incentivos fiscales sólo estaría justificado con base en equilibrios ineficientes del mercado, supuesto éste en el que no nos encontramos.*

*Finalmente, tenemos el principio de competitividad que exige al Impuesto de Sociedades que sea congruente con el conjunto de medidas de política económica destinadas al fomento de la competitividad. No nos parece justo excluir a los profesionales de ciertos beneficios cuando empresarios que realizan idénticas actividades desde el punto de vista objetivo si puedan disfrutar de las mismas.*

<sup>208</sup> Por otro lado, cabe resaltar la postura de algunas Comunidades Autónomas como la de Cataluña donde la Generalitat, haciendo uso de su capacidad normativa en materia de impuestos cedidos, ha decidido incluir en la Ley de Presupuestos para 1998 (Ley 16/1997, de 24 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Cataluña de Presupuestos de la Generalidad de Cataluña para 1998) una bonificación del 95% en el ISD para todos aquellos profesionales que decidan transmitir sus activos cumpliendo una serie de requisitos.

*El objetivo que se pretende con dicha bonificación es extender a los profesionales las ventajas que ya poseen los empresarios en la transmisión mortis causa de sus empresas. Por tanto, esta tendencia avalaría también la aplicación del art. 108 LIS también a actividades profesionales.*

<sup>209</sup> Inicialmente la DGT entendió que un profesional persona física no podía aportar una rama de actividad (Resolución de la DGT de 20 de diciembre de 1996)., pero con posterioridad cambió su criterio y entendió como admisible esta operación (Resolución de la DGT de 13 de octubre de 2003, entre muchas otras).

La DGT, modificando su postura inicial, también aceptó la aplicación del régimen fiscal del art. 87 de la LIS a las aportaciones no dinerarias realizadas por profesionales. En este sentido hay numerosas consultas a este respecto. Entre otras podemos citar, la consulta vinculante V2784-15 DGT de 23 de septiembre de 2015, la consulta Vinculante V0777-16 DGT de 25 de febrero de 2016 o la consulta Vinculante V2360-22 DGT de 15 de noviembre de 2022<sup>210</sup>.

#### **4.4. Requisitos para su aplicación**

Ya hemos referido con anterioridad los requisitos necesarios para la realización de las aportaciones no dinerarias por personas físicas. Por un lado, los mismos que deben cumplirse con carácter general: en el caso de aportaciones de rama de actividad, que lo aportado constituya efectivamente una unidad económica autónoma susceptible de funcionar por sus propios medios; en el caso de las aportaciones no dinerarias especiales que la entidad que recibe la aportación sea residente en territorio español o bien la aportación se realice a un establecimiento permanente de la entidad en España y que, tras la aportación, el aportante participe en, al menos, el 5% en los Fondos Propios de la entidad beneficiaria.

Adicionalmente, se exigen otros requisitos adicionales, uno para el caso de aportaciones no dinerarias de rama de actividad y otros tres para el caso de aportaciones no dinerarias especiales de acciones o participaciones sociales y dos más para el caso de AND de elementos distintos de acciones o participaciones. En el caso de las AND de rama de actividad realizadas por personas físicas es necesario que la persona física que realiza la aportación lleve su contabilidad de acuerdo con lo dispuesto en el CCo, o legislación equivalente en caso de personas físicas residentes en otros Estados miembros de la UE.

Podríamos sistematizar las aportaciones no dinerarias realizadas por personas físicas en tres tipos de aportaciones, cada una de las cuales tendrá unos requisitos, algunos de ellos comunes:

##### **1. Aportaciones no dinerarias de rama de actividad**

---

<sup>210</sup> Se trata en concreto de (1) la aportación por parte de dos personas físicas (que tributan en el IRPF en concepto de rendimientos de actividad profesional y llevan la contabilidad ajustada al CCo) de los derechos sobre los programas informáticos desarrollados (2) aportación de un veterinario y (3) aportación de una actividad de odontología.

2. Aportaciones no dinerarias de elementos patrimoniales afectos a actividades económicas (que no formen rama de actividad)
3. Aportaciones no dinerarias de acciones o participaciones sociales

En el caso de aportaciones no dinerarias de rama de actividad, será necesario, además de los requisitos genéricos respecto de las AND de RA, que el sujeto aportante lleve su contabilidad de acuerdo con el Código de Comercio (o si es residente en otro Estado miembro de la UE, de acuerdo a la legislación equivalente aplicable).

En el caso de AND especiales de otros elementos, que no formen una rama de actividad y que sean distintos de los títulos sociales, será necesario, además de los requisitos genéricos respecto de las AND especiales:

1. Que los elementos aportados estén afectos a una actividad económica
2. Igualmente, llevar la contabilidad de dicha actividad económica con arreglo a lo dispuesto por el CCo o legislación equivalente, en caso de residencia en otro estado de la UE

Finalmente, en el caso de las aportaciones no dinerarias especiales de acciones o participaciones sociales es necesario que, además de los requisitos genéricos de las AND especiales:

1. A la entidad cuyos títulos sociales son objeto de aportación no le sean de aplicación el régimen fiscal de las AIE, españolas o europeas, UTE, ni tenga como actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario de acuerdo con lo previsto en el art. 4.Ocho.Dos de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del IP.
2. Que dichos títulos representen una participación de, al menos, un 5 por ciento de los fondos propios de la entidad.
3. Que se posean de manera ininterrumpida por el aportante durante el año anterior a la fecha de aportación.

#### 4.4.1. Llevanza de la contabilidad conforme al Código de Comercio

Este requisito será necesario, como hemos visto, para todos los casos de AND de rama de actividad efectuadas por personas físicas y para AND especiales que no sean de títulos sociales.

La razón de esta obligación es, como señalan MARTINEZ ALFONSO Y BORRAS AMBLAR<sup>211</sup>, es la de conocer y justificar la valoración y antigüedad de los elementos patrimoniales aportados. En este sentido, la Consulta Vinculante V4192/2016 señala que “...el requisito relativo a la contabilidad se impone al aportante con el objeto de facilitar la correcta valoración de los elementos aportados, la incorporación de los mismos al patrimonio de la entidad adquirente y el cumplimiento por parte de ésta de todos los derechos y obligaciones contables, mercantiles y de índole tributaria que se refieran o afecten a los bienes y derechos transmitidos.”

La propia DGT<sup>212</sup> considera que el requisito de llevanza de la contabilidad se impone al aportante con el objeto de facilitar la correcta valoración de los elementos aportados, la incorporación de los mismos al patrimonio de la entidad adquirente y el cumplimiento por parte de ésta de todos los derechos y obligaciones contables, mercantiles y de índole tributaria que se refieran o afecten a los bienes y derechos transmitidos.

Sin estar en desacuerdo con la opinión de la DGT, entendemos que hay alguna razón adicional, especialmente en lo relativo a las obligaciones subsistentes del aportante. En este sentido, la justificación de la observancia de este requisito para la aplicación del régimen fiscal especial, radica, en nuestra opinión, en la necesidad de mantener un registro (como veremos con posterioridad en el apartado 6.2) que permita conocer el valor original del bien o de los bienes transmitidos en caso de que en la entidad beneficiaria se contabilicen por su valor de mercado y no por su coste original. Dado que a efectos de amortizaciones y de futuras transmisiones de dichos bienes el coste de adquisición que deberá tenerse en cuenta para calcular las alteraciones patrimoniales es el que tenía en el sujeto aportante (corregido por las correspondientes amortizaciones) debe existir un registro fiable de dicho coste.

El Título III del Libro Primero del CCo, titulado “*De la contabilidad de los empresarios*” establece una serie de obligaciones para los intervinientes en el tráfico mercantil, sean sociedades o empresarios individuales. En consecuencia, parece que deberían cumplirse todas las obligaciones establecidas en el mismo para que pudiera entenderse, de

---

<sup>211</sup> MARTÍNEZ ALFONSO, A.P., BORRÁS AMBLAR, F. (2021). *Casos prácticos de operaciones de reestructuración empresarial. Fusiones, escisiones, adquisiciones de negocio, aportaciones no dinerarias, canje de valores y otras operaciones*, CISS, Valencia, pág. 52.

<sup>212</sup> Vid. DGT Cuestión Vinculante nº V2111-10 de 22 de septiembre de 2010.



acuerdo con el art. 87 de la LIS, que los empresarios personas físicas llevan su contabilidad con arreglo a lo dispuesto en el CCo.

Tal y como establece el art. 25 del CCo todo empresario deberá llevar una contabilidad ordenada con la finalidad de poder realizar un seguimiento cronológico de sus operaciones. De forma obligatoria deberá llevar un Libro de Inventarios y Cuentas anuales y otro Diario, que deberán ser conservados durante 6 años a partir del último asiento, junto con la correspondencia, documentación y justificantes concernientes a su negocio.

El libro de Inventarios y Cuentas anuales se abrirá con el balance inicial y, al menos trimestralmente, se transcribirán con sumas y saldos los balances de comprobación. Al cierre del ejercicio el empresario deberá formular las cuentas anuales que comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria y deberán transcribirse a dicho Libro junto con el inventario.

Igualmente, el art. 27 CCo establece la obligación de legalización de los libros obligatorios en el Registro Mercantil. Esta legalización (que puede efectuarse de diferentes formas) es la que garantiza la realidad de los libros evitando la posibilidad de que se puedan “rehacer” con posterioridad en función de intereses que no se correspondan con la realidad o imagen fiel.

Por otra parte, tanto el PGC 1990 (hoy derogado) como el PGC 2007, normativa de desarrollo del CCo, establecen la obligatoriedad de su aplicación para todos los empresarios, tengan forma jurídica societaria o no, en concreto para todas las empresas, tengan forma jurídica individual o societaria.

La conclusión inmediata es que, en la medida en que todos los empresarios tienen la obligación de cumplir la normativa mercantil de contabilidad, todos los empresarios que cumplan con sus obligaciones mercantiles tendrán derecho a beneficiarse del régimen privilegiado del Capítulo VII de la LIS respecto de las aportaciones no dinerarias de ramas de actividad o de las aportaciones no dinerarias especiales.

La realidad es que en muchas ocasiones en las que el empresario individual determina sus rendimientos tributables de acuerdo con el método de estimación objetiva simplificada, desde el punto de vista fiscal, es suficiente llevar un Libro registro de ventas e ingresos, un libro de registro de compras y un libro registro de bienes de inversión. En

estos casos, aunque la normativa mercantil obliga a llevar a todo empresario los Libros citados, si no se llevaran, no podrá acogerse la operación al régimen fiscal especial<sup>213</sup>.

Por tanto, consideramos acertada la cautela del art. 87 por cuanto, como decíamos, en muchos supuestos de empresarios individuales las rentas integrables en su base imponible a efectos fiscales no se determinan de forma directa a través de sus registros contables, sino en base a un método de estimación objetiva. La falta de necesidad de estos Registros a efectos tributarios conlleva en muchas ocasiones su ausencia dado que las consecuencias mercantiles son de escaso calado<sup>214</sup>.

Como decíamos, la exigencia de este requisito para la aplicación del régimen fiscal especial, radica, en nuestra opinión, en la necesidad de mantener un registro con datos fiables acerca del valor original del bien o de los bienes transmitidos para determinar a futuro los ajustes extracontables sobre amortizaciones y sobre rentas de futuras transmisiones de dichos bienes.

No obstante, cabe considerar, desde una apreciación puramente literal de la norma, que, dado que no se exige un tiempo determinado de llevanza de la contabilidad de acuerdo con lo dispuesto en el CCo, bastará con que de forma inmediatamente anterior a la aportación de lleve esta contabilidad (siempre que se realice con los criterios del CCo: orden cronológico, claridad, imagen fiel, etc.) para que pueda realizarse la aportación acogida al régimen fiscal especial.

En este sentido se ha manifestado, sorprendentemente, la DGT mediante la contestación a consultas vinculantes (DGT V2111-10, DGT 1260-15 y DGT V0707-21) señalando que el art. 87.2 nada señala del plazo temporal y el CCo estrictamente tampoco. Por tanto, según este criterio, bastará cumplir con este requisito desde, al menos, el ejercicio anterior al que se realiza la aportación y, además, disponer de los

---

<sup>213</sup> En este sentido Consulta DGT V0707-21.

<sup>214</sup> SÁNCHEZ CALERO, F. (2002). *Instituciones de Derecho Mercantil*, McGraw-Hill, Interamericana de España, pág. 100 y ss, señala que la contabilidad de los empresarios nació de ellos mismos como mecanismo para controlar su negocio. Sin embargo, al ser usados los libros de contabilidad en algunos países como mecanismo de prueba en la relación con otros comerciantes se convirtió en obligación legal. En la actualidad la llevanza de la contabilidad, de una manera exacta, tiene una importancia crucial en la mayoría de legislaciones en aspectos como las obligaciones fiscales, los procedimientos concursales, las relaciones societarias e, incluso, en las relaciones laborales.

medios de prueba necesario para justificar la valoración que consta en la contabilidad de los elementos patrimoniales aportados<sup>215</sup>.

La Consulta Vinculante DGT V0707/2021, referida a un sujeto dedicado al arrendamiento de inmuebles, niega la posibilidad de aplicar el RFE si, en lugar de llevar la contabilidad de acuerdo a lo previsto en el CCo, dada su condición de empresario individual en estimación directa simplificada, llevara exclusivamente un libro registro de ventas e ingresos, un libro registro de compras y gastos y un libro registro de bienes de inversión. No obstante, abre la puerta al futuro recordando, de nuevo, al consultante que el art. 87.2 nada señala respecto al plazo temporal de llevanza de la contabilidad de acuerdo al CCo, bastando, en su opinión, con llevarla desde, al menos, el ejercicio anterior al que se produzca la aportación.

Sin embargo, la Consulta DGT V1772-20 va más allá y se inclina por considerar que la obligación de llevar la contabilidad con arreglo al CCo que exige al art 87.2 de la LIS se cumple atendiendo estrictamente a lo previsto en el art. 25 del CCo<sup>216</sup> sin que sea necesario, por tanto, la legalización de los Libros que exige el art. 27 CCo<sup>217</sup>.

---

<sup>215</sup> La referida Consulta señala textualmente al respecto: “En este sentido hay que señalar que el art. 87.2 de la LIS, antes citado, nada señala respecto del plazo temporal de llevanza de una contabilidad con arreglo a lo dispuesto en el Código de Comercio necesario para acogerse al régimen especial objeto de análisis. La LIS se limita a exigir una contabilidad completa y ajustada a las disposiciones mercantiles, con el objeto de facilitar y asegurar la realización de la operación desde la perspectiva de las dos partes intervinientes; y ello porque, por un lado, toda operación de aportación no dineraria exige el cumplimiento de una serie de requisitos y cautelas legales establecidos en la normativa mercantil.”

En definitiva, el requisito relativo a la contabilidad se impone al aportante con el objeto de facilitar la correcta valoración de los elementos aportados, la incorporación de los mismos al patrimonio de la entidad adquirente y el cumplimiento por parte de ésta de todos los derechos y obligaciones contables, mercantiles y de índole tributaria que se refieran o afecten a los bienes y derechos transmitidos. Por ello, bastará que el consultante lleve su contabilidad con arreglo a lo dispuesto en el Código de Comercio desde, al menos, el ejercicio anterior al que se realiza la aportación y se disponga de los medios de prueba necesarios para justificar la valoración de las diferentes partidas que figuran en dicha contabilidad.

<sup>216</sup> El art. 25 CCo establece:

Todo empresario deberá llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su empresa que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios. Llevará necesariamente, sin perjuicio de lo establecido en las Leyes o disposiciones especiales, un libro de inventarios y cuentas anuales y otro diario.

La contabilidad será llevada directamente por los empresarios o por otras personas debidamente autorizadas, sin perjuicio de la responsabilidad de aquellos. Se presumirá concedida la autorización, salvo prueba en contrario.

<sup>217</sup> El art. 27 CCo establece:

Los empresarios presentarán los libros que obligatoriamente deben llevar en el Registro Mercantil del lugar donde tuvieren su domicilio, para que antes de su utilización, se ponga en el primer folio de cada

La realidad es que el art. 27 CCo es un artículo complementario del art. 25 en la medida que garantizar la realidad de esa llevanza de los Libros obligatorios para todo empresario. Si entendemos que sería posible acreditar mediante otros medios de prueba la existencia de esos Libros, en pura coherencia, también deberíamos aceptar otros medios de prueba para la justificación de los datos que constan en los mismos. Nos decantamos, por tanto, por una interpretación estricta de la norma en cuanto a la llevanza de los Libros que incluye la legalización de los mismos.

Sin embargo, teniendo en cuenta que, como comentábamos con anterioridad, no se exige ninguna antigüedad en el cumplimiento del requisito bastando que se cumpla en el momento de la aportación, no vemos inconveniente en que si, en ese mismo ejercicio de aportación, se cumple con el requisito (y, obviamente, se acredita la veracidad de los datos) se pueda realizar la operación acogiendo al régimen fiscal especial.

#### 4.4.2. Afectación a una actividad económica

En el caso de las AND especiales realizadas por personas físicas distintas de acciones o participaciones de una sociedad, será necesario que los elementos aportados estén afectos a una actividad económica.

El art. 29 de la Ley del IRPF, bajo el título *Elementos patrimoniales afectos* describe los elementos que se entenderán afectos a una actividad económica realizada por una persona física. Aunque no lo explícita así, es obvio, dado que se trata de un impuesto cuyos contribuyentes son las personas físicas. El art. 22 RIRPF repite y complementa los criterios respecto de la afectación.

---

uno diligencia de los que tuviere el libro y, en todas las hojas de cada libro, el sello del Registro. En los supuestos de cambio de domicilio tendrá pleno valor la legalización efectuada por el Registro de origen. Será válida, sin embargo, la realización de asientos y anotaciones por cualquier procedimiento idóneo sobre hojas que después habrán de ser encuadradas correlativamente para formar los libros obligatorios, los cuales serán legalizados antes de que transcurran los cuatro meses siguientes a la fecha de cierre del ejercicio. En cuanto al libro de actas, se estará a lo dispuesto en el Reglamento del Registro Mercantil.

Lo dispuesto en los párrafos anteriores se aplicará al libro Registro de Acciones Nominativas en las Sociedades Anónimas y en comandita por acciones y al Libro Registro de socios en las sociedades de responsabilidad limitada, que podrán llevarse por medios informáticos, de acuerdo con lo que se disponga reglamentariamente.

Cada Registro Mercantil llevará un libro de legalizaciones.

Ambos artículos parecen referirse a tres tipos de bienes aunque, en realidad, se trata de una definición genérica, un complemento clarificador y una cláusula de cierre. Así, se entenderán que están afectos a una actividad económica desarrollada por el contribuyente:

1. Los bienes inmuebles donde se desarrolla
2. Los bienes destinados al uso del personal al servicio de la actividad (en ningún caso, los destinados al esparcimiento o uso particular del titular de la actividad)
3. Cualquier otro elemento patrimonial (bienes muebles) necesarios para la obtención de los rendimientos económicos

Para evitar dudas, se incluyen las siguientes aclaraciones:

1. En ningún caso los títulos representativos de participaciones en fondos propios de otra entidad (normalmente, acciones o participaciones) se consideran afectos a una actividad económica
2. Tampoco se entenderán afectos los títulos o derechos representativos de la cesión a terceros de capitales propios
3. Igualmente, los bienes destinados a esparcimiento y recreo del titular de la actividad se entenderán afectos
4. En el caso de elementos patrimoniales que se usen sólo parcialmente para la actividad, se entenderá afecta la parte de los mismo que se utilice en la actividad económica
5. En ningún caso podrán entenderse afectos parcialmente elementos patrimoniales indivisibles
6. No estarán afectos los bienes que se usen simultáneamente para actividades económicas y necesidades privadas salvo que se utilicen de forma accesorio e irrelevante (se usen en días u horas inhábiles para la actividad).

Además, se especifica que la afectación es independiente de la titularidad del bien en el caso de titularidad común de ambos cónyuges<sup>218</sup> y que los bienes que no figuren en la contabilidad o registros oficiales que deba llevar el contribuyente no se entenderán afectados, salvo prueba en contrario.

---

<sup>218</sup> Nótese en este caso que, sin perjuicio de que no entraremos en este análisis por exceder del contenido del presente trabajo y no ser especialmente relevante para las conclusiones que alcanzaremos, que el artículo únicamente contempla supuesto de matrimonio (pues así lo indica la referencia a cónyuge) sin contemplar otros supuestos de uniones de hecho y, por otro lado, que sólo contempla la titularidad común pero no la del cónyuge distinta del titular de la actividad, situación perfectamente posible.

El art. 16 del IRNR, tras establecer las rentas imputables al establecimiento permanente que van a ser objeto de imposición en España, pese a tratarse de un sujeto no residente a efectos fiscales en este territorio, señala que se considerarán elementos patrimoniales afectos al establecimiento permanente (y, por tanto, debemos entender que a la actividad económica) los vinculados funcionalmente al desarrollo de la actividad que constituye su objeto. Aclara que los activos representativos de participaciones en los fondos propios de una entidad (normalmente, acciones o participaciones) solo se entenderán afectos al establecimiento permanente cuando el propio establecimiento permanente sea una sucursal registrada formalmente en el registro mercantil y se cumplan los requisitos reglamentarios.

Sin entrar en profundidad en los requisitos exigidos, sí podemos apreciar que, frente al detalle con el que se regula en la LIRPF y en el RIRPF la LIRN es mucho más laxa y genérica al referirse a los bienes afectos. La razón no es otra que, en el caso de no residentes, la posible “confusión” entre bienes afectos y no afectos es bastante remota por cuanto, precisamente, la no residencia comporta normalmente la falta deviene de usos propio. De esta forma, al legislador le ha preocupado poco este problema y ha cerrado el tema con la referencia genérica antes expuesta a una “vinculación funcional”.

Al respecto conviene resaltar que la Consulta vinculante de la DGT V2374-16, de 31 de mayo de 2016, señala que de todos los elementos patrimoniales aportados a la sociedad deben quedar excluidas, en todo caso, las existencias y, por tanto, dentro de las participaciones sociales recibidas a cambio de la aportación no dineraria debe distinguirse la parte de dichas participaciones sociales que tienen la fecha y valor de adquisición correspondiente a los elementos patrimoniales aportados a los que se ha aplicado el régimen fiscal especial, y el resto, cuya fecha y valor de adquisición será la de la aportación no dineraria y por el valor de aportación. La razón es que las existencias transmitidas no generan una alteración patrimonial, sino que, de acuerdo con la LIRPF, se consideran rendimientos de actividades económicas.

Otro elemento de gran importancia, es la limitación establecida por el art. 28.3 LIRPF que señala que no se entenderá que los bienes están afectos si se procediese a la enajenación de los mismos antes de transcurridos tres años desde su inicial afectación.

En relación con las aportaciones no dinerarias sujetas al RFE, la DGT ha venido entendiendo, desde el inicio del régimen, en diferentes consultas<sup>219</sup> que, en la medida, que no existiese la antigüedad citada de los tres años afectos a la actividad, no era posible aportar dichos bienes bajo el RFE, sencillamente porque se entenderían no afectos a la actividad. En este sentido, es interesante el trabajo de PONT CLEMENTE<sup>220</sup> en el que cuestiona este criterio de la DGT de forma totalmente fundada pues entiende que el criterio obedece a la búsqueda de evitar abusos de la norma por parte del contribuyente, para lo cual tendría que aplicar la norma antielusión del art. 89.2 de la LIS en lugar de un criterio inadecuado.

Su razonamiento es que se está aplicando una doble norma antiabuso. Además de la del art. 89.2, la propia exigencia de la antigüedad de los tres años es otra norma que pretende evitar abusos en la tributación de la transmisión de bienes buscando un menor pago vía afectación a una actividad económica. En su artículo, Pont demuestra que tanto en el ordenamiento francés como de los Países Bajos, no existe esta limitación por lo que, en aplicación de la STJCE recaída en el asunto LeurBleum sería aplicable directamente la Directiva prevaleciendo sobre el derecho interno.

#### 4.4.3. Características de la sociedad cuyos títulos se aportan

Establece el art. 87.1.c.1. de la LIS para el supuesto de aportaciones de títulos societarios (acciones o participaciones) que la sociedad de la que son representativos dichos títulos deber reunir unas características determinadas o, mejor dicho, no debe reunir ciertas características. En concreto no puede:

1. Estar sujeta al régimen de la AIE
2. Estar sujeta al régimen de las UTE
3. Tener como actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario de acuerdo con lo previsto al respecto por el art. 4.Ocho.Dos.

Respecto de las dos primeras condiciones exigidas, de acuerdo con el redactado del art. 87.1.c.1. no es que la entidad cuyos títulos son objeto de aportación sea una AIE o una UTE sino que a la entidad no le sea de aplicación el régimen fiscal especial de las AIE ni

---

<sup>219</sup> Por todas, Consulta Vinculante nº V0469-21 DGT de 4 marzo de 2021.

<sup>220</sup> PONT CLEMENTE, M. (2001). "Aportación de ramas de actividad por un empresario individual al amparo del artículo 108 de la LIS: El principio de neutralidad fiscal frente a la exigencia de que los bienes afectos lo hayan sido durante tres años", en *Quincena fiscal*, núm. 19, págs. 9-18.

el de las UTE que prevé la propia LIS. No es que en la práctica esta redacción suponga una diferencia material respecto de la redacción aparentemente más lógica que era indicar que no sería aplicable si la entidad emisora de los títulos que se aportaban era una AIE o una UTE, pero sí es remarcable la redacción por lo extraña de la misma.

El llamado en el art. 87 “régimen especial” tanto de AIE como de UTE no lo es tal (al menos, en el sentido estricto del mismo y sistemático de la LIS) sino una serie de especialidades respecto del régimen general contenidas en el propio régimen general.

Así, los arts. 43 y 44 de la LIS se refieren a las AIE españolas y a las AIE europeas. La cuestión, de acuerdo con el redactado del art. 87 de la LIS, es a quien les serán de aplicación el régimen fiscal previsto en las mismas. La respuesta no podía ser otra que a las AIE reguladas en su propia Ley vigente, esto es, la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico (respecto de las españolas) y las AIE reguladas en el Reglamento (CEE) nº 2137/1985 del Consejo, de 25 de julio de 1985.

La referida Ley 12/1991 reguladora del régimen sustantivo de las AIE se aplicará a todas aquellas entidades constituidas como AIE de acuerdo con la normativa de la propia Ley. La misma detalla con claridad los requisitos de la misma y el procedimiento a seguir para su constitución, incluyendo el contenido de la escritura constituyente, la denominación AIE y la inscripción en el Registro Mercantil. De este modo resulta difícil que pueda existir confusión alguna respecto de si una entidad es o una AIE y le resulta de aplicación el régimen fiscal especial de las mismas.

En cuanto a las AIE europeas, el citado Reglamento (CEE) nº 2137/1985 establece igualmente los requisitos de constitución, su inscripción en el registro correspondiente y su denominación como AIE. De nuevo, parece difícil el error al respecto.

Por su parte, el régimen fiscal de las UTE está regulado en el art. 45 de la LIS que, de idéntica forma a las AIE se remite a su Ley sustantiva, la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de Empresas y de las Sociedades de desarrollo Industrial Regional que, a su vez, también contiene referencias de tipo fiscal. No obstante, de nuevo, parece claro que, en atención, a los requisitos formales y de comunicación exigidos no existirá duda alguna sobre su condición.

Respecto del tercer requisito de la sociedad cuyos títulos son objeto de aportación, la LIS remite directamente a la Ley del IP y, concretamente, a un concepto que ha sido objeto de controversia a lo largo de los años. No es objeto del presente trabajo analizar



concepto del IP pero si, en el presente caso conviene detenerse brevemente en el análisis de este requisito que imposibilita la aplicación del RFE.

El art. 4 de la Ley del IP establece una serie de bienes y derechos que se consideran exentos del impuesto en atención a diferentes consideraciones tras la que subyace el fomento de la propiedad de los mismos por un cierto interés general.

En concreto el apartado Ocho del artículo 4 se centra en los bienes que de una manera u otra están afectos a actividades empresariales. El subapartado Uno se refiere a los bienes afectos cuya titularidad es directa respecto de las personas físicas contribuyentes del IP. El subapartado Dos se centra en la titularidad de participaciones de entidades que, a su vez, desarrollan una actividad empresarial declarándolas exentas del IP siempre que la actividad de la entidad *“... no tenga por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario”*. A continuación, clarifica *“Se entenderá que una entidad gestiona un patrimonio mobiliario o inmobiliario y que, por lo tanto, no realiza una actividad económica cuando concurren, durante más de 90 días del ejercicio social, cualquiera de las condiciones siguientes:*

*Que más de la mitad de su activo esté constituido por valores o*

*Que más de la mitad de su activo no esté afecto a actividades económicas.”*

La Ley del IP, en los apartados b) y c) además exige otros requisitos para que estas participaciones estén exentas del IP, pero son requisitos que, desde el punto de vista de aplicación del RFE a las AND del art. 87 resultan irrelevantes.

Por el contrario, sí son relevantes las matizaciones que realiza la ley en el propio apartado a) respecto de cómo debe computarse esta mitad y que elementos deben considerarse incluidos y cuáles no. Las matizaciones son las siguientes:

1.- Para determinar si existe actividad económica y si un elemento patrimonial se encuentra afecto a ella se estará a lo dispuesto en el IRPF. Debemos entender a la legislación aplicable al IRPF, fundamentalmente Ley y Reglamento.

2. El valor de los activos, afectos y no afectos, será el que se deduzca de la contabilidad en el bien entendido que refleja correctamente la situación patrimonial de la entidad.

3. No se computarán como valores no afectos (lo que no significa que se computen como valores afectos):

a) Los poseídos por obligación legal o reglamentaria

b) Los que incorporan derechos de crédito derivados de la actividad económica normal de la sociedad

- c) Los que otorguen, al menos, el 5% de los derechos de voto de otra entidad (que, a su vez, no se considere que gestiona un patrimonio mobiliario o inmobiliario), que la razón de tenerlos sea dirigir y gestionar la participación y que se disponga de los medios humanos y materiales para poder realizarlo
- d) Aquellos cuyo precio de adquisición no supere el importe de los beneficios no distribuidos obtenidos por la entidad por la realización de actividades económicas en el año en curso y en los último 10 años anteriores. Los dividendos tienen la consideración de beneficios siempre que provengan en, al menos, un 90% de actividades económicas en la filial que los reparte

Se trata de evitar que, bajo la justificación de reestructuraciones empresariales, se realicen reestructuraciones patrimoniales que en nada se justifican en base a las operaciones que pretende facilitar el RFE. En este sentido, las aportaciones de participaciones de entidades que no se puedan considerar operativas desde el punto de vista empresarial no deben beneficiarse de las ventajas del régimen.

Con buen criterio, el art. 87 se remite a la Ley del IP donde precisamente se analizan el mismo tipo, conceptualmente, de sociedades para negarles la exención (cuanto menos la total) del IP y aprovecha la regulación existente dando, además, coherencia al sistema tributario general.

La Ley del IP, en este aspecto, considera que para determinar si una sociedad se la puede considerar o no plenamente operativa desde el punto de vista empresarial hay que acudir a su activo y separar los activos que se consideran productivos y afectos a una actividad empresarial de los que se consideran activos patrimoniales. En este sentido los valores en general se consideran no afectos a la actividad con algunos matices.

Los valores que deriven de actividades empresariales o se tengan por obligación legal no se computarán como valores no afectos. Tampoco los que se entiendan que corresponden a una actividad empresarial a través de la gestión de las participaciones, lo que se conoce como sociedades holding.

Considera la Ley del IP que, si la participación es significativa y, a tal efecto, la establece en el 5%, y si se posee para gestionar la participación se cumplen estas condiciones. Destacar que se refiere a la gestión de la participación y no de la (sociedad) participada y que exige, sin concretar, disponer de los medios humanos y materiales para esta gestión. Realmente, no parece que, para gestionar, las participaciones se necesiten unos medios humanos y materiales muy específicos.

Así como en el caso de las sociedades inmobiliarias, la Ley del IRPF (art. 27.2) ha concretado qué medios se necesitan para su gestión (local afecto y persona empleada con contrato laboral y a jornada completa) en este caso no se ha considerado precisar tanto lo que, en nuestra opinión, por un lado, es más justo y, por otro, más incierto<sup>221</sup>.

La consideración de una actividad empresarial o profesional frente a una actividad patrimonial (de simple tenencia de bienes) ha sido un elemento de histórica discusión y de impacto muy notable en diferentes impuestos y en diferentes momentos de manera muy significativa (especialmente en el IS). La fijación de un criterio objetivo, como es la referencia clara a la existencia o no de dos elementos claros que se interpretan como imprescindibles para la gestión si se trata de una verdadera actividad económica como son la presencia de persona contratada laboralmente y local afecto no cabe duda que genera una cierta seguridad al respecto (tampoco una seguridad absoluta pues siempre puede invocarse el art 15 LGT en relación con el conflicto en la aplicación de la norma si se estima que la persona y el local no están realmente destinados a la gestión de una actividad inmobiliaria). También es cierto que pueden quedarse fuera de la consideración de actividad empresarial, actividades que realmente lo son pero que se organizan de diferente manera.

La postura de nuestros Tribunales no es especialmente clara al respecto. El TS parece utilizar el criterio de persona empleada y local afecto a la actividad como indiciario de la actividad empresarial, pero en ningún caso como elementos definitorios. Merece la pena destacar dos sentencias del TS sobre este tema. La primera de 28 de octubre de 2010 dice:

*" Que reducir la actividad empresarial a la necesidad de tener empleados y local y en base a ello a afirmar que como no se tiene no se desarrolla actividad empresarial, no es correcto, ya que la actividad empresarial se define por la actividad que se desarrolla, siendo la existencia de empleados o no un dato a tener en cuenta, pero no lo esencial, que consiste en la ordenación de medios para desarrollar una actividad de beneficio."*

La segunda de 2 de febrero de 2012:

---

<sup>221</sup> Nótese que obligatoriedad de disponer de local y persona empleada no garantiza la existencia real de una actividad empresarial.

*Dos. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá que el arrendamiento o compraventa de inmuebles se realiza como actividad empresarial, únicamente cuando concurren las siguientes circunstancias:*

*a) Que en el desarrollo de la actividad se cuente, al menos, con un local exclusivamente destinado a llevar a cabo la gestión de la misma.*

*b) Que para el desempeño de aquélla se tenga, al menos, una persona empleada con contrato laboral."*

*El precepto transcrito, aplicable aquí por razón del tiempo en que tienen lugar los hechos, da un concepto general de las actividades empresariales, seguida de una enumeración de las que tienen este carácter y, por último, facilita un instrumento para delimitar la actividad empresarial de venta y/o arrendamiento de bienes inmuebles, respecto de la que no tiene tal carácter, lo que no impide que por otros medios distintos de los señalados se llegue la conclusión de existencia de actividad económica y no mera tenencia de bienes y rendimientos procedentes de los mismos. Por ello, tiene razón la sentencia EDJ 2010/13121 cuando afirma que otra cosa permitiría eludir la calificación de actividad empresarial destinando el local a otra actividad, tal como se ha pretendido en la vía económico-administrativa y en la judicial, por parte de la hoy recurrente.*

Más recientemente, el TEAC, en resolución de 18 de junio de 2019 ha entendido que esta opinión del TS solo es aplicable a los supuestos en que la actividad desarrollada no es la de arrendamiento de inmuebles. Se apoya en una SAN de 5 de marzo de 2014 en la que aprovecha un confuso párrafo de la misma para alcanzar esta conclusión.

También la DGT parece flexibilizar su postura atendiendo a la concurrencia de diferentes elementos a efectos del IS, dotándole de cierta autonomía respecto de la regulación del IRPF<sup>222</sup>. En este sentido, entre otras consultas, cabe citar la consulta V1606-17 de 21 de junio, la cual establece:

---

<sup>222</sup> Vid. PÉREZ GARDEY, J.M. (2018). "El arrendamiento de inmuebles como actividad económica", en *Carta tributaria. Revista de opinión*, núm. 40, pág. 3.

*“En el ámbito del Impuesto sobre Sociedades, debe tenerse en cuenta la autonomía del concepto de actividad económica frente al mismo concepto regulado para otras figuras impositivas (...)*

*Por tanto, la interpretación del concepto de actividad económica en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades debe realizarse a la luz del funcionamiento empresarial societario, y puede diferir de la interpretación que se realice del mismo en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, por cuanto el mismo concepto puede tener finalidades diferentes y específicas en cada figura impositiva. (...).*

*En el caso concreto del arrendamiento de inmuebles, la LIS establece que dicha actividad tiene la condición de económica cuando para su ordenación se utilice, al menos, una persona empleada con contrato laboral y jornada completa.*

*No obstante, la realidad económica pone de manifiesto situaciones empresariales en las que una entidad posee un patrimonio inmobiliario relevante, para cuya gestión se requeriría al menos una persona contratada, realizando la entidad, por tanto, una actividad económica en los términos establecidos en el artículo 5 de la LIS y, sin embargo, ese requisito se ve suplido por la subcontratación de esa gestión a otras sociedades especializadas.*

*Esta situación es la que se produce en el presente caso, en la medida en que la entidad tiene externalizada su gestión, estando dicha externalización motivada por la necesidad de una gestión profesionalizada de los activos inmobiliarios (...), debido entre otras cuestiones, a la relevancia de los mismos y al volumen de ingresos derivados de su explotación, por la búsqueda de una mayor eficiencia y flexibilidad en la gestión y con el objetivo de aislar riesgos jurídicos, operativos y laborales, por motivos de eficiencia en la gestión de los inmuebles y por la posibilidad de acceder a gestores profesionales de probada experiencia.*

*En conclusión, de los datos señalados en la consulta planteada, en este supuesto se deben entender cumplidos los requisitos señalados en el artículo 5.1 de la LIS a los efectos de determinar que la entidad desarrolla una actividad económica, aun cuando los medios materiales y humanos necesarios para intervenir en el mercado no son propios sino subcontratados a una serie de sociedades ajenas al grupo mercantil.”*

Coincidimos con MAGRANER MORENO<sup>223</sup> que, a pesar de las distintas normas que han ido apareciendo en relación con la existencia o no de una actividad económica, que, de acuerdo con el criterio manifestado reiteradamente por el TS<sup>224</sup>, deberá evaluarse a partir de una ordenación de medios para desarrollar una actividad de beneficio.

Finalmente, la norma también prevé excluir los valores hasta el importe de los beneficios no distribuidos, lo que, de no hacerlo generaba el efecto conocido como patrimonialidad sobrevenida. Se trata de evitar un efecto pernicioso de la norma cuando esta excepción no existía. Las sociedades bien gestionadas que generaban beneficios, de veían obligadas a descapitalizarse para no incurrir en estos supuestos cuando lo más aconsejable desde el punto de vista de solvencia empresarial era y es retener en la sociedad estos beneficios para futuras inversiones o para soportar ejercicios de resultados negativos.

## 5. Procedimiento de la aportación

### 5.1. Forma mercantil de la operación

Ya hemos visto con anterioridad<sup>225</sup> que no existe una regulación mercantil expresa de lo que debe entenderse por aportación de rama de actividad. De acuerdo con lo expuesto, *a priori*, no deberíamos limitar las operaciones que se pueden acoger al régimen fiscal especial a las que más se asemejen desde el punto de vista mercantil, sino que deberemos admitir todas aquellas que cumplan con los requisitos establecidos.

Como hemos comentado, la operación que más semejanzas ha tenido tradicionalmente (y a la que gran parte de la doctrina identifica con la propia operación fiscal de aportación no dineraria) es la aportación de activos (y, eventualmente, pasivos) a cambio de títulos representativos del capital de una compañía. En este caso, el régimen que debería aplicarse desde el punto de vista mercantil sería el de los incrementos de capital mediante aportaciones no dinerarias.

---

<sup>223</sup> MAGRANER MORENO, F.J. (2020). “La calificación jurídica del arrendamiento de inmuebles como actividad económica: más sombras que luces”, en *Revista española de derecho financiero*, núm. 188, págs. 91-124.

<sup>224</sup> *Vid.* STS de 8 de noviembre de 2012, STS de 18 de septiembre de 2014 STS de 27 de octubre de 2012.

<sup>225</sup> *Supra*, epígrafe 2. Concepto de rama de actividad de este mismo Capítulo.

Sin embargo, la aprobación de la LME introdujo una figura que hasta ese momento no estaba regulada de forma expresa en la legislación española cual era el de la escisión parcial en forma de segregación. En efecto, el art. 71 de la LME incluyó dicho concepto:

*Artículo 71. Segregación*

*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.*

El reciente RDL 5/2023 ha derogado la LME aunque incluye su redacción de manera idéntica en su articulado el ahora art. 61 referido a la segregación.

Este RDL aprobado de manera urgente ante la convocatoria electoral que supuso la disolución del Parlamento ha supuesto incorporar, entre otras cosas, la previsión de la Directiva UE 2019/2121<sup>226</sup> que simplifica determinadas operaciones transfronterizas en el ámbito de la Unión Europea. Esta simplificación de requisitos también afecta a la escisión por segregación transfronteriza por lo que la nueva regulación incluye esta simplificación también respecto de las operaciones internas.

Como puede apreciarse del contenido del artículo se desprende que en la operación se aporta una o varias unidades económicas a una o varias sociedades y a cambio de dicha aportación la sociedad aportante recibe participaciones o acciones de la sociedad beneficiaria de la aportación.

Esta operación encaja perfectamente con la operación definida en el art. 76 de la LIS respecto de las aportaciones no dinerarias de rama de actividad. En dicha figura de caracterización fiscal, lo relevante era la aportación de una serie de activos que formaban una rama de actividad a una sociedad recibiendo a cambio de dicha aportación participaciones de la sociedad receptora. En este caso se sustituye el concepto de rama de actividad por el de unidad económica, que ya ha sido objeto de análisis al respecto.

Tal y como hemos mencionado, no existe duda de que, en la medida que la norma fiscal, al regular las aportaciones no dinerarias de rama de actividad, sólo exige que a cambio

---

<sup>226</sup> El art. 160 ter, en su apartado 4.c) define la segregación de manera idéntica a la del RD Ley 5/2023.

de la aportación se reciban valores representativos del capital social de la entidad adquirente, sin mencionar en ningún momento la necesidad de que se produzca un incremento de capital en la sociedad beneficiaria, debemos admitir la posibilidad de que el negocio jurídico por el que se instrumente esta operación sea una permuta en la que de una parte se entregarían los elementos patrimoniales y de otra acciones o participaciones que la propia sociedad pudiera tener en autocartera. Aunque no es menos cierto que esta labor integradora de las distintas ramas del Derecho, al margen de ciertas reflexiones doctrinales y críticas jurisprudenciales, debería ir más allá, tanto por parte del legislador como de la doctrina, tratando de reformular los engranajes jurídicos para que se ajusten a las concepciones sociales o necesidades económico-empresariales del presente<sup>227</sup>.

Como bien señala SÁNCHEZ OLIVÁN<sup>228</sup>, si bien es cierto que la operación normalmente se instrumentará a través de un aumento de capital en la sociedad receptora recibiendo la sociedad aportante los valores representativos del capital social emitidos como consecuencia de dicho aumento de capital, nada exige que se produzca ese aumento de capital, bastando simplemente la entrega de los valores, provinieran éstos de donde provinieran. La operación puede identificarse como una aportación de bienes a una sociedad a cambio de títulos de ésta, bien porque se emitan a tal efecto, bien porque se disponga de una autocartera que les permita afrontar la operación. Podríamos hablar de aportaciones contra capital en el primer caso y de aportaciones contra autocartera en el segundo.

Como vemos, SÁNCHEZ OLIVÁN únicamente contempla dos posibilidades: un aumento de capital para entregar los títulos por parte de la sociedad que recibe los bienes o bien que estos títulos los tuviera la propia sociedad en autocartera. Sin embargo, la redacción del art. 76 LIS no exige que sea la propia sociedad receptora de los bienes la que entregue los títulos, sino que, únicamente, prevé que, a cambio de la aportación, se reciban valores representativos del capital social de la entidad adquirente, lo cual permitiría diferentes instrumentaciones de la operación (como, por ejemplo, la entrega por parte de otros socios).

---

<sup>227</sup> CHICO DE LA CÁMARA, P., VALESCO FABRA, G. J. (2021). "Algunas reflexiones sobre las modificaciones introducidas por la Ley 5/2021, de 12 de abril, de reforma de la Ley de Sociedades de Capital", en *Revista de fiscalidad internacional y negocios transnacionales*, núm. 17, págs. 11-16.

<sup>228</sup> SÁNCHEZ OLIVÁN, J. (1998). *La fusión y la escisión de sociedades*, op. cit., pág. 111.



En efecto, siguiendo el mismo razonamiento, tampoco deberíamos desdeñar la posibilidad de que la operación se instrumente mediante la entrega de títulos por parte de otros socios a cambio de la transmisión sin otra contraprestación a la entidad beneficiaria de la aportación. No cabe duda de que se trata de una operación compleja y que muy difícilmente se producirá en la práctica. No obstante, no debemos descartar la aplicación a la misma del régimen fiscal especial cumpliendo los requisitos exigidos.

Pese a lo expuesto, la opinión de la doctrina respecto de la posibilidad de instrumentar la operación de diferentes formas a una aportación no dineraria mercantil no es unánime. ARMESTO MACÍAS<sup>229</sup> señalaba, antes de la vigencia de la LME, que la Ley (en referencia a la Ley 29/1991) no establece expresamente cuál debe ser el origen de los títulos aunque opina que el término "aportación no dineraria" parece remitir al concepto mercantil de incremento de capital mediante aportación no dineraria. Esta conclusión excluiría necesariamente aquellos supuestos en que los títulos entregados a la sociedad transmitente no provinieran de una ampliación de capital. Desde luego se trata de una interpretación que excede, en forma restrictiva, de la literalidad de la norma.

Señala VICENT CHULIÁ<sup>230</sup> que el principio de *numerus clausus* ha sido reconocido en materia de modificaciones estructurales en oposición al principio de *numerus apertus* admitido, por ejemplo, en materia de modificaciones estatutarias. Sin embargo, se trata de un principio que coexiste con el de aplicación analógica de las normas<sup>231</sup>. En consecuencia, no es posible la creación de una modificación estructural completamente nueva, pero sí es posible la extensión analógica de una figura o procedimiento de modificación estructural, una vez haya sido reconocida y regulada para una determinada forma societaria.

Compartiendo esta opinión, no debemos olvidar que en este caso la propia norma fiscal define el concepto y lo hace en base a sus resultados, sin determinar cómo debe realizarse la operación. Por eso cualquier operación admisible mercantilmente que alcance los resultados previstos debe ser aceptable, sin necesidad de recurrir a la analogía.

---

<sup>229</sup> ARMESTO MACÍAS, D. (1992). "Aportaciones no dinerarias de ramas de actividad", *op. cit.*, pág. 126.

<sup>230</sup> VICENT CHULIÁ, F. (2001). "Introducción", *op. cit.*, pág. 26.

<sup>231</sup> El art. 4.1. del CC establece que "procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón."

Respecto a la independencia de la normativa tributaria respecto de la mercantil, conviene referir la STS de 6 de febrero de 1998 (Ercros, S.A. y Ertoil, S.A.) referida a una operación en la que Ercros realizó una escisión parcial, segregando su negocio de petroquímica y aportándolo a Ertoil, pero sin incluir en el Balance de la actividad escindida una serie de deudas (instrumentadas en letras de cambio) que podían considerarse afectas al negocio escindido. La escisión se realizó en vigencia de la Ley de SA de 1951. El TS sentenció que en la medida que las referidas deudas no habían sido atribuidas a la sociedad beneficiaria, producida la inscripción en el Registro Mercantil, no había lugar a reclamar las deudas a la mismas y no era aplicable el art. 15 de la Ley 76/1980, por tratarse de una norma fiscal, que exigía la transmisión de las deudas vinculadas al negocio transmitido<sup>232</sup>.

En el mismo sentido, la Resolución de la DGRN de 10 de junio de 1994 (a la que después nos referiremos) estableció respecto al concepto de rama de actividad, tras reconocer la ausencia de regulación expresa, que, mercantilmente, era un problema irrelevante, al tratarse de una aportación no dineraria, en la medida que la exigencia de conformar una rama de actividad tiene efectos puramente fiscales.

Sí que podemos concluir, en todo caso, que no existe un procedimiento regulado por la ley al que deban sujetarse las aportaciones de activo como tales, aunque sí, mercantilmente, para cada una de las instituciones jurídicas dentro de las cuales éstas pueden encuadrarse. Así, existen diferentes procedimientos para realizar cada una de las operaciones que se llevarán a cabo para realizar una aportación de activos incluyendo la propia constitución de la sociedad en la operación, puesto que el art. 76 de la LIS prevé que se pueda realizar la aportación a una sociedad de nueva creación.

Por tanto, aun existiendo una figura mercantil (segregación) expresamente definida y que encaja en gran medida en la definición fiscal de la operación, no podemos concluir que sólo a través de esta figura se pueda ejecutar la operación que da derecho a aplicar el régimen fiscal protegido. Las razones son varias:

---

<sup>232</sup> VICENT CHULIÁ, F. (2001). "Introducción", *op. cit.*, pág. 27, formula la que denomina muy acertadamente la *teoría de la doble verdad jurídica*: la de la validez (lo que declaran los Tribunales) y la de la eficacia (basada en la inscripción registral). De hecho, pese a que hasta la actual Ley de SA de 1989 no se contemplaba la figura de la escisión como tal, fue pacífica su admisión en numerosas Órdenes Ministeriales (al amparo de la Ley 76/1980) y, citando a CERDÁ ALBERO, F. (1993). *Escisión de la sociedad anónima*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 54 y ss, se llegaron a inscribir unas 120 escisiones en nuestros Registros Mercantiles.

1. La aprobación de la operación que da derecho a la aplicación del régimen fiscal fue aprobada en una norma del ámbito tributario previamente a la operación mercantil de segregación.
2. La descripción de la operación todo y ser muy parecida no encaja exactamente en su definición ya que en un caso se habla de “rama de actividad” y en el otro caso se habla de “unidad económica”. Ya hemos tenido ocasión de ver que ambos conceptos no son idénticos.
3. Dado que no existe una remisión expresa de la normativa fiscal a la normativa mercantil no hay ninguna razón por la cual no se pueda instrumentar la operación a través de otras operaciones mercantiles perfectamente válidas siempre que cumplan los requisitos exigidos en la normativa fiscal en concreto en el art. 76 de la LIS.

## **5.2. Constitución de una sociedad**

La constitución de las sociedades está regulada en el Capítulo I del Título II de la LSC, arts. 19 y siguientes. La LSC configura la constitución de sociedades como un contrato entre dos o más personas y, como novedad, como acto unilateral en el caso de las sociedades unipersonales. Sólo las sociedades anónimas, además, podrán constituirse de dos maneras: de forma sucesiva o de forma simultánea.

La constitución de sociedades de capital se debe producir en escritura pública que debe ser otorgada por todos los socios fundadores y se inscribirá en el Registro Mercantil. En la escritura de constitución entre otras cosas se hará constar las aportaciones que cada socio realice o, se haya obligado a realizar, junto con los estatutos de la sociedad.

La sociedad anónima se constituye de forma sucesiva cuando con anterioridad al otorgamiento de la escritura de constitución se haga una promoción pública de la suscripción de las acciones. En este caso los promotores comunicarán a la CNMV el proyecto de emisión y redactarán un programa de fundación con las indicaciones que juzguen oportunas y con una serie de requisitos iniciales. Parece claro que este tipo de constitución no encaja demasiado con la figura contemplada en el art. 76 de la LIS que, por sus características, se trataría en todo caso de una fundación simultánea.

El art. 58 de la LSC se refiere a las aportaciones sociales que se realizan en el momento de la constitución y establece que sólo podrán ser objeto de aportación los bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica y que en ningún caso

podrán ser objeto de aportación el trabajo o los servicios. Además, el art. 59 remarca que siempre que la constitución de una sociedad esté basada en participaciones o acciones que no respondan a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad, dichos títulos serán considerados nulos. Finalmente, decir que toda aportación se entiende realizada a título de propiedad salvo que expresamente se estipule de otro modo.

El art. 63 de la LSC establece que en la escritura de constitución deben describirse las aportaciones no dinerarias con sus datos registrales si existieran, la valoración en euros que se les atribuya, así como la numeración de las acciones o participaciones atribuidas a cambio.

El art. 64 LSC impone a la aportante de bienes muebles o inmuebles, o derechos asimilados a ellos, la obligación de la entrega y del saneamiento de la cosa objeto de aportación en los términos establecidos en el CC para el contrato de compraventa. Además, se aplicarán las reglas del CCo sobre el mismo contrato en materia de transmisión de riesgos.

Si se aportan varios bienes, en principio, debe haber una valoración y descripción individualizada ya que el art. 133 del RRM establece que, cuando la aportación fuese no dineraria, se describirán en la escritura los bienes o derechos objeto de la aportación con indicación expresa de sus datos registrales si los hubiera, el título o concepto de la aportación, así como el valor de cada uno de ellos.

A este respecto la resolución de la DGRN de 7 de junio de 2016 señala: *“...en principio, la identificación de las aportaciones no dinerarias debe realizarse por cada uno de los bienes aportados y no por el conjunto de ellos, salvo que se trate de bienes de la misma clase o género que se aporten como un todo formando un grupo conjunto (y a salvo también la excepción de aportación de empresa o establecimiento mercantil o industrial que es contemplada como una unidad). La razón es que, siendo la aportación de los bienes individual, individual es la responsabilidad que se genera respecto de cada uno de ellos en cuanto al título y valoración. pero siendo la aportación conjunta, conforme al artículo 1532 del Código Civil, el que aporte alzadamente o en globo la totalidad de ciertos derechos, rentas o productos, cumplirá con responder de la legitimidad del todo en general; pero no estará obligado al saneamiento de cada una de las partes de que se componga, salvo en el caso de evicción del todo o de la mayor parte”*.

La resolución de la DGRN de 25 de septiembre de 2003 en el caso de aportaciones de varios inmuebles a una SL (también sería aplicable a las SA) afirma: *“...ninguna duda cabe*

*que han de determinarse qué participaciones son las asumidas mediante el desembolso de cada una de esas aportaciones pues tan sólo así podrá identificarse en el futuro a cada uno de los sujetos legalmente responsables de la realidad y valor de tal aportación.”*

Es decir, si se aportan varios bienes diferenciados, deberá indicarse en el acuerdo qué concretas participaciones o acciones se adjudican a la aportante de cada bien como contraprestación por dicha aportación. Cierta doctrina reitera que puede crear ciertas dificultades y que, en todo caso, se trata de una excepción a la aportación de empresa o de un establecimiento mercantil o industrial que se contempla como una unidad (art. 66 LSC y art. 133 del RRM). Si se aportaron derechos de crédito, el aportante responderá de la legitimidad del mismo y de la solvencia del deudor. Si se aportase una empresa o establecimiento, el aportante quedará obligado al saneamiento de su conjunto. Si el vicio o la evicción afectasen a la totalidad o a alguno de los elementos esenciales para su normal explotación, también procederá el saneamiento individualizado de aquellos elementos de la empresa aportada que sean de importancia por su valor patrimonial.

En la constitución o en los aumentos de capital de las sociedades anónimas, cuando las aportaciones sean de naturaleza no dineraria, cualquiera que sea su condición, deberán ser objeto de un informe elaborado por uno o varios expertos independientes con la suficiente competencia profesional, designados por el registrador mercantil del domicilio social. Este informe, además de la descripción de la aportación y sus datos registrales si existieran, deberá contener una valoración de la aportación expresando los criterios utilizados, indicando si se corresponde con el valor nominal y, en su caso, con la prima de emisión de las acciones que se emitan como contrapartida. Obviamente, la ley prevé unos supuestos en los cuales, por disponer ya de un valor cierto, no será necesario la realización de un informe específico para la aportación (valores mobiliarios que coticen en un mercado organizado, valoraciones previas independientes, supuestos de fusión o escisión, supuestos de OPA, etc.).

Cuando, por las razones antes expuestas, no exista informe de experto independiente y nos encontremos ante una aportación no dineraria, el art. 70 de la LSC establece la obligatoriedad de que los administradores elaboren un informe al respecto. Este informe, entre otras cosas, incorporará la descripción de la aportación, su valor y la forma de valorarla, una declaración respecto de si el valor obtenido corresponde como mínimo al nominal más, en su caso, la prima de emisión de las acciones emitidas como contrapartida y, finalmente, una declaración en la que se indique que no han aparecido circunstancias nuevas que puedan afectar a la valoración inicial.

En el caso de aportaciones no dinerarias, los fundadores de la sociedad, las personas que obtengan la condición de socio en el momento de acordarse el aumento de capital y quienes adquieran alguna participación desembolsada mediante aportaciones no dinerarias, así como los administradores, por la diferencia entre la valoración que hubiesen realizado y el valor real de las aportaciones entregadas, responderán solidariamente frente a la sociedad y frente a los acreedores sociales de la realidad de dichas aportaciones y del valor que se les haya atribuido en la escritura. En el supuesto de que la aportación se hubiera efectuado como contravalor de un aumento del capital social, aquellos socios que hubiesen hecho constar en el acta su oposición al acuerdo quedarán exentos de esta responsabilidad.

En el caso de las sociedades anónimas los fundadores responderán solidariamente frente a la sociedad, los accionistas y los terceros de la realidad de las aportaciones sociales y de la valoración de las no dinerarias. Esta responsabilidad alcanzará a las personas por cuya cuenta hayan obrado los fundadores.

### **5.3. Operación de aumento de capital**

#### **5.3.1. Consideraciones generales**

El aumento de capital social se configura en el Capítulo II del Título VIII (*La modificación de los Estatutos Sociales*) de la LSC. El art. 295 señala que el aumento del capital social podrá realizarse por creación de nuevas participaciones o emisión de nuevas acciones o bien por elevación del valor nominal de las ya existentes<sup>233</sup>. En ambos casos el aumento puede realizarse mediante aportaciones dinerarias o no dinerarias, incluyendo en este caso los beneficios o reservas que figurasen en el último balance aprobado.

El art. 155 de la antigua LSA, al mencionar los requisitos necesarios en el caso de aportaciones no dinerarias únicamente mencionaba "*las acciones que haya que entregarse*" o "*las acciones emitidas en contrapartida*", sin contemplar en ningún momento la posibilidad del incremento de valor nominal de las acciones. Esta redacción suscitó un debate sobre la posibilidad de realizar aumentos de capital mediante aportaciones no dinerarias, elevando el valor nominal de las participaciones sin emitir nuevos títulos como contrapartida.

---

<sup>233</sup> Anteriormente en la Sección 2ª del Capítulo VI de la LSA (arts. 151 y ss.).

En opinión de URÍA<sup>234</sup>, nada impedía que, desde el punto de vista mercantil, esta aportación no dineraria tuviera como contrapartida el incremento del valor nominal de las acciones o participaciones pues, aunque la Ley de SA no lo mencionaba de forma explícita tampoco lo negaba y, por otra parte, al hablarse de modalidades de aumento en la LSA se contemplan ambas posibilidades.

En el caso de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, la situación era idéntica en la medida que el art. 73 de la Ley 2/1995 contemplaba la posibilidad de que el aumento se realizase también mediante elevación del valor nominal de las participaciones ya existentes tanto si se trataba de aportaciones dinerarias como no dinerarias. No obstante, el art. 74 sólo se refería, respecto de las aportaciones no dinerarias a la emisión de nuevas participaciones.

Desde la LIS 43/1995 hasta el actual art. 76 de la LIS, la norma exige, literalmente, en las operaciones de aportación no dineraria (de rama de actividad) como contrapartida la entrega de “... valores representativos del capital social de la entidad adquirente”. Parecería excluir, en consecuencia, la posibilidad del incremento del valor nominal de los títulos ya existentes. No obstante, entendemos que esta teórica ausencia está basada más en un defecto de redacción o en una percepción práctica de la figura que en una voluntad de excluir esta posibilidad considerando que, a efectos fiscales, no existe diferencia alguna entre instrumentar la operación de una forma o de otra<sup>235</sup>. Nos estamos refiriendo al hecho de que para que se pueda instrumentar la operación como elevación del valor nominal de los títulos es necesario que todos los socios realicen una aportación no dineraria y ésta se valore igual en todos ellos, salvo que existan diferentes series de acciones con valores nominales distintos en cada una de ellas (en ese caso se deberían cumplir lo mismos requisitos para todas las participaciones de cada serie). Dada la dificultad de que ello se produzca cuando hablamos de aportaciones no dinerarias (también cabría la posibilidad de hacer un aumento de capital mixto con aportaciones dinerarias y no dinerarias) parece que el legislador pensó en la operación típica que se realizaría mediante la emisión de nuevas participaciones; no obstante, en casos como el expuesto o en sociedades unipersonales donde la aportación la realiza el propio socio único, cabría, sin duda, instrumentar la operación de esta manera.

---

<sup>234</sup> URÍA, R. (2000). *Derecho Mercantil, op.cit.*, pág. 375.

<sup>235</sup> Es necesario mencionar, pese a ello, que la Directiva 90/434 menciona igualmente que la aportación de activos se realizará “mediante la entrega de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria de la aportación”.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la LME (y la introducción en nuestro derecho del concepto de segregación tal y como está definido en la actualidad), algunos registradores mercantiles venían entendiendo que a las aportaciones no dinerarias de rama de actividad (instrumentadas mediante aumentos de capital) les era aplicable el régimen mercantil establecido para las escisiones. Básicamente el criterio de los Registradores era que económicamente las figuras de escisión parcial y de aportación no dineraria de rama de actividad (denominada doctrinalmente como filialización) tenían la misma aplicación. Lo único que variaba era el criterio subjetivo de los socios en función de donde se integraban las participaciones recibidas a cambio.

La Resolución de la DGRN de 10 de junio de 1994 tras reflejar la existencia de una naturaleza estructural diferente, analizaba la posibilidad de la existencia de algún interés jurídico carente de suficiente protección y que aconsejara la aplicación del régimen de la escisión por su carácter más proteccionista. Finalmente, concluía que tanto los intereses de los accionistas como de terceros acreedores no sufrían menoscabo alguno como consecuencia de la operación por lo que carecía de sentido y razón la aplicación del citado régimen.

VICENT CHULIÁ<sup>236</sup> explicaba al respecto que la DGRN había excluido la aplicación extensiva, por analogía de las normas de la escisión, al aumento de capital social con aportación no dineraria de rama de actividad, negando que se trate de una escisión encubierta (resoluciones de 10 de junio de 1994 (BOE 15 de julio) y 4 de octubre (BOE 22 de noviembre)) de una forma consciente y expresa, pero previamente ya había negado la aplicación analógica en supuestos como el presente. Así, cita la STS de 21 de marzo de 1987 (Sociedad Nueva Montaña y Quijano) en la que rechazó la posibilidad de recurrir a la analogía para extender los efectos de la fusión a una escisión parcial y, de forma más cercana a nuestro estudio, la STS de 6 de febrero de 1998 (Ercros, S.A. y Ertoil, S.A.) a la que ya hemos hecho referencia.

Señala BALLESTER COLOMER<sup>237</sup> que, normalmente, en las operaciones de aportación de rama de actividad (aunque sería igualmente aplicable a las aportaciones no dinerarias especiales) la sociedad cesionaria emite los valores aumentando su capital social, por lo que, aunque no es una operación atípica, (es un aumento de capital con aportaciones no dinerarias), si carece de un tratamiento específicamente societario. Desde esta

---

<sup>236</sup> VICENT CHULIÁ, F. (2001). "Introducción", *op. cit.*, pág. 27.

<sup>237</sup> BALLESTER COLOMER, J.E. (2001). "La escisión y operaciones de similar alcance", *op. cit.*, pág. 119.



perspectiva societaria está concebida como un acto en el seno de la sociedad cesionaria (sólo en su Hoja Registral se inscribe), aunque la escritura pública debe ser otorgada por ambas sociedades (también por la aportante para consentir individualmente a la aportación que no consiste en dinero). Implica respecto a la escisión una alteración sustancial de su régimen jurídico: en la sociedad aportante porque es un asunto de la administración (salvo que sea la única rama de actividad) que no exige intervención de los socios, y en la sociedad cesionaria porque no hay exclusión legal del derecho de suscripción preferente.

Por su parte, SÁNCHEZ OLIVÁN<sup>238</sup> constata las indudables semejanzas entre la operación de aportación de activos y la operación de canje de valores, en la medida que una y otra, solamente se ven diferenciadas por la especificidad de los valores que en un caso se exige como aportación. Igualmente, subraya los puntos de coincidencia que existen entre las escisiones y las aportaciones no dinerarias de rama de actividad, hasta el punto que a veces se ha presentado a la aportación como una modalidad de la escisión. Hoy en día parece claro la diferencia entre ambas. Podríamos decir que la escisión es una operación que realizan y que se ven afectados los socios de la sociedad transmitente: la sociedad escindida. En cambio, en las aportaciones de activos los socios de la sociedad transmitente: la sociedad aportante, no tienen intervención alguna en la medida en que tanto antes de la operación como con posterioridad a la misma continúan manteniendo exactamente los mismos títulos de la misma sociedad.

Cuando aún no estaba vigente en nuestro país, ya señaló BALLESTER COLOMER<sup>239</sup> que en algunas legislaciones existía la figura de la segregación patrimonial,. Esta figura la concebía como un híbrido que se situaba a medio camino entre la escisión (de la que toma el mecanismo de la sucesión de los distintos elementos patrimoniales: sucesión en bloque) y de la aportación (al ser la sociedad que recibe la contraprestación del negocio en lugar de los propios socios). En definitiva, consideraba que se trataba de una aportación de un negocio social en el que las partes (los administradores) someten al procedimiento de escisión y obtienen sus efectos puesto que la norma legal le da cobertura. Señalaba BALLESTER, que, en aquel momento, en nuestro derecho no había nada entre la escisión parcial y la aportación de rama de actividad puesto que la escisión es una operación tipificada y autónoma y la aportación carece de un tratamiento

---

<sup>238</sup> SÁNCHEZ OLIVÁN, J. (1998). *La fusión y la escisión de sociedades, aportación de activos, op. cit.*, pág. 112.

<sup>239</sup> BALLESTER COLOMER, J.E. (2001). "La escisión y operaciones de similar alcance", *op. cit.*, pág. 132 y ss. 164

societario específico. No obstante, ha existido cierta confusión en algunos registradores a la hora de su calificación; así, cuando llegaron las primeras aportaciones de rama de actividad a los registros mercantiles, a partir de la aprobación de la ley 29/1991, hubo quien creyó ver segregaciones patrimoniales en aquellas operaciones y aún hoy hay quien las quiere ver todavía<sup>240</sup>.

Señala SÁNCHEZ OLIVÁN<sup>241</sup> que el Registro Mercantil de Madrid ha inscrito operaciones de aportaciones de rama de actividad, con carácter previo a la publicación del correspondiente anuncio en el BORME y sin respetar, en consecuencia, el plazo para que los acreedores de la transmitente pudieran pedir garantías suficientes exigiendo como garantía complementaria que la Junta de la sociedad transmitente se comprometiera subsidiariamente al pago de las deudas. Es, en opinión de BALLESTER COLOMER<sup>242</sup>, absolutamente criticable esta posibilidad en la medida que no tiene ningún sentido establecer garantías adicionales ni pedir la reunión de los acreedores para autorizar la operación en la medida que la entidad transmitente sigue siendo la responsable de las deudas cedidas, con independencia de que se haya producido de una transmisión interna de la deuda que únicamente tendrá efectos entre sociedad transmitente y la sociedad adquirente. En la operación de aportación de rama de actividad no hay sucesión universal (ni tampoco derecho de oposición) y, sin embargo, es indudable que puede existir lesividad para los intereses de los acreedores de las sociedades participantes, dependiendo de la cualidad de los activos y pasivos segregados (con independencia de que se trate de una escisión o una aportación no dineraria)<sup>243</sup>, incluyendo en muchos casos a los acreedores de la sociedad beneficiaria.

### 5.3.2. Instrumentación del aumento de capital

El aumento de capital deberá acordarse por la Junta General con los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos sociales. En el caso de que se realice mediante elevación del valor nominal de las participaciones o acciones será preciso el

---

<sup>240</sup> *Ibidem*, pág. 133, donde refiere la inscripción en el Registro Mercantil de Madrid de operaciones de aportación de rama de actividad, tras la emisión de cierta publicidad para dar las suficientes garantías a los acreedores.

<sup>241</sup> SÁNCHEZ OLIVÁN, J. (1998). *La fusión y la escisión de sociedades*, *op. cit.*, pág. 381 y 382.

<sup>242</sup> BALLESTER COLOMER, J.E. (2001). "La escisión y operaciones de similar alcance", *op. cit.*, pág. 134.

<sup>243</sup> *Ibidem* pág. 135, un ejemplo que permite comprobar lo señalado.

consentimiento de todos los socios, excepto que se realice con cargo a beneficios o reservas.

En las sociedades anónimas la Junta General de accionistas podrá delegar en los administradores la ejecución del aumento de capital ya adoptado en el plazo de un año. También, a partir de las condiciones ya aprobadas y hasta una cifra determinada, podrá delegarse en los administradores el o los aumentos de capital pudiendo realizar la referida ejecución en el momento que ellos consideren más adecuados. Sin embargo, en este caso, las ampliaciones de capital deberán ser dinerarias<sup>244</sup>.

Nada impide que se trate de Juntas Universales sin previa convocatoria como así lo ha reconocido la resolución de la DGRN de 30 de junio de 1993 al referirse a un supuesto de fusión en que la Junta tenía absoluta capacidad para deliberar de cualquier aspecto.

El art. 299 LSC establece el aumento con cargo a las aportaciones dinerarios. El art. 300 se refiere a los aumentos con cargo a aportaciones no dinerarias. En este caso, será necesario que en el momento de la convocatoria de la Junta se ponga a disposición de los socios un informe de los administradores en el que deben describirse con detalle las aportaciones que se pretenden realizar, su valoración y las personas que hayan de efectuarlas, el número y valor de las participaciones que van a crearse con motivo de la aportación, la cuantía del aumento de capital social y las garantías para la efectividad del aumento según la naturaleza de los bienes en que la aportación consista .

Cuando el aumento de capital de la sociedad de responsabilidad limitada se realice por compensación de créditos éstos deben ser totalmente líquidos y exigibles. En el caso de la sociedad anónima al menos un 25% de los mismos deberá ser líquido, vencido y exigible y el vencimiento de los restantes no podrá ser superior a 5 años. En el momento de la convocatoria de la Junta se pondrá a disposición de los socios un informe del órgano de administración sobre la naturaleza y características de los créditos, los importes, el número de participaciones o acciones que hayan de crear o emitirse y la cuantía del aumento.

En la sociedad anónima al tiempo de la convocatoria de la Junta se pondrá también a disposición de los accionistas una certificación del auditor de cuentas que acredite que

---

<sup>244</sup> En la antigua LSA tampoco cabía la delegación en los administradores en los términos del art. 153 de la propia LSA porque, entre las limitaciones que se oponían a esta modalidad, estaba también el que necesariamente tuviera que realizarse mediante aportaciones dinerarias.

una vez verificada la contabilidad social resultarán exactos los datos ofrecidos por los administradores sobre los créditos a compensar.

La resolución de la DGRN de 20 de abril de 2012<sup>245</sup> ha resuelto que en el caso de un aumento de capital compensando créditos éstos no tienen el carácter de una aportación dineraria, sino que participan de la naturaleza de las aportaciones no dinerarias.

Respecto de la ejecución del acuerdo de aumento, cuando se emitan nuevas participaciones sociales o nuevas acciones, cada socio tendrá derecho a asumir el número de participaciones sociales proporcional al valor nominal de las que tenía. Sin embargo, cuando el aumento de capital se deba a la absorción de otra sociedad o de todo un patrimonio escindido de otra sociedad, no existe derecho de preferencia.

El art. 308 LSC prevé la exclusión del derecho de preferencia, lo cual ocurrirá con alta probabilidad en el supuesto que nos ocupa<sup>246</sup>. Para ello es necesario que los administradores elaboren un informe en el que justifiquen detalladamente la propuesta, el valor de las participaciones a emitir y la contraprestación a satisfacer por las nuevas participaciones; en las sociedades anónimas, además, un auditor de cuentas distinto del de la sociedad, nombrado a estos efectos específicamente por el Registro Mercantil, deberá elaborar otro informe sobre el valor razonable de las acciones de la sociedad. sobre el valor teórico del derecho de preferencia cuyo ejercicio se propone suprimir o limitar y sobre la razonabilidad de los datos contenidos en el informe de los administradores. En la convocatoria de la Junta deberá hacerse constar la propuesta de supresión del Derecho de preferencia, las características de la ampliación y el derecho a la revisión de los informes citados. Finalmente, el valor nominal de las nuevas participaciones o acciones más, en su caso, el importe de la prima deberá corresponderse con el valor atribuido a las participaciones en el informe de los administradores o del auditor, en el caso de las sociedades anónimas.

---

<sup>245</sup> Se trataba de un supuesto en el que varios socios aportan, cada uno de ellos, a una SL dinero y créditos. La DGRN se cuestiona si el aumento de capital por aportación de créditos contra la sociedad participa de la naturaleza de las aportaciones dinerarias o si, por el contrario, de las aportaciones no dinerarias, en cuyo caso sería necesario especificar la numeración de las participaciones que corresponden a las aportaciones no dinerarias (créditos frente a la sociedad), de conformidad con lo estipulado en el art. 63 de la LSC y 190 del Reglamento del Registro Mercantil.» considerando, finalmente, que se trata de una aportación no dineraria por lo que debe indicarse para cada socio las numeración de las participaciones sociales o de las acciones atribuidas (o partes indivisas si preciso fuere) por la aportación dineraria y la numeración de las atribuidas por la compensación de créditos u otra aportación no dineraria.

<sup>246</sup> Vid. SÁNCHEZ OLIVÁN, J. (1998). *La fusión y la escisión de sociedades*, op. cit., pág. 371 y ss.

La fecha de la Junta no viene condicionada temporalmente por la emisión de los diferentes tipos de informes referidos con anterioridad, pudiendo celebrarse antes y después de que ello ocurra. No obstante, parece razonable esperar a la existencia del informe para celebrar la Junta dado que el acuerdo, dependiendo del resultado del informe, podría no instrumentarse.

El artículo 190 del Reglamento del Registro Mercantil, en sede de sociedades de responsabilidad limitada, exige la especificación de la numeración de las participaciones asignadas en pago. En el caso en que un socio suscriba capital parte con dinero y parte con aportación no dineraria (bienes muebles o inmuebles, créditos, etc.), además de la valoración individualizada, debe indicarse qué acciones o participaciones concretas se suscriben con cada tipo de aportación (excepto que se trate de aportación de un conjunto de elementos que forma un todo unitario)<sup>247</sup>.

Para el aumento o la reducción del capital de las SRL (y cualquier otra modificación estatutaria) se exige el voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social. En el caso de aumento de capital de una SA, se exige en primera convocatoria la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean, al menos, el cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho de voto. En segunda convocatoria será suficiente la concurrencia del veinticinco por ciento de dicho capital, pero como en este caso estaremos por debajo del cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho a voto, el legislador exige que este acuerdo sólo podrá adoptarse válidamente con el voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado en la junta.

El supuesto de aumentos incompletos es difícil que se produzca en el caso de las aportaciones no dinerarias, pero, excepcionalmente, puede producirse. Con carácter general, en los aumentos de capital de las SRL, cuando el aumento de capital no se haya desembolsado íntegramente dentro del plazo fijado al efecto pueden ocurrir dos situaciones:

1. Si no se ha previsto esta situación en el momento de la toma del acuerdo, el capital quedará aumentado únicamente en la cuantía que se ha desembolsado
2. Que, si así se previó en su momento, ante la falta de suscripción completa todo el aumento quedará sin efecto

---

<sup>247</sup> En este sentido se ha pronunciado y la Resolución DGRN de 6 de junio de 2022 y la resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

En el caso de aumentos incompletos de SA, la solución de la LSC es exactamente la contraria a la del supuesto de las SRL:

1. Si no se ha previsto esta situación en el momento de la toma del acuerdo, ante la falta de suscripción completa todo el aumento quedará sin efecto
2. Que, si así se previó en su momento, el capital quedará aumentado únicamente en la cuantía que se ha desembolsado

Como decíamos, el aumento incompleto afectará, en principio, sólo a los supuestos de aportaciones dinerarias. En el caso de aumento de capital por aumento del valor nominal de las participaciones (ya que se exige el consentimiento de todos los socios) y en el aumento con cargo a reservas (pues las nuevas participaciones se atribuyen automáticamente a todos los socios) es difícil que se produzca un aumento incompleto. Tampoco en el caso de conversión de obligaciones en acciones por la misma razón expuesta.

En el caso de aportaciones no dinerarias (incluyendo el aumento por compensación de créditos) es difícil que no se desembolse la totalidad del capital pues, en principio, existirá un acuerdo previo con cada suscriptor. Sin embargo, puede darse el caso, sencillamente, de incumplimiento de lo acordado y, por otra parte, que se trata de una aportación no dineraria de bienes fungibles que no se llegue a suscribir.

Parecido es el supuesto contemplado en el art. 296 de la LSC, en base al art. 9 de la Segunda Directiva del CEE. Este artículo prevé, respecto de los aumentos de capital de SA, que el valor de cada una de las acciones de la sociedad, tras el aumento de capital, sea como mínimo del 25% del nominal de las mismas<sup>248</sup>. El plazo de desembolso será de cinco años, de acuerdo con el art. 80 LSC.

Esta posibilidad de desembolso parcial en las aportaciones no dinerarias ha sido objeto de comentarios por la doctrina. SÁNCHEZ OLIVÁN no cree que pueda fraccionarse el desembolso en los casos de aportaciones no dinerarias de rama de actividad.

---

<sup>248</sup> Como indica la Resolución de la DGRN de 31 de marzo de 1999: “la única exigencia que la LSA formula en relación con los desembolsos mínimos, tanto en los casos de constitución de la sociedad como en los de aumento del capital social, es que cada una de las acciones que lo integran queden desembolsadas, al menos, en un 25 por 100 de su valor nominal desde el momento de suscripción de las mismas (cfr. arts. 12 y 153.3 LSA)”.

MAMBRILLA RIVERA<sup>249</sup> descarta la posibilidad de que la aportación en el caso de bienes indivisibles pueda ser parcial y esta apreciación entendemos que es aplicable a la rama de actividad que sólo como conjunto a pesar de la pluralidad de bienes y obligaciones que la integran tiene virtualidad jurídica. La realidad es que el art. 80.1 LSC prevé expresamente la posibilidad de que haya aportaciones no dinerarias aplazadas, exigiendo que se determine en la escritura su naturaleza, valor y contenido, la forma y el procedimiento de efectuarlas y el plazo para su desembolso.

Respecto de la sociedad aportante, la principal cuestión es si puede considerarse incluida entre las facultades de los administradores la de decidir la separación del patrimonio de la sociedad de una o más de las ramas de su actividad y su aportación a otra sociedad. La respuesta debe ser negativa a menos que dicha posibilidad esté reconocida, expresa o tácitamente, (a través de unos estatutos que extiendan las facultades del consejo de administración a todo lo que legalmente no se reserva para la Junta) y aun en este caso, si la aportación supone en todo o en parte una modificación del ámbito de actividades prevista en el objeto social, también habría de tomarse el acuerdo por Junta general ya que debería modificarse el propio texto estatutario para adaptarlo a la nueva situación. En opinión de SÁNCHEZ OLIVÁN<sup>250</sup>, la representación de los administradores para las sociedades por acciones se extiende, sin posibilidad de limitación, a todos los actos que supongan el desarrollo de las actividades comprendidas en su objeto social tal y como se delimitan los estatutos, pero el acuerdo en la cesación de alguna de las actividades va más allá de las facultades legalmente reconocidas por lo que decisiones de este tipo deben ser tomadas por las juntas y precisamente con las mayorías reforzadas si fuera necesario modificar los estatutos (art. 288 LSC). Considera SÁNCHEZ OLIVÁN que la sociedad aportante, en todo o en parte pasa a ser una sociedad de cartera lo cual supone muchas ocasiones la necesidad de modificar el objeto social de la misma.

Otro tema importante es el de la responsabilidad en que incurre la aportante regulada por el art. 66 de la LSC. Este artículo prevé que si se aportase una empresa o establecimiento (equivalente a la rama de actividad) el aportante quedará obligado al saneamiento de su conjunto si el vicio o la evicción afectasen a la totalidad o a alguno

---

<sup>249</sup> MAMBRILLA RIVERA, V. (1991). "Fundación con aportaciones "in natura"", en *Derecho de sociedades anónimas: [en homenaje al profesor José Girón Tena]*, Vol.1, estudios coordinados por ALONSO UREBA, A. (Coord.), Civitas, Madrid, págs. 729-774, pág. 765 y ss.

<sup>250</sup> SÁNCHEZ OLIVÁN, J. (1998). *La fusión y la escisión de sociedades*, op. cit., pág. 377.

de los elementos esenciales para su normal explotación. Además, procederá el saneamiento individualizado de aquellos elementos de la empresa aportada que sean de importancia por su valor patrimonial<sup>251</sup>.

#### **5.4. Segregación**

El RDL 5/2023 ha derogado la LME, regulando las modificaciones estructurales en el Libro Primero de su amplio y variado texto normativo, en vigor desde el 29 de julio de 2023. Como hemos dicho, ante el adelanto electoral que se produjo, fue necesario proceder a la transposición urgente (para cumplir el plazo máximo establecido) de directivas de la Unión Europea.

La segregación es una de las modificaciones estructurales previstas en la Legislación española inicialmente en la LME y ahora en el propio RDL 5/ 2023.

El libro I del RDL (que, en su conjunto, incorpora normas de varias disciplinas) incluye las modificaciones estructurales. El Título I recoge una serie de conceptos comunes a las modificaciones estructurales. En el breve Capítulo I del Título I se incluyen las disposiciones preliminares, mientras que en el Capítulo II se detalla aquella normativa aplicable de manera común a las distintas operaciones de modificación estructural.

En el Título II se trata propiamente de cada uno de los tipos de modificación interna regulados en la ley: transformación por cambio de tipo social (capítulo I), fusión (capítulo II), escisión (capítulo III) y cesión global de activo y pasivo (capítulo IV).

Como decíamos, la escisión se encuentra regulada en el Capítulo III del Título II. Dicho Capítulo III recoge 3 tipos de modalidades de escisión: escisión total, escisión parcial y segregación.

Por escisión total se entenderá la extinción de una sociedad, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque por sucesión universal a una sociedad recibiendo a cambio los socios un número de acciones o participaciones equivalentes a su participación.

Por escisión parcial se entenderá el traspaso del bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales constituye una

---

<sup>251</sup> En idéntico sentido, el art. 39 de la LSA que era de aplicación no sólo a las sociedades anónimas sino también a las limitadas por remisión expresa del art. 20,2 de la LSL.



unidad económica, a una o varias sociedades recibiendo los socios de las sociedades escindidas un número de acciones o participaciones de la beneficiaria proporcional a su participación. Podrá realizarse además una compensación en dinero de hasta el 10% cuando sea conveniente para ajustar el tipo de canje. Si la parte del patrimonio traspasado en bloque está constituida por una o varias empresas o establecimientos comerciales industriales o de servicios podrán atribuirse a la sociedad beneficiaria las deudas vinculadas a la empresa que se traspasa

Finalmente, por segregación se entenderá el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad cada una de las cuales forma una unidad económica a una o varias sociedades recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones o participaciones de las sociedades beneficiarias

Cómo puede apreciarse, técnicamente, la segregación no es más que una escisión parcial en la cual los títulos de las sociedades beneficiarias que normalmente se asignarían a los socios de las sociedades escindidas se asignan directamente a la propia sociedad escindida. Como vemos el mecanismo es muy similar al de una aportación no dineraria.

ATIENZA PÉREZ<sup>252</sup> cuestiona el encaje de la figura fiscal de aportación no dineraria de rama de actividad dentro del concepto de segregación, en la medida que niega la sucesión universal prevista en la normativa mercantil dado que en la segregación solo se transmite una parte del patrimonio y es sobre esos bienes y derechos sobre los que recae la sucesión. No acabamos de apreciar la incompatibilidad de la autora que impida encajar esta figura mercantil en el cumplimiento de los requisitos que establece la norma fiscal.

Desde el punto de vista regulatorio, el régimen legal de la escisión se remite totalmente al régimen legal de la fusión salvo las excepciones contenidas expresamente en el referido Capítulo III. Además, en todo caso serán aplicables las disposiciones comunes a todas las modificaciones estructurales previstas en el Capítulo II del Título I.

Sin entrar en detalle en el procedimiento, sí entendemos necesario incluir los aspectos más destacados del mismo para detectar el encaje o las posibles fricciones con los requisitos de la operación desde el punto de vista tributario. El proceso se inicia

---

<sup>252</sup> ATIENZA PÉREZ, A. (2016). "La segregación de sociedades y su contradictoria regulación", *op .cit.*, pág. 12.

mediante la redacción y suscripción de un proyecto de escisión común que deberán redactar los administradores de todas las sociedades intervinientes. El contenido más relevante del proyecto incluye la denominación y tipo social, domicilio de las sociedades intervinientes, tipo de canje de los títulos sociales y criterio de atribución, y el calendario previsto de la operación. En el caso de la segregación no es necesario identificar el reparto de las nuevas participaciones entre los socios de la sociedad escindida dado que las nuevas participaciones irán a parar a la propia sociedad escindida. También se incluirá en el Proyecto la fecha de efectos contables de la escisión, los estatutos de la sociedad o sociedades beneficiarias, el reparto preciso de los elementos de activo y pasivo que han de transmitirse a las sociedades beneficiarias y su valoración.

En caso de que algún elemento del activo no se haya atribuido de manera expresa a ninguna de las sociedades beneficiarias, ni se pueda deducir del Proyecto a cuál de ellas se debe adjudicar, se procederá a repartir el elemento (su contravalor o el elemento pasivo) entre todas las sociedades proporcionalmente al resto del activo adjudicado.

Los administradores deberán elaborar también un informe dividido en dos secciones: una dedicada a los socios y otra a los trabajadores o bien dos informes diferenciados. En el mismo debe constar la justificación desde el punto de vista económico y jurídico, así como las implicaciones que tendrá la operación para los propios socios y trabajadores, los acreedores y para la actividad futura de la sociedad.

El informe de los administradores no será necesario en el supuesto de segregación cuando ésta se realice mediante creación de nuevas sociedades beneficiarias o en favor de sociedades íntegramente participadas por la escindida.

Los administradores deberán solicitar al Registro Mercantil el nombramiento de un experto independiente si las sociedades que participan en la escisión son anónimas o comanditarias por acciones. Dicho experto examinará el proyecto de modificación estructural y elaborará un informe que, en principio, está destinado a los socios. Este informe tiene que estar a disposición de la Junta general que debata sobre la modificación estructural, al menos, un mes antes de su celebración. El informe tendrá tres partes.

En la primera, el experto debe opinar sobre si es adecuada la compensación en efectivo ofrecida a los socios que tengan derecho de enajenar sus acciones como consecuencia de la modificación estructural también si es adecuado el tipo de canje de las acciones o participaciones fijado en la operación. En este punto el RD Ley es muy exigente en

términos de justificación de la opinión del experto independiente. En particular, debe opinar sobre si los métodos seguidos por los administradores son adecuados, si los valores a los que conducen son los correctos y si existen especiales dificultades de valoración.

Es la segunda parte el informe debe contener una opinión sobre la suficiencia del capital aportado y sobre la valoración del patrimonio dinerario que se transmita a cada sociedad.

En la tercera parte el informe podrá contener, si así lo solicitan los administradores, una valoración sobre la adecuación de las garantías ofrecidas en su caso a los acreedores.

En el caso de segregaciones, el informe del experto independiente no será necesario cuando ésta se realice mediante creación de nuevas sociedades beneficiarias o en favor de sociedades íntegramente participadas por la escindida.

El proyecto se debe insertar en la página web de las sociedades que intervienen en la escisión y, en defecto de la misma, se deberá presentar en el Registro Mercantil que corresponda a cada una de las sociedades intervinientes. La inserción del proyecto en la página web se publicará en el Boletín oficial del Registro Mercantil identificando la página web en la que figure y la fecha de la inserción.

No podrá publicarse el anuncio de convocatoria de las juntas de socios que deben resolver sobre la operación de reestructuración ni, en su caso, la comunicación individual del anuncio a los socios hasta que se haya publicado en el BORME la inserción en la página web o del depósito de la documentación.

Las modificaciones estructurales se acordarán por la Junta general teniendo en cuenta los requisitos y formalidades aplicables al régimen de la sociedad o sociedades que participan en la operación. La Junta general considerará los informes de los administradores y las opiniones presentadas por los trabajadores por los expertos independientes en sus informes, así como las observaciones presentadas por socios acreedores o trabajadores. A la vista de ello la sociedad tomará la decisión de aprobar o no el proyecto de modificación estructural.

El RDL prevé unos *quorums* y mayorías reforzadas para la aprobación de las operaciones de reestructuración. No obstante, los estatutos podrán elevar ambos con el límite del 90% de los derechos de voto que correspondan al capital presente o representado en la Junta general. Salvo elevación estatutaria, en las sociedades anónimas será necesaria en primera convocatoria la concurrencia de accionistas que posean al menos el 50% del

capital suscrito con derecho de voto. En segunda convocatoria dicha concurrencia baja al 25%. En las SRL la aprobación del proyecto por la Junta general requerirá en todo caso del voto favorable de al menos 2/3 de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social.

En caso de que la modificación estructural se adopte por la sociedad y por cada una de las sociedades intervinientes en Junta universal por unanimidad, no será necesario publicar o depositar los documentos exigidos por la ley, aunque deberán incorporarse a la escritura de modificación estructural. Tampoco será necesario el anuncio sobre la posibilidad de formular observaciones ni el informe de los administradores sobre el proyecto de modificación.

No obstante, en este caso, los derechos de información de los trabajadores al respecto, incluido el informe de los administradores, no podrán ser restringidos por el hecho de haberse aprobado en Junta universal.

Una vez adoptado el acuerdo de modificación estructural se publicará en el Boletín oficial del Registro Mercantil y en la página web de la sociedad. Si ésta no existiera tendrá que publicarse en uno de los diarios de mayor difusión en las provincias en las que cada una de las sociedades tenga su domicilio social<sup>253</sup>. En el anuncio se incluirá el derecho que asiste a los socios y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance presentado. La resolución de la DGRN de 9 de mayo de 2014 establece que si se ha comunicado a los socios y a los acreedores en forma individual (por un procedimiento que asegure su recepción) no será necesaria la referida publicación, pero deberá recogerse en la escritura la manifestación expresa de que se ha realizado, así como la fecha de la última comunicación de forma que el registrador pueda verificar el transcurso del plazo de oposición antes de proceder a su inscripción<sup>254</sup>.

La resolución de la DGRN de 19 de enero de 2015 contempla el caso especial en el que la sociedad que recibe el patrimonio de la escindida sea titular del 90% o más del capital social de ésta. En este caso considera que no es necesario que haya Junta general de la sociedad beneficiaria puesto que en realidad se trata más de un contrato negocial

---

<sup>253</sup> No se puede sustituir esta publicación por la publicación del anuncio del proyecto de escisión según ha establecido la resolución de 3 de diciembre de 2020 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

<sup>254</sup> La resolución de la DGRN de 9 de abril exige que en la comunicación individual conste el contenido necesario que se establecen los anuncios y que el otorgante confirme que se ha cumplido la obligación de puesta a disposición de los acreedores y socios de los correspondientes documentos.

realizado por el órgano de administración de las sociedades participantes quiénes mediante un acto de gestión culmina dicho proceso. Si un 1% de los socios de las beneficiarias así lo exigiera deberá celebrarse Junta general y adoptar el acuerdo de manera ortodoxa.

La escritura podrá otorgarse una vez transcurrido un mes desde la fecha del último anuncio o de la fecha de la última comunicación individual a los acreedores y socios.

Los acreedores que no estén conformes con las garantías ofrecidas y hayan notificado a la sociedad su disconformidad tendrán diferentes opciones (que deberán ejercitar en el plazo de un mes) dependiendo del contenido del informe del experto independiente sobre este tema:

- 1.- En caso de que el experto independiente haya considerado las garantías inadecuadas podrá acudir al registrador mercantil del domicilio social. En este caso el registrador mercantil dará traslado en el plazo de 5 días a la sociedad para que ésta pueda ampliarlas u ofrecer otras nuevas
- 2.- En caso de que el experto independiente haya considerado las garantías adecuadas podrá acudir al juzgado de lo mercantil
- 3.- Si no se hubiera emitido informe por el experto independiente, el acreedor podrá solicitar del registrador mercantil que nombre un experto independiente en el plazo de 5 días, dentro del plazo de 3 meses desde la publicación del proyecto, para que se pronuncie, en el plazo de 20 días, en un único informe sobre la corrección o no de las garantías de todos los acreedores que lo hayan solicitado. Si el informe entendiera que todas o parte de las garantías son inadecuadas se estará lo establecido en la primera posibilidad y si, en cambio, considerase que son adecuadas, se estará a lo previsto en la segunda

En todo caso, el ejercicio de los derechos por parte de los acreedores no paralizará ni la operación en sí misma ni impedirá su inscripción en el Registro Mercantil.

Para que se les conceda la ampliación de las garantías de los créditos, los acreedores deberán demostrar que la satisfacción de los mismos está en riesgo como consecuencia de la modificación estructural. Salvo prueba en contrario, se presumirá que las garantías son adecuadas o necesarias cuando el informe del experto independiente así lo haya considerado. También cuando la sociedad haya emitido declaración sobre la situación financiera. Para ello el órgano de administración podrá adjuntar para su publicación junto con el proyecto, una declaración en la que conste con exactitud la situación financiera actual (en una fecha no anterior a un mes antes de la publicación de dicha

declaración). En ella se hará constar que hasta donde alcanza su conocimiento en base a la información disponible, desde un punto de vista razonable, no conoce ningún motivo por el que la sociedad, tras la operación de reestructuración, no pueda responder de sus obligaciones al vencimiento de estos. Si se tratara de una escisión la declaración deberá referirse también a la capacidad de las sociedades beneficiarias de responder de las obligaciones que se le hayan atribuido en virtud del proyecto de escisión.

Si, con posterioridad, en el momento de cumplimiento de las obligaciones con los acreedores de la sociedad segregada que se hubieran traspasado a una beneficiaria, responderán solidariamente todas las sociedades beneficiarias hasta el importe de los activos netos atribuidos a cada una de ellas en la escisión y, si subsistiera, la propia sociedad escindida hasta el importe de los activos netos que permanezcan en ella. Dicha responsabilidad solidaria prescribirá a los cinco años.

Cumplidas todas las obligaciones establecidas en la ley, el registrador mercantil deberá acordar la inscripción de la operación de modificación estructural. La eficacia de la modificación se producirá desde la fecha de su inscripción en el Registro Mercantil.

La eficacia de la escisión se produce con la inscripción de la nueva sociedad o, en su caso, con la inscripción de las modificaciones de la sociedad o sociedades beneficiarias en el Registro Mercantil competente. La inscripción es una exigencia para la eficacia de la escisión y ser oponible a terceros<sup>255</sup>. En consecuencia, No es posible inscribir una escisión sujeta a condición suspensiva dado los efectos de la misma<sup>256</sup>.

---

<sup>255</sup> La Resolución de la DGRN de 27 de mayo de 2013, si la escisión afecta a varios Registros, los términos en que se pronuncia el art. 231.1 del Reglamento del Registro Mercantil no dejan lugar a dudas:

«1. Cuando el Registro de la nueva sociedad resultante de la fusión o de la sociedad absorbente no coincida con el Registro de las restantes sociedades que participen en la fusión, la inscripción de la fusión no podrá practicarse sin que conste en el título nota firmada por el registrador o registradores correspondientes al domicilio de las sociedades que se extinguen declarando la inexistencia de obstáculos registrales para la fusión pretendida». En consecuencia, no puede llevarse a cabo la inscripción en el Registro Mercantil de destino en tanto el registrador Mercantil de origen no haya señalado la inexistencia de obstáculos registrales. Los inequívocos términos del precepto reglamentario impiden cualquier otro resultado».

<sup>256</sup> Resolución de 8 de junio de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública,

### **5.5. Aportación contra autocartera**

El art. 134 de la LSC prevé la imposibilidad de que las sociedades de capital puedan asumir o suscribir sus propias participaciones (evitando de esta manera, de inicio, las participaciones cruzadas). Por tanto, la adquisición originaria por la sociedad de responsabilidad limitada de participaciones propias o de su dominante será nula de pleno derecho.

En el caso de las sociedades anónimas, si se produjera una suscripción de acciones infringiendo la prohibición anterior, dichas acciones serán propiedad de la sociedad anónima suscriptora. En este caso la obligación de desembolsar recaerá solidariamente sobre los socios fundadores o los promotores y, en el caso de aumento de capital, sobre los administradores. Si se tratase de participaciones sociales de la sociedad dominante la obligación de desembolsar recaerá solidariamente sobre los administradores de la sociedad adquirente y los de la propia dominante.

Si la suscripción hubiera sido realizada por persona interpuesta, los fundadores y los promotores y, si hubieran intervenido, los administradores responderán solidariamente del desembolso de las participaciones asumidas o de las acciones suscritas.

Las participaciones sociales y las acciones adquiridas por sociedad anónima sin tener en cuenta la prohibición del art. 134 LSC deberá ser enajenadas en el plazo máximo de un año a contar desde la fecha de la primera suscripción. Transcurridos el plazo sin que se hubiera producido la enajenación, los administradores procederán de inmediato a convocar Junta general para amortizar las referidas acciones (y, por tanto, reducir el capital social).

Para el caso de que transcurridos dos meses desde la fecha de finalización del plazo para la enajenación no se hubiera producido la reducción de capital, cualquier interesado podrá solicitarla al juez de lo mercantil del lugar del domicilio social dicha reducción. Los administradores están obligados a solicitarla si, convocada la Junta, no se alcanza el acuerdo de amortización.

La sociedad de responsabilidad limitada sólo podrá adquirir sus propias acciones o de su sociedad dominante en una serie de casos especiales:

1. Cuando formen parte de un patrimonio adquirido a título universal o sean adquiridas a títulos gratuito o como consecuencia de una adjudicación judicial para satisfacer un crédito de la sociedad contra el titular de las mismas

2. Cuando las participaciones se adquieran en ejecución de un acuerdo de reducción de capital adoptado por la Junta general
3. Cuando las participaciones se adquieran en el caso previsto para el remate o adjudicación al acreedor
4. Cuando haya sido autorizado por la JG con cargo a beneficios o reservas de libre disposición y tenga por objeto participaciones de un socio separado o excluido de la sociedad

Cualquier adquisición fuera de los casos anteriores será nula de pleno derecho.

Las participaciones propias adquiridas por una SRL deberán ser amortizadas o enajenadas en el plazo de 3 años. La enajenación no podrá efectuarse a un precio inferior al valor razonable de las participaciones (se aplica el mismo criterio de valoración que el supuesto de separación de socios). Si las participaciones no fueran enajenadas en el plazo establecido, la sociedad deberá acordar su amortización y consiguiente reducción de capital. En caso de que no se hiciera cualquier interesado podrá solicitar a la autoridad judicial su ejecución. Los administradores están obligados a solicitar la ejecución judicial de estas medidas cuando no se hubiera acordado el acuerdo de reducción de capital o no se hubiera adoptado cualquier tipo de acuerdo. las participaciones o acciones de la sociedad dominante deberán ser enajenadas en el plazo máximo de un año a contar desde su adquisición.

La sociedad anónima podrá adquirir sus propias acciones o las participaciones o acciones de su sociedad dominante únicamente en los siguientes casos:

1. Cuando las acciones se adquieran en ejecución de un acuerdo de reducción del capital adoptado por la Junta general de la sociedad
2. Cuando las participaciones forman parte de un patrimonio adquirido a título universal.
3. Cuando las participaciones o acciones que estén íntegramente liberadas sean adquiridas a título gratuito
4. Cuando las participaciones acciones se adquieran como consecuencia de una adjudicación judicial para satisfacer un crédito de la sociedad

Las participaciones adquiridas conforme a lo expuesto en las letras b) y c) del párrafo anterior deberán ser enajenadas en el plazo máximo de 3 años a contar desde la fecha de adquisición. Se exceptúan de este caso si previamente hubiera sido amortizadas mediante reducción del capital social o que sumadas a las que ya posean la sociedad



adquiriente y sus filiales junto con la sociedad dominante y las suyas no excedan del 20% del capital social.

Transcurrido este plazo sin que hubiera transcurrido la enajenación deberán convocar los administradores Junta general para la amortización de dichas acciones. Igualmente, transcurridos dos meses sin que se hubiera realizado la reducción de capital cualquier interesado podrá solicitar al juez la ejecución de dicha reducción de capital. Los administradores en todo caso deberán solicitar la reducción judicial cuando el acuerdo de la Junta hubiera sido contrario a la misma o no hubiera podido ser logrado.

Existe además otras posibilidades para adquirir sus propias acciones por la sociedad llamada por el art. 146 LSC "*adquisiciones derivativas condicionadas*". Son las siguientes:

- 1 Que la adquisición haya sido autorizada mediante acuerdo de la Junta general que debe establecer la forma y las cantidades a adquirir; la autorización no podrá exceder de 5 años
- 2 Que a la adquisición incluidas las acciones adquiridas con anterioridad por la sociedad o por persona interpuesta que se mantuvieran todavía en propiedad no suponga que el patrimonio neto resulte inferior al importe resultante de sumar el capital y las reservas indisponibles

El patrimonio neto se calculará conforme a los criterios para confeccionar las cuentas anuales minorado en el importe de los beneficios imputados directamente al mismo e incrementado en el importe del capital social suscrito no ha exigido, así como el importe del nominal y de las primas de emisión del capital social suscrito que esté registrado contablemente como pasivo.

El valor nominal de las acciones adquiridas, directa o indirectamente sumadas a las ya poseídas por la sociedad adquirente y sus filiales y también la sociedad dominante y sus filiales no podrá ser superior al 20% del capital de la sociedad.

Las acciones o participaciones propias o de su sociedad dominante adquiridas tendrán una serie de restricciones respecto de los derechos vinculados a las mismas. Así:

- 1 Quedará en suspenso el ejercicio del derecho de voto y los demás derechos políticos. Los derechos económicos inherentes a las mismas serán atribuidos proporcionalmente al resto de las acciones (excepto el derecho a la asignación gratuita de nuevas acciones).
- 2 Se establecerá el patrimonio neto una reserva indisponible equivalente al importe de las participaciones o acciones de la sociedad dominante

- 3 Se hará constar en el informe de gestión de la sociedad y de la sociedad dominante los motivos de las adquisiciones y enajenaciones, el número y valor adquiridas y enajenadas, la contraprestación de las mismas y la identificación de dichas participaciones o acciones.

Por tanto, la LSC prevé que tanto en el caso de las SRL como de las SA la posibilidad de mantener participaciones y acciones en autocartera (en el primero de los casos con más limitaciones, aunque con un horizonte temporal bastante amplio)<sup>257</sup>.

El problema que nos interesa es si la operación de aportación no dineraria de rama de actividad contemplada en el régimen fiscal especial permite que la operación se instrumente a través de una operación que no sea de aumento de capital. La ley, al definir la operación, no establece la procedencia de los valores que se entrega a cambio y en cuanto al término aportación tiene un alcance jurídico concreto que no exige un aumento de capital; de hecho, una de las acepciones de la palabra aportar es la de *“llevar cada cual la parte que le corresponde a la sociedad de que es miembro...”*<sup>258</sup>. En opinión de SÁNCHEZ OLIVÁN<sup>259</sup> no hay inconveniente en que la operación de aportación de activos pueda formalizarse contra la autocartera de la sociedad beneficiaria sin que por ello deje de serle de aplicación el régimen fiscal especial encontrándonos en este caso ante un negocio de permuta. La teórica escasez de garantías en esta operación, en su opinión, no permite sostener la invalidez de la misma y, en cualquier caso, las decisiones en esta materia deberán ser tomadas por las Juntas Generales de cada una de las dos sociedades.

---

<sup>257</sup> Los arts. 75 y 77 de la LSA contemplaban la posibilidad de que la sociedad mantuviera en autocartera una serie de sus acciones con determinados requisitos y límites. En el caso de la Ley de S.R.L. no era posible porque, aunque las podían adquirir en determinados supuestos, debían amortizarlas inmediatamente. Así, con anterioridad a la LSC, la posibilidad de realizar una aportación no dineraria recibiendo a cambio acciones en autocartera, teóricamente, se contemplaba únicamente en las sociedades por acciones que pueden disponer en un determinado momento de sus propias acciones sin necesidad de ampliar el capital, es decir, las SA.

<sup>258</sup> (1990). *Diccionario de la Lengua Española. Vigésima Primera Edición. Real Academia Española*, Espasa, Madrid, pág. 170.

<sup>259</sup> SÁNCHEZ OLIVÁN, J. (1998). *La fusión y la escisión de sociedades, op .cit.*, pág. 378.

Sin embargo, creemos que no cabría descartar de modo absoluto la posibilidad de que estas operaciones sean acordadas y ejecutadas por los respectivos Órganos de Administración, siempre que la permuta no exceda de las facultades de que disponen<sup>260</sup>.

Por otra parte, no parece tan clara esa ausencia de garantías en la operación. Así, LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES<sup>261</sup> señala que existen ciertos controles por parte de la normativa mercantil que garantizan la valoración de la aportación y por tanto que se correspondan con el capital entregado:

- a) En la escritura donde se documenta la ampliación deberán escribirse en los bienes y derechos objeto de la aportación indicando los datos registrales si los tuviera el título concepto de la aportación y el valor cada uno de ellos (desde un punto de vista práctico lo que es imprescindible es describir de manera detallada aquellos bienes inscribibles en cualquier registro público y establecer una relación del resto con una valoración de los mismos). Si bien en el caso de que no se realice una valoración individual y dado que, como veremos después, la amortización de los bienes recibidos deberá mantenerse de la misma forma como se producía en la sociedad aportante, en el caso de acogerse al régimen especial, no será necesaria la valoración individual.
- b) Pueden formar parte del patrimonio aportado todos los derechos de uso susceptibles de ser enajenados, así como elementos del inmovilizado inmaterial (incluyendo el fondo de comercio). Por supuesto tratándose de derechos de crédito aportados la sociedad aportante responde tanto de la legitimidad del crédito como la solvencia del deudor.
- c) En el caso de tratarse de sociedades anónimas se debe someter la aportación a un informe de expertos independientes nombrados por el registro mercantil. Esta obligatoriedad sólo se producirá cuando efectivamente se produzca un aumento de capital en la sociedad adquirente pero no si se instrumentara la operación mediante alguna otra figura jurídica, como la permuta contra autocartera.

---

<sup>260</sup> De hecho, una aportación de rama de actividad no supone necesariamente la cesación de una actividad. Por otro lado, el objeto social puede recoger perfectamente la posibilidad de ser una sociedad de autocartera.

<sup>261</sup> LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J.A. (2000). *Operaciones de reestructuración empresarial, op. cit.*, pág. 28.

### **5.6. Aportación contra acciones del resto de socios.**

Ya hemos señalado las dificultades de esta operación, lo que no permite desechar su existencia y la posibilidad de acogerse al régimen fiscal especial. Una de sus dificultades nace del hecho de que la contraprestación por la aportación de una unidad económica no proviene directamente de la entidad beneficiaria de la aportación, sino de sus socios que, sin duda se ven beneficiados de manera indirecta por el incremento de valor de sus participaciones en esa sociedad. En la medida que el beneficio es proporcional a los socios en función de su participación, la cesión de participaciones al sujeto aportante también debería serlo.

La dificultad radica en encontrar el negocio jurídico que subyace tras esta operación. Es evidente que nos encontramos ante un negocio de tipo oneroso, aunque atípico. Si bien, desde un punto de vista económico resultan claras las contraprestaciones de cada uno de los intervinientes, las consecuencias fiscales de alguna de las operaciones hacen inviable, desde el punto de vista de los costes tributarios asociados a esta operación.

Por una parte, las relaciones entre el aportante y el titular de las participaciones que se las entrega no ofrecen excesivos problemas, en la medida que la entrega de las participaciones se produce por la aportación a la entidad adquirente de una serie de activos sin recibir nada a cambio directamente de esta entidad. Por parte de quien entrega las participaciones, esta entrega se justifica por el incremento de valor que sufren todas las participaciones al recibir la entidad adquirente activos sin entregar nada a cambio ni emitir nuevas participaciones. Sin embargo, la recepción por parte de la entidad adquirente de esos activos sin entregar nada a cambio, parece que debería calificarse de una adquisición a título gratuito con las negativas consecuencias fiscales que evidentemente supone.

Es por ello, que salvo supuestos muy excepcionales, difícilmente nadie tendrá interés en articular una aportación de la forma descrita. Únicamente, desde un punto de vista prácticos, entendemos que un acuerdo transaccional por algún tipo de disputa podría resolverse de esta manera y, cumpliendo las condiciones requeridas para la aplicación del RFE, entendemos que podría acogerse al mismo.

### **5.7. Consideración de los terceros afectados por la operación**

A la fecha de la aportación deberá formularse un balance que describirá detalladamente los activos y pasivos que se transmiten (lógicamente, la diferencia entre ambos deberá

coincidir con la cifra de incremento de capital y prima de emisión, en su caso). Deberá tenerse en cuenta la generación de pasivos (o, en algún caso, activos) por impuesto diferido por la diferencia de valor y los costes fiscales diferidos por aplicación del RFE.

Respecto de las cuentas a cobrar, es necesario mencionar la necesidad de notificarlas al deudor de modo fehaciente.

La posición de los acreedores respecto de las cuentas a pagar objeto de transmisión será diferente en función de cuál sea la operación mercantil a través de la cual se ha instrumentado la aportación.

Con carácter general, la transmisión de las cuentas a pagar, de acuerdo con lo preceptuado en el art. 1205 del Código Civil, requiere la aceptación por parte del deudor. No obstante, si tal aceptación no se produjera, tal y como resolvió la DGRN. en fecha 17 de noviembre de 1989, ello no obstaría para que la aportación (a través de un aumento de capital o constitución de sociedades) se hubiese producido igualmente y tuviera plenos efectos, aunque la asunción de dicha deuda se produciría internamente, permaneciendo como sociedad deudora ante los acreedores la sociedad aportante.

La aportación no dineraria instrumentada vía aumento de capital, no permitiría en ningún caso, en nuestra opinión, la posibilidad de que los acreedores se opusieran a la aportación que establece LSC<sup>262</sup>, en la medida que únicamente es aplicable a las escisiones, modalidad de segregación, si bien, la eventual transmisión de los pasivos puede resultar complicada sin el consentimiento de éstos.

SÁNCHEZ OLIVÁN<sup>263</sup>, en la misma línea, considera que, dado que la sucesión a título universal está descartada en el caso de la aportación no dineraria de activos (vía aumento de capital), se debe plantear en qué situación quedan los acreedores respecto de sus créditos. Los acreedores no pueden oponerse a la operación en la forma prevista en las fusiones o escisiones ni puede solicitar, en principio, las garantías que para estas operaciones se establecen.

En el caso de acreedores de cuyas deudas se hace cargo la sociedad beneficiaría (es decir con transmisión de pasivos) considera que cabrían tres soluciones:

---

<sup>262</sup> El art. 13 RDL 5/23 establece esta posibilidad, sin posibilidad de paralizarla desde la aprobación de la LME (art. 44).

<sup>263</sup> SÁNCHEZ OLIVÁN, J. (1998). *La fusión y la escisión de sociedades*, op. cit., pág. 384.

- (1) La primera solución sería formalizar la operación obteniendo el consentimiento de los acreedores. En algunos casos será complicado por la multitud de acreedores. Lo cierto es que, así como para las escisiones y las fusiones existe una normativa específica, en el caso de las aportaciones de activos no, por lo que están sujetas a la normativa general que exige el consentimiento de los acreedores cuando la aportación afecte también a pasivos del establecimiento transmitido.
- (2) Buscando soluciones prácticas el Registro Mercantil de Madrid ha inscrito algunas operaciones de aportaciones de activos previa la emisión de cierta publicidad inspirada en la exigida para las fusiones y las escisiones (cuando aún no estaba en vigor la LME). Las consecuencias son la demora en su formalización hasta el transcurso de un mes a partir de la publicación de un solo anuncio. Durante este plazo los acreedores de la transmitente podrían pedir que se garantizara el pago de los créditos.

Con carácter general, SÁNCHEZ OLIVÁN considera que los acreedores, en caso de aumentos de capital, (1) no pueden oponerse a la aportación por cuanto no tienen derecho de oposición tal y como ocurre en las fusiones y escisiones; (2) pueden oponerse a que su deuda sea asumida por la sociedad beneficiaria mediante una comunicación fehaciente; (3) pueden pedir que se garanticen sus créditos; (4) si el acreedor no ha hecho valer alguno de sus derechos tendrá que aceptar el pago realizado por la sociedad beneficiaria a tenor de lo dispuesto en art. 1158 del CC.

- (3) Otra solución práctica sería que la sociedad transmitente, que es quien en definitiva contrajo la deuda, asuma el pago por cuenta de la sociedad beneficiaria mediante un acuerdo entre ambas sociedades.

En el caso de acreedores cuyas deudas no se transmiten a la sociedad beneficiaria la situación jurídica de éstos no se ve alterada, en principio, por el hecho de la aportación ya que la sociedad transmitente no ve mermado su potencial económico al recibir como contravalor de los bienes aportados títulos de la sociedad beneficiaria

Sin embargo, podrían instrumentarse operaciones fraudulentas a través de las aportaciones, limitando la contribución de los pasivos o incluso realizando aportaciones de activos por un valor inferior al real a sociedades ya existentes perjudicando, de esta manera, a los acreedores de la sociedad aportante. Además de la exigencia de cualquier otra acción, siempre cabrá la acción Pauliana (art. 1111 CC) prevista para que los

acreedores puedan impugnar los actos que el deudor haya hecho en fraude de sus derechos.

Respecto de los empleados que presten sus servicios en la rama de actividad transmitida, el art. 44 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (aprobado por el RDleg 2/2015) establece el principio de la no extinción de la relación laboral, de forma que el nuevo empresario asumirá los derechos y deberes del anterior.

Si, en cambio, la operación se realiza mercantilmente a través del procedimiento de segregación previsto en el art. 61 del RDL 5/23 el propio artículo establece la sucesión universal de la operación que, lógicamente, deben circunscribirla a los bienes transferidos. Por tanto, en este caso la transmisión de los pasivos no es oponible por parte de los acreedores y, además, libera a la transmitente de la obligación. Hemos visto en el procedimiento, los derechos que asisten a los acreedores para garantizar su cobro y a ellos deberá remitirse.

Por tanto, la entidad aportante y la beneficiaria deberían acordar el procedimiento mercantil para alcanzar un fin al que puede llegarse a través de diferentes caminos cuyas consecuencias tributarias pueden ser idénticas y, cumpliendo los requisitos, aplicar el RFE, pero cuyas consecuencias en otros ámbitos del derecho, especialmente el mercantil, no lo serán.

## **CAPÍTULO III. EL RÉGIMEN TRIBUTARIO DE LAS APORTACIONES NO DINERARIAS**

### **1. Introducción**

Una vez analizado el concepto de las aportaciones no dinerarias de rama de actividad y de las aportaciones no dinerarias especiales, debemos profundizar en el régimen fiscal previsto en el Capítulo VII del Título VII que les será aplicable a las mismas y verificar porqué se trata de un régimen especialmente beneficioso para las operaciones de reestructuración, en general, y para las aportaciones no dinerarias en particular.

En toda operación de aportación no dineraria se producen, al menos, tres tipos de hechos con implicaciones fiscales que son los que la normativa fiscal debe caracterizar, calificar y determinar las consecuencias tributarias de los mismos. Por un lado, en la entidad transmitente se producirá, previsiblemente, una renta, positiva o negativa, por la diferencia entre el valor contable (o, en realidad, el valor fiscal en el supuesto de que ambos no coincidan) de los bienes que van a ser objeto de transmisión y el valor de mercado de los mismos. Por otro lado, a estos bienes que serán integrados en la entidad beneficiaria se les deberá asignar un valor a efectos fiscales, tanto a efectos de futuras transmisiones, como a efectos de las operaciones que se producen si se mantienen en la propia sociedad beneficiaria (básicamente, amortizaciones). Finalmente, la entidad transmitente recibirá a cambio de los elementos patrimoniales transmitidos unas participaciones en el capital de la entidad adquirente; la norma fiscal deberá indicar cuál es la valoración (y, en su caso, características) que se les otorga a dichas participaciones.

No obstante, en función de cómo se instrumente la operación, pueden llegar a producirse otros efectos jurídicos que la norma también debería tratar; nos estamos refiriendo, en concreto, a la posibilidad de instrumentar la aportación no dineraria a través de una permuta. En ese caso, además de los tres efectos manifestados, se producirá una alteración patrimonial en la entidad adquirente por la diferencia entre el coste de adquisición de los valores que tenga en autocartera y el valor que se asigne a los mismos en el momento de la aportación no dineraria, que debe coincidir con el valor que se asigne al conjunto de los elementos patrimoniales objeto de la aportación.

Así como de los tres efectos primeros mencionados se ocupa la LIS, en sus artículos 77, 78 y 79, nada dice expresamente respecto de la cuarta posibilidad, lo cual genera una cierta incertidumbre en relación a la propia neutralidad fiscal de esa operación.



Señala SÁNCHEZ OLIVÁN<sup>264</sup> que la aportación no dineraria desde luego no es neutral desde el punto de vista económico porque se aprecia la existencia de una contraprestación, lo que en todo caso permite la apreciación de un resultado económico. Con independencia de cómo se estructure la operación, a través de la emisión de títulos o contra entrega de autocartera, la aportante obtiene un resultado, mientras que la adquirente, en caso de incremento de capital, no obtiene resultado alguno dado que su actividad consiste en poner en circulación títulos que representan una contraprestación económica equivalente al valor de los bienes que recibió, y en el intercambio no se produce ningún tipo de renta. Sin embargo, cuando la sociedad adquirente entrega títulos de su autocartera sí se obtiene un resultado tanto esta sociedad como la aportante, que se mide por la diferencia entre el valor de los bienes que cada uno recibe y su coste de adquisición.

La diferencia, en su opinión, es clara: la aportación contra autocartera tiene dos posibles referencias de valor: el valor contable, que es independiente del que se le atribuye cuando se dispone de ella, y el valor por el que se enajena, la diferencia es su resultado. Sin embargo, cuando se emite capital, para la sociedad emisora sólo existe un valor, el valor real de los títulos emitidos que debe coincidir con el de los bienes aportados; en este caso la sociedad adquirente no tiene ningún resultado, por lo que siendo la operación económica neutral para ella esta sociedad no debería registrar como valor de los bienes recibidos el que tenían en la sociedad aportante sino el que les corresponde con la aportación. Como veremos con posterioridad, el régimen fiscal especial no contempla esta circunstancia, aspecto muy criticado por SÁNCHEZ OLIVÁN.

Desde el punto de vista histórico, ya hemos comentado que como operaciones específicas a efectos fiscales las aportaciones de activos sólo son reguladas en España a partir de la Ley 29/1991. Pese a la trascendencia de estos procesos de reestructuración, la legislación tributaria no se ha preocupado históricamente de los mismos, en especial de los efectos tributarios de las alteraciones de patrimonio que se producen como consecuencia de los mismos.

Tradicionalmente, estas operaciones se han incorporado al tratamiento que, con carácter genérico, se realizaba de las operaciones que daban lugar a plusvalías y minusvalías con trascendencia fiscal. Así, la Ley de Utilidades de 1922 (disposición 5ª, regla 1ª) se refería a los incrementos de valor de activo puestos de manifiesto en las

---

<sup>264</sup> SÁNCHEZ OLIVÁN, J. (1993). *La fusión de sociedades*, op. cit., pág. 575.

enajenaciones de los bienes como integrante de la base imponible. El artículo 15 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades de 1968 consolidó el criterio (ya avanzado en la Ley de Reforma de 1964) de que el incremento de valor computable tendría como referencia el valor de mercado. En ninguno de ellos existió ningún régimen especial para las operaciones de reestructuración empresarial<sup>265</sup>.

A partir de la entrada en vigor de la Ley 61/78 se regulan específicamente como parte integrante de la renta de las sociedades y entidades jurídicas las alteraciones de patrimonio a los que se da un tratamiento concreto y entre los que pueden incluirse los derivados de aportaciones de activos, tanto si se formalizaban teniendo como contrapartida emisiones de capital como títulos de autocartera. En el caso de las emisiones de capital era de aplicación el artículo 15.7.1.c) que se refiere a las aportaciones no dinerarias a sociedades con motivo de su constitución o ampliación de capital. En el caso de formalización contra autocartera nos encontrábamos ante una permuta en el que las dos partes operaban simultáneamente como transmitentes y como adquirentes, aplicándose los artículos 15.7.1.h) y el 157.1.a) y b).

El art. 10 de la Ley 76/1980 preveía, como hemos citado, la posibilidad de bonificar hasta el 99% la cuota del IS que se devengase por los incrementos de patrimonio contabilizados en los balances de fusión.

El artículo 3 de la Ley 29/1991 hacía una referencia a los incrementos y disminuciones de patrimonio a efectos del IS, de manera que establecía que se considerarían éstos a las variaciones de valor puestas de manifiesto en la entidad transmitente a causa de las transmisiones derivadas de las operaciones referidas artículo 1º (incluyendo lógicamente las aportaciones de activo). La variación se estimaba por la diferencia entre valor real y el valor neto contable de los bienes y derechos transmitidos.

Esta redacción no coincidía exactamente con la de la Ley 61/78, por lo que encontrábamos una doble referencia legal para la misma operación. Como será analizado con posterioridad, parece que la conclusión se inclinaba por la prevalencia de la Ley 61/78 al tratarse de un supuesto de régimen general que no podía estar regulado

---

<sup>265</sup> En relación a los antecedentes históricos del tratamiento de las operaciones de reestructuración y de las alteraciones de patrimonio como elemento integrante de la base imponible de las sociedades, *vid.* SÁNCHEZ OLIVÁN, J. (1993). *La fusión de sociedades, op. cit.*, pág. 577; NAVARRO EGEA, M. (1997). *Fiscalidad de la reestructuración empresarial, op. cit.*, pág. 161.

como tal en una ley especial mientras existiera una regulación específica en la ley general<sup>266</sup>.

## **2. Supuestos de aplicación del régimen especial en las aportaciones no dinerarias**

El artículo 77 de la LIS, bajo el título de "*Régimen de las rentas derivadas de la transmisión*", además de indicar cuál es el régimen de estas rentas (de manera muy parca y sencilla), en realidad, está señalando cuáles son los requisitos para que las aportaciones no dinerarias de rama de actividad puedan acogerse a la característica más importante del régimen que se prevé en el Capítulo VII, como es la no integración en la base imponible de las rentas derivadas de la transmisión. Así como en el caso las aportaciones no dinerarias especiales los requisitos para la aplicación de la operación se recogen en su totalidad en el propio artículo 87 que las define, en el caso de las aportaciones no dinerarias de rama de actividad, el artículo 76 únicamente recoge lo que se entenderá por aportación no dineraria de rama de actividad y clarifica (o lo intenta) el concepto de rama de actividad y, posteriormente, en el art. 77, señala una serie de requisitos que deberán cumplirse para poder acoger la operación a una parte del régimen fiscal especial, como es el diferimiento de las rentas puestas de manifiesto en la transmisión.

Analizando más en profundidad la redacción del art. 77, estrictamente no señala propiamente unos requisitos que deberán cumplirse, sino que, más bien, señala una serie de situaciones en las cuales sí será aplicable la referida característica de no integración en base imponible de las rentas generadas en la operación que contempla el régimen fiscal especial. Ahora bien, ello no quiere decir que no sea aplicable el RFE al resto de operaciones que no se incluyan en estas situaciones siempre que se trate de operaciones previstas en el art. 76, sino, tan sólo, que esa característica (probablemente, la más importante) no será aplicable pudiéndose, igualmente, utilizar el RFE para el resto de utilidades que prevé.

Estas situaciones dependen de la ubicación territorial de los bienes transmitidos y de la residencia de las entidades transmitente y adquirente, con la finalidad de mantener un vínculo con los bienes transmitidos para poder recuperar la tributación diferida en el momento de la operación. Es importante resaltar, por la sistemática de la Ley y su voluntad de neutralidad, como veremos posteriormente, que estas situaciones en las

---

<sup>266</sup>Así, por ejemplo, lo hacía SÁNCHEZ OLIVÁN, J. (1993). *La fusión de sociedades*, op. cit., págs. 312 y ss.

que interviene una entidad transmitente, otra adquirente y un conjunto de bienes transmitidos, son aplicables tanto a los supuestos de aportaciones no dinerarias de actividad como a las fusiones y escisiones, aunque, por razones del alcance del trabajo, únicamente nos centraremos en el análisis de las aportaciones no dinerarias.

Una vez verificado que la operación que estamos analizando se sitúa dentro de una de las situaciones previstas en el artículo 77, el régimen fiscal previsto, como veremos con posterioridad, es extremadamente simple. Como primera idea intuitiva ya apuntada podemos decir que el régimen consiste en la no integración en la base imponible de las rentas derivadas de las operaciones acogidas al RFE y la exención en la imposición indirecta aplicable. Dado que el art. 87 extiende el régimen previsto en este capítulo a las aportaciones no dinerarias especiales, el régimen tanto de las rentas derivadas de la transmisión, como la valoración de los elementos recibidos en la transmitente y en la adquirente serán idénticos en los casos de aportaciones no dinerarias especiales y de rama de actividad.

### **2.1. Aplicación del régimen fiscal especial a las aportaciones no dinerarias de rama de actividad**

Estos requisitos, tal y como han sido clasificados por algunos autores, se dividen en dos grupos. Por un lado, nos encontramos con un conjunto de situaciones que plantea el artículo 77, a las cuales les será aplicable íntegramente el régimen fiscal especial, de manera que si la operación que estamos proyectando no se encuentra dentro de una de las situaciones referidas podremos aplicar el régimen fiscal especial a la operación, pero no podrá diferirse la tributación de las rentas generadas en la operación. Estas situaciones, en el fondo, contemplan el cumplimiento de un requisito, y es que, de una manera u otra, la Administración Tributaria española mantenga la soberanía territorial para hacer tributar la plusvalía diferida en el momento de la realización de la operación inicial hacia un momento posterior (únicamente en una de las situaciones, por motivos que explicaremos con posterioridad, no se cumple este requisito). Lo importante en este caso es que exista un elemento de vinculación territorial de los elementos transmitidos, bien porque la entidad titular de dichos bienes esté situada en territorio español o bien porque sean los propios bienes los que están situados en territorio español. Así nos encontramos con dos elementos de conexión: situación de los bienes y situación de la titular de los bienes. A partir de la combinación de estos elementos es donde encontraremos las diferentes situaciones que se generan.

Por otro lado, señalan algunos autores que existen unos requisitos tendentes a garantizar que el tipo tributario y la sujeción al IS, asumiendo la soberanía territorial sobre el mismo, se mantiene en la entidad adquirente de idéntica forma a la entidad transmitente.

ANTÓN BASANTA<sup>267</sup> analiza las condiciones exigidas en el art. 98.1 de la LIS 43/1995(actualmente art.77.1 de la LIS) para disfrutar del régimen fiscal especial a partir del lugar donde se hallan situados los bienes transmitidos y la residencia de los sujetos intervinientes. Así, clasifica las diferentes situaciones a partir de que se trate de bienes situados en territorio español o que se trate de bienes situados fuera del territorio español pero que constituyan establecimientos permanentes.

NAVARRO EGEA<sup>268</sup> los clasifica en: a) requisitos tendentes a asegurar que las rentas generadas queden bajo la soberanía fiscal española y b) requisitos tendentes a asegurar la tributación efectiva en sede de la entidad adquirente.

No nos parece ninguna de estas clasificaciones muy explicativas de la realidad porque, más que requisitos o condiciones de diferente tipo, insistimos, se trata de situaciones o supuestos en las cuales se podrá aplicar el régimen fiscal especial en su integridad. No son requisitos en abstracto que deberán concretarse en cada una de las situaciones, sino que se trata de supuestos muy claros. Por otro lado, los teóricos requisitos tendentes a asegurar la tributación en las mismas condiciones que en la entidad transmitente, en la actualidad, se concretan en un solo supuesto de imposibilidad de aplicación del régimen en su integridad bajo ciertas condiciones (que la entidad que recibe la aportación esté exenta del IS o tribute en régimen de atribución de rentas).

#### 2.1.1. Supuestos de aplicación del régimen fiscal especial a las aportaciones no dinerarias de rama de actividad.

Así, la ley establece los siguientes supuestos en los cuales será de aplicación el régimen fiscal especial:

1. Transmisiones realizadas por entidades residentes en territorio español de bienes y derechos en él situados cuando la entidad adquirente sea residente en España.

---

<sup>267</sup> ANTÓN BASANTA, A. (1998). "Capítulo 28. Régimen especial de las fusiones, escisiones," , *op. cit.*, pág. 1855.

<sup>268</sup> NAVARRO EGEA, M. (1997). *Fiscalidad de la reestructuración empresarial*, *op. cit.*, págs. 168 y ss.

En este supuesto dado que la entidad adquirente es residente en territorio español, no cabe duda que la Administración Tributaria española mantendrá la competencia para hacer tributar en el futuro las rentas generadas.

2. Transmisiones realizadas por entidades residentes en territorio español de bienes y derechos en él situados cuando la entidad adquirente no sea residente en España y los bienes queden afectados a un establecimiento permanente situado en territorio español.

En este supuesto, al ser la entidad adquirente una entidad no residente en territorio español, el fisco español no tiene competencia territorial para hacer tributar a esta entidad en España. No obstante, en la medida que los elementos transmitidos se afecten a un establecimiento permanente situado en España, en virtud del art. 13 de la Ley del IRNR, igualmente mantendrá la capacidad de hacer tributar las eventuales rentas que se pongan de manifiesto en el futuro respecto de los bienes transmitidos. Sin embargo, en este supuesto, el artículo 77 establece una cautela para evitar que, con posterioridad a la operación, las eventuales alteraciones patrimoniales que pudieran generarse escapen a la soberanía territorial española. Así, la transferencia de estos elementos fuera del territorio español supondrá que, en el ejercicio en que se produzca, deberá integrarse en la base imponible del establecimiento permanente la diferencia entre el valor de mercado de los elementos en el momento de la transferencia y el valor que tenían en la transmitente antes de la operación, minorado, en su caso, en el importe de las amortizaciones y otras correcciones de valor reflejadas contablemente que hayan sido fiscalmente deducibles.

El valor que tenían en la entidad transmitente es el que establece el art. 78 como valor que deberá recoger, a efectos fiscales, la entidad adquirente de los bienes transmitidos, manteniéndose, igualmente, la fecha de adquisición que tenían en la entidad transmitente.

Esta fecha de adquisición, en vigencia del TRLIS 2004 y la LIS 43/1995 tenía una gran relevancia por cuanto, con el fin de salvaguardar la neutralidad fiscal, el art. 85 del TRLIS 2004 (equivalente al actual art. 78) preveía que, a efectos de la corrección valorativa por el efecto de la inflación que establecía el art. 15 de la LIS (ambas), también se tendrá en cuenta la fecha de adquisición que tenía la entidad transmitente.

En el caso de esta posterior transferencia fuera de España de los referidos bienes, como hemos explicado, entra, y entraba en vigencia del TRLIS 2004, en juego la cláusula prevista para evitar que la renta generada por esos bienes no tributase

finalmente en España. Sin embargo, en ese caso no se preveía la posibilidad de aplicar la depreciación monetaria que preveía el art. 15 que estaba prevista para los casos de transmisiones lucrativas y no simples traslados de los bienes fuera de territorio español. En la práctica, esta situación significaba que no se alcanzaría el objetivo de la neutralidad fiscal al no poder reducir la renta tributable de acuerdo con el art. 15<sup>269</sup> correspondiente al primer tramo, desde la inicial adquisición hasta la aportación no dineraria. No obstante, dado que, con efectos de los ejercicios iniciados en 1999, el antiguo art. 15 fue modificado<sup>270</sup> de manera que únicamente era posible proceder a la corrección de aquellos elementos patrimoniales del inmovilizado material que tuvieran la naturaleza de inmuebles, desde un punto de vista práctico, podría tener una importancia menor en la medida que resulta difícil pensar en la transferencia de un bien inmueble fuera del territorio español, aunque en función del concepto de bienes inmuebles adoptado no resulta totalmente descartable. Por tanto, durante los años 1996 a 1998, ambos inclusive, queda patente que la norma no era absolutamente neutral y, con posterioridad, hasta la definitiva eliminación de la corrección por la depreciación monetaria para los ejercicios iniciados en 2015, dependería del concepto de bien inmueble que adoptáramos, aunque, en todo caso, se redujeron sus efectos perniciosos de manera considerable.

En todo caso, es necesario hacer una reflexión respecto de qué ocurrió con las aportaciones realizadas bajo el régimen fiscal especial durante la vigencia de la cláusula que trataba de combatir la depreciación monetaria (1995 a 2014), tomando en consideración la redacción del art. 15, y que, con posterioridad, fueron transmitidos. Se trata, en definitiva, de determinar si la corrección por inflación que permitía este artículo (originalmente para todos los bienes y con posterioridad para los elementos del inmovilizado material que tuvieran la naturaleza de inmuebles), de alguna manera, se traspasaba junto con los elementos y éstos conservaban tal derecho, aunque la norma no lo permita desde 2015. Si bien este es un tema que será analizado específicamente con posterioridad, convendría que una modificación legislativa solventara este problema.

---

<sup>269</sup> Así, resulta evidente que en un supuesto en el que se realice una aportación no dineraria de una serie de elementos entre los que se incluya un bien que la transmitente adquirió en el año 1983, y en el mismo ejercicio se proceda a su transferencia fuera del territorio español, la tributación por el IS es superior si se acogió al régimen fiscal especial o si no se hizo.

<sup>270</sup> Ley 49/1998, de 9 de diciembre, disposición final segunda, segundo.

Para los ejercicios iniciados a partir de noviembre de 2013, la Ley 16/2013 añadió un párrafo al artículo permitiendo el aplazamiento de la deuda tributaria derivada de la transferencia de esos bienes fuera de territorio español. Se trataba de una previsión lógica ya que, al margen de valoraciones sobre la realidad del mercado único de la Unión Europea, lo cierto es que en el traslado no se podía de manifiesto realmente una renta de la cual el contribuyente satisficiera una parte en concepto de impuestos. La redacción del artículo dejaba clara la obligación del aplazamiento si bien se remitía a la LGT respecto del devengo de intereses de demora y de garantías a prestar en caso de aplazamiento.

NAVARRO EGEA<sup>271</sup> señala que, el artículo 98.1 de la LIS 43/1995 (actual art. 77.1 de la LIS) establecía que sólo se excluirán de la base imponible la rentas derivadas de la transmisión de aquellos elementos que quedasen efectivamente vinculados a un establecimiento permanente situado en territorio español, siendo irrelevante entonces que el establecimiento permanente fuera preexistente o de nueva creación (a diferencia de las aportaciones no dinerarias especiales) y, aunque a efectos de clasificación, hemos separado el apartado 1 y 2, tampoco resulta determinante el país en el que se localiza la residencia de la adquirente, por lo que excede, incluso, de las exigencias de la norma comunitaria<sup>272</sup>.

3. Transmisiones realizadas por entidades no residentes en territorio español de establecimientos permanentes en él situados cuando la entidad adquirente sea residente en España.

En este caso, la Administración española mantendría la posibilidad de hacer tributar la renta que se genere en el futuro tanto por la residencia de la nueva titular de los elementos patrimoniales transmitidos, como por la ubicación de los mismos. Sin embargo, derivado de la operación, lógicamente el establecimiento permanente desaparecerá conceptualmente al ser el titular del mismo una entidad residente, por lo que se integrará en ella.

4. Transmisiones realizadas por entidades no residentes en territorio español de establecimientos permanentes en él situados cuando la entidad adquirente no sea

---

<sup>271</sup> NAVARRO EGEA, M. (1997). *Fiscalidad de la reestructuración empresarial*, op. cit., pág. 169.

<sup>272</sup> La memoria del anteproyecto de la ley de adecuación señalaba que la capacidad y posibilidad de gravar el incremento de patrimonio no decae, cualquiera que sea la residencia de la entidad adquirente, medie o no convenio para evitar la doble imposición con el estado correspondiente, e, inclusive, aunque resida en un territorio o de estado calificado a efectos tributarios como paraíso fiscal.



residente en España y los bienes queden afectados a un establecimiento permanente situado en territorio español.

En este caso, a diferencia del anterior, sí subsistirá como tal el establecimiento permanente al no residir la entidad adquirente en territorio español. Mientras los bienes se mantengan en España, el fisco español mantendrá la soberanía territorial para hacer tributar esos bienes en el futuro. Por eso, en este supuesto también se establece la misma precaución que se recogía en el apartado 2, y es que la transferencia de estos elementos fuera del territorio español determinará la integración en la base imponible del establecimiento permanente, en el ejercicio en que se produzca la transferencia, de la diferencia entre el valor normal de mercado y el valor que debió considerar la entidad adquirente en su adquisición minorado, si procede, en el importe de las amortizaciones y otras correcciones de valor reflejadas contablemente que hayan sido fiscalmente deducibles.

Al igual que el supuesto 2, para los ejercicios iniciados a partir de noviembre de 2013, la Ley 16/2013 añadió un párrafo al artículo permitiendo el aplazamiento de la deuda tributaria derivada de la transferencia de esos bienes fuera de territorio español, con las mismas características que en el supuesto anterior.

El hecho de que, tras la aportación, una parte de los bienes no queden afectos a un establecimiento permanente en España, no obsta para que se aplique el régimen especial de diferimiento a los bienes que sí queden afectos a dicho establecimiento permanente.

5. Transmisiones realizadas por entidades residentes en territorio español de establecimientos permanentes situados en el territorio de Estados no pertenecientes a la Unión Europea en favor de entidades residentes en territorio español.

Es necesario en este caso, para que pueda operar el régimen de diferimiento, que la entidad adquirente sea residente en territorio español. De esta forma, el Estado español siempre mantendrá la capacidad de hacer tributar la ulterior renta producida al estar sujeta al IS español la entidad adquirente.

Señalaba ANTÓN BASANTA<sup>273</sup>, en vigencia del inicial régimen de deducciones para evitar la doble imposición previsto en la LIS, que, en estos supuestos, la utilidad del acogimiento al régimen de diferimiento o no dependía de la tributación en el país

---

<sup>273</sup> ANTÓN BASANTA, A. (1998). "Capítulo 28. Régimen especial de las fusiones, escisiones, ", *op. cit.*, pág. 1859.

donde estuviera situado el establecimiento permanente y del sistema que preveía, en su caso, el CDI entre ambos países para evitar la doble imposición. Si el país donde radicaba el establecimiento permanente gravaba las rentas que se ponían de manifiesto con ocasión de su transmisión y este gravamen era inferior al que se hubiera satisfecho en España, de manera que la diferencia debía integrarse en la base imponible<sup>274</sup>, en principio, resultaba útil el régimen especial<sup>275</sup>. Si, por el contrario, existía un Convenio para evitar la doble imposición (en adelante, CDI) con el sistema de exención para evitar la doble imposición, la aplicación del RFE, desde el punto de vista de la imposición directa, no tenía utilidad alguna.

La derogación del art. 29 bis de la LIS 43/1995 y la inclusión del art. 20 ter de la misma por la Ley 6/2000 (en la actualidad, art. 22 de la LIS), para los ejercicios iniciados a partir del 1 de enero de 2001, influyó de manera notable en la aplicación de este supuesto (aunque el régimen se anticipó a los períodos iniciados el 25 de junio del 2000 por el RD 3/2000 de 20 de junio). Dado que el referido art. 22 de la LIS prevé la exención de las rentas obtenidas en el extranjero a través de un establecimiento permanente siempre que se cumplieran una serie de requisitos (que se cumplen en buena parte de los supuestos), en los casos que se aplique dicha exención la utilidad del RFE en cuanto a la imposición directa es nula.

Sin embargo, en el caso de que sea aplicado, este supuesto puede originar situaciones de doble imposición, pues al tener valorados la entidad adquirente elementos por el mismo valor que tenía en la transmitente antes de la operación, cuando sean objeto de transmisión posterior por parte de la adquirente volverá a gravarse la misma renta que ya se gravó con ocasión de la operación sin tener en cuenta los impuestos satisfechos en el extranjero.

Para evitar la doble imposición podría concederse, de forma expresa, a la entidad adquirente el derecho a practicar la deducción por doble imposición internacional prevista en el actual art. 31 de la LIS<sup>276</sup>. NAVARRO EGEA<sup>277</sup>, tras señalar que efectivamente se pueden producir supuestos de doble imposición, sostiene que la única solución sería invocar la aplicación de la genérica deducción por doble

---

<sup>274</sup> Por aplicación del art. 29 de la Ley del 43/1995.

<sup>275</sup> Se produciría en los supuestos en los que España no tuviera suscrito convenio para evitar la doble imposición o, pese a su existencia, el método para evitar la doble imposición contenido en el convenio fuera el de imputación y no hubiera sido posible la aplicación del artículo 29 bis de la LIS 43/1995.

<sup>276</sup> Esta postura es defendida por ANTÓN BASANTA, A. (1998). "Capítulo 28. Régimen especial de las fusiones, escisiones", *op. cit.*, pág. 1859.

<sup>277</sup> NAVARRO EGEA, M. (1997). *Fiscalidad de la reestructuración empresarial*, *op. cit.*, pág. 172.

imposición internacional en función de la subrogación en los derechos de la entidad transmitente que se establece en el artículo 84. La mejor solución, en nuestra opinión, sería que la norma contemplara de forma expresa el derecho a practicar la deducción por doble imposición en estos casos sin establecer límites temporales a su aplicación, dada las características de la operación.

6. Transmisiones realizadas por entidades residentes en territorio español de establecimientos permanentes situados en el territorio de Estados miembros de la Unión Europea en favor de entidades que residan en ellos (siempre que revistan una de las formas enumeradas en el anexo de la Directiva 90/434/CEE y estén sujetos a uno de los impuestos allí reseñados).

Para que opere el régimen de diferimiento en este supuesto, se exige que la entidad residente en territorio español transmita el establecimiento permanente a una entidad residente en cualquier estado de la Unión Europea que revista una de las formas enumeradas en el Anexo de la Directiva, y que estén sujetas y no exentas a algunos de los tributos mencionados en el artículo 3 de la misma. Se trata del único supuesto en el cual el estado español renuncia de manera definitiva al gravamen de la renta derivada de una operación de las definidas en el artículo 76 de la LIS, renuncia que viene impuesta por el artículo 10 de la Directiva.

NAVARRO EGEA<sup>278</sup>, señala que, curiosamente, en el caso de que la adquirente sea una entidad residente en España (donde no se perdería el punto de conexión con la Administración española para poder hacer tributar en el futuro esa operación) la norma que obliga a que sea un tipo de sociedad determinada (el contemplado en la Directiva) supone ser más restrictivo cuando la adquirente es una entidad española que una no española.

ANTÓN BASANTA<sup>279</sup> señala, sin embargo, que, aunque efectivamente, puede sorprender el hecho de que la LIS se muestra más restrictiva en cuanto a la forma que debe adoptar la entidad adquirente residente en España cuando el establecimiento permanente radica en un país miembro de la Unión Europea que cuando radique fuera de la Unión Europea, supuesto éste en el cual hemos tenido ocasión de comprobar que no opera limitación alguna en cuanto a la forma que debe tener la entidad adquirente, en su opinión, tiene todo el sentido. Así, cuando la entidad adquirente reside en un país de la Unión Europea la limitación tiene pleno

---

<sup>278</sup> NAVARRO EGEA, M. (1997). *Fiscalidad de la reestructuración empresarial*, op. cit., pág. 173.

<sup>279</sup> ANTÓN BASANTA, A. (1998). "Capítulo 28. Régimen especial de las fusiones, escisiones," , op. cit., pág. 1856.

sentido, en la medida que, al haber renunciado la Hacienda Española al gravamen de la renta por imposición del artículo 10 de la Directiva sólo cuando ésta resulte de aplicación operará el régimen de no integración de las rentas derivadas de la transmisión.

7. Transmisiones realizadas por entidades no residentes en territorio español de participaciones en entidades residentes en territorio español, en favor de entidades residentes en su mismo país o en favor de entidades residentes en la Unión Europea (siempre que, en este último caso, transmitente y adquirente revistan una de las formas enumeradas en el anexo de la Directiva 90/434/CEE y estén sujetos a uno de los impuestos allí reseñados).

El presente supuesto fue introducido en la LIS, junto con el resto de supuestos del art. 77 previamente existentes en las LIS anteriores, con la aprobación de la LIS para los ejercicios iniciados a partir de 2015. En realidad, contiene, desde el punto de vista de mantenimiento de la capacidad de hacer tributar en el futuro las rentas ahora diferidas, tres supuestos diferentes.

- a) La adquirente es residente en territorio español: En este caso resulta evidente la capacidad de hacer tributar en el futuro la renta puesta de manifiesto y diferida que sería la diferencia entre el coste de las participaciones y el valor de transmisión.
- b) La adquirente es residente en el mismo país que la transmitente: la situación se mantiene idéntica para la Hacienda Pública española en la medida que se aplicará el mismo CDI (al tratarse del mismo país de residencia) y, por tanto, partiendo del coste histórico de adquisición se tributará exactamente igual. Únicamente, podría darse supuesto de que en el *ínterin* entre la primera y segunda transmisión hubiera un cambio de tributación por el CDI y afectara al importe efectivamente pagado. En la práctica sólo sería aplicable si la renta generada en la transmisión de las participaciones estuviese sujeta al IRNR, no exenta por aplicación del CDI y la exención por doble imposición no fuera aplicable.
- c) La adquirente es residente en la UE y reúne la forma societaria y está sujeta a los impuestos previstos en las Directivas: en este caso, por aplicación de la Directiva 2009/133/CE, la Administración española renuncia (si pudiera en función del CDI aplicable) a gravar la renta puesta de manifiesto.

Ya hemos visto que en los supuestos 2 y 4 en los que, en ambos, los elementos patrimoniales transmitidos son propiedad de un sujeto no residente en territorio español y están afectos a un establecimiento permanente situado en España, el artículo

77 establece una cautela para evitar que, con posterioridad a la operación, las eventuales alteraciones patrimoniales que pudieran generarse escapen a la soberanía territorial española. Así, la transferencia de estos elementos fuera del territorio español determinará la integración en la base imponible del establecimiento permanente, en el ejercicio en que se produzca aquélla por la diferencia entre el valor normal de mercado y el valor que debió considerar la entidad adquirente en su adquisición minorado, en su caso, en el importe de las amortizaciones y otras correcciones de valor reflejadas contablemente que hayan sido fiscalmente deducibles.

NAVARRO EGEA<sup>280</sup> explica que los supuestos de los establecimientos permanentes son ciertamente peculiares en la medida que, si se aplica un sistema de imputación de rentas, es muy posible que durante varios años el establecimiento permanente haya generado pérdidas que hayan reducido la tributación en España de la entidad residente en este territorio. Este sistema está pensado de forma que cuando se recuperen los beneficios en el establecimiento permanente también se acabará tributando por ellos al incorporarse a la base imponible. Pero este sistema se rompe cuando se produce una transmisión en medio porque la sociedad residente en España al no tener establecimiento permanente nunca recuperará esas pérdidas que ha imputado en su base imponible. Por eso el artículo 78 de la LIS establece la necesidad de incrementar la base imponible precisamente en esas pérdidas que se han imputado durante una serie de ejercicios.

Lo cierto es que el artículo 10.2 de la Directiva 90/434/CEE ofrece otra opción en el supuesto de que el Estado miembro de la entidad transmitente aplique un régimen mundial de imposición del beneficio. En este caso, siempre que este Estado admita la deducción del impuesto que se hubiese aplicado en el Estado en el que esté ubicado el establecimiento permanente si no existiese el régimen de la Directiva (como si efectivamente se hubiera satisfecho), podrá gravar las plusvalías del establecimiento permanente resultantes de la aportación no dineraria.

NAVARRO EGEA<sup>281</sup> considera que esta solución sería mejor de acuerdo con:

El texto de la Memoria del Anteproyecto de la Ley de Adecuación<sup>282</sup> (Ley 29/1991) que comentando este precepto advertía que la pérdida de la capacidad para gravar las

---

<sup>280</sup> NAVARRO EGEA, M. (1997). *Fiscalidad de la reestructuración empresarial*, op. cit., pág. 174.

<sup>281</sup> NAVARRO EGEA, M. (1997). *Fiscalidad de la reestructuración empresarial*, op. cit., pág. 175.

<sup>282</sup> Vid. CLAVIJO HERNÁNDEZ, F. F. (1991). "Régimen transitorio del Fondo de Previsión para inversiones", en *Revista técnica tributaria*, núm. 15, pág. 71.

eventuales rentas que sufre España es más teórica que real, porque de la cuota íntegra correspondiente al incremento habría que deducir el impuesto satisfecho en el extranjero, o bien, simplemente, mediante un convenio con el método de exención tal capacidad de gravar sería inexistente.

Esta opción resulta congruente con la vocación generalizadora del régimen previsto en este capítulo VIII toda vez que sería igualmente válida para el caso de que la entidad adquirente tuviera su residencia fuera de la Unión Europea.

En cualquier caso, con carácter general, lo importante es que la Administración Tributaria española mantenga su soberanía territorial para hacer tributar en un momento posterior a estas rentas. Esto se conseguirá bien porque el titular de los elementos patrimoniales aportados sea un sujeto residente en España (con independencia de donde se sitúan en los bienes) bien porque los bienes propiamente dichos estén situados en territorio español.

Así, de manera genérica, podríamos decir que siempre que los elementos aportados se encuentren situados en España se producirá un diferimiento de dichas rentas, mientras que siempre que se encuentren situados fuera de España las rentas quedarán sujetas. Únicamente, se producen dos excepciones a esta regla general, en las que, pese a que los elementos patrimoniales se encuentren situados fuera de España, dichas rentas no se integrarán en la base imponible del impuesto. La primera se produce en el supuesto en que el adquirente sea residente en España, con independencia de donde se encuentren situados los bienes (dado que la Hacienda Pública española siempre conservará la potestad de gravar la plusvalía que se produzca en la entidad adquirente). La segunda se produce en el caso de que la sociedad adquirente resida en un estado miembro de la Unión Europea y los bienes también se encuentren situados en un estado miembro (en este caso se produce una dejación de la potestad tributaria en favor de un tercer estado miembro de la Unión Europea, en virtud del artículo 10 de la Directiva 90/434/CEE).

De acuerdo con ello, podemos establecer el siguiente cuadro en función de donde está situada la entidad transmitente, donde está situada la entidad adquirente y donde se encuentran situados los bienes antes y después de la operación.

<b>Transmitente</b>	<b>Adquirente</b>	<b>Situación bienes antes aportación</b>	<b>Situación bienes tras aportación</b>	<b>Mantenimiento Potestad Tribut.</b>	<b>Régimen</b>
España	España	---	---	Si	Diferimiento
España	UE	España	España	Si	Diferimiento
España	UE	España	UE/Extranjero	No	Tributación
España	UE	UE	---	No	Diferimiento
España	UE	Extranjero	---	No	Tributación
España	Extranjero	España	España	Si	Diferimiento
España	Extranjero	España	UE/Extranjero	No	Tributación
España	Extranjero	UE/Extranjero	---	No	Tributación
UE/Extranjero	España	España	---	Si	Diferimiento
UE/Extranjero	España	UE/Extranjero	---	---	No sujeto
UE/Extranjero	UE/Extranjero	España	España	Si	Diferimiento
UE/Extranjero	UE/Extranjero	España	UE/Extranjero	No	Tributación
UE/Extranjero	UE/Extranjero	UE/Extranjero	---	---	No sujeto
UE/Extranjero	Mismo país que Transmitente	Participaciones de Entid. Españ.	---	No cambia	Diferimiento
UE/Extranjero	UE	Participaciones de Entid. Españ.	---	No	Diferimiento
UE/Extranjero	España	UE/Extranjero	---	---	Diferimiento

Nota: En los supuestos en que no se menciona el lugar de localización de los bienes es debido a que éste es indiferente a efectos de la calificación del régimen aplicable.

Como vemos el único supuesto donde la Administración Tributaria española, pese a no mantener la potestad tributaria territorial para hacer tributar esa alteración patrimonial en el futuro, permite la aplicación del régimen de diferimiento es en el caso de que la entidad adquirente y el establecimiento permanente se sitúen en un Estado miembro

de la UE. Ello, tal y como ha sido expuesto, viene obligado por el artículo 10 de la Directiva.

### 2.1.2. Requisitos respecto de la tributación de la entidad adquirente

Una vez garantizada por parte de la Administración española el mantenimiento de la soberanía territorial sobre las rentas que se generen en el futuro, la ley prevé unas limitaciones para los supuestos en que el régimen tributario de la entidad adquirente sea distinto del de la entidad transmitente. Así, salvo el caso de la transmisión de establecimientos permanentes situados en territorios de Estados miembros de la Unión Europea en favor de otras entidades que residan en ellos (la Directiva no deja opción a la limitación como veremos) ni en el supuesto de transmisiones de participaciones en entidades residentes en territorio español realizadas por entidades no residentes en territorio español, en favor de entidades residentes en territorio español, residentes en su mismo país o residentes en la Unión Europea (siempre que transmitente y adquirente revistan una de las formas enumeradas en el anexo de la Directiva 90/434/CEE y estén sujetos a uno de los impuestos allí reseñados), cuando la entidad adquirente esté exenta por el IS o sometida al régimen de atribución de rentas<sup>283</sup> no será aplicable el régimen fiscal especial. NAVARRO EGEA<sup>284</sup> opina que, lógicamente, en el caso de que la entidad adquirente esté exenta del IS más que favorecer las operaciones de reestructuración lo que se estaría favoreciendo es la deslocalización de determinados elementos en favor de entidades de este tipo con el fin de evitar la tributación futura de las rentas diferidas.

Fue la Ley 55/1999 (Ley de Acompañamiento para el ejercicio 2000) la que introdujo la imposibilidad de aplicar el régimen de diferimiento a las entidades que tributaran en régimen de atribución de rentas. En nuestra opinión, se trata de una pura modificación

---

<sup>283</sup> El art. 6 de la LIS define, de forma indirecta, en qué consiste este régimen de tributación y establece qué entidades tributarán bajo el mismo. Tributarán bajo este régimen las sociedades civiles que no tengan objeto mercantil, herencias yacentes y, por remisión al art. 35.4 LGT, cualquier entidad carente de personalidad jurídica que constituya una unidad económica o un patrimonio separado susceptible de imposición. comunidades de bienes. El régimen de atribución de rentas consiste en atribuir a los socios o partícipes de estas entidades las rentas obtenidas por la entidad de forma proporcional a su participación, así como las retenciones e ingresos a cuenta soportados. Obviamente estas entidades no tributarán por el IS.

El antiguo art. 6 del TRLIS 2004 tenía una redacción bastante similar respecto de las entidades que tributaban bajo este régimen y en qué consistía el mismo. Quizás la diferencia más notable es que incluía a todas las sociedades civiles, incluso aunque tuvieran objeto mercantil.

<sup>284</sup> NAVARRO EGEA, M. (1997). *Fiscalidad de la reestructuración empresarial*, op. cit., pág. 178.



técnica (aclaratoria) en la medida que ya resultaba evidente con anterioridad la imposibilidad de aplicar a estas entidades este régimen, básicamente porque son entidades que no tributan por el IS (así lo señalaba el apartado 3 del art. 6 de la LIS 43/1995, del TRLIS 2004 y el art. 6.2 de la LIS). En este sentido, difícilmente podríamos hablar de la aplicación de un régimen al que no están sometidas sin que hubiera una inclusión expresa (como se hace, por ejemplo, con las personas físicas).

Esta situación ha sido criticada por algunos autores en la medida que las garantías para hacer tributar estas rentas entienden que no deben impedir la aplicación del régimen fiscal especial. NAVARRO EGEA<sup>285</sup> critica este planteamiento, en la medida que no considera que este argumento sea suficiente como para negar la intervención de estas entidades en este tipo de operaciones.

La Ley 55/99 incluyó un nuevo párrafo en el art. 98.1 de la LIS 43/1995 (actualmente el art. 77.1 de la LIS) que ha venido a resultar de gran trascendencia. Señala este apartado que se excluirán de la base imponible las rentas derivadas de las operaciones a que se refiere el régimen fiscal especial, aunque la entidad adquirente disfrute de la aplicación de un tipo de gravamen con régimen tributario especial, despejando la duda sobre la posibilidad de que no se aplicara a estas entidades.

Como veremos con posterioridad, al analizar el régimen fiscal aplicable, la solución que se ha adoptado para evitar que, fruto del diferente régimen fiscal, la deuda tributaria se vea reducida ha sido separar en tramos, mediante un método lineal, la renta generada en el momento de una posterior transmisión, haciendo tributar el tramo que presuntamente se había generado con ocasión de la operación protegida cuya renta se difiere, al tipo impositivo y bajo el régimen tributario que hubiera correspondido a la entidad transmitente original.

Ya hemos señalado en el capítulo anterior que con la redacción de la LIS 43/1995, desapareció la exigencia de la Ley 29/1991 de que los elementos transmitidos contribuyan a la obtención de rentas que hayan de tributar por el IS y, además, en el caso de las sociedades transparentes la redacción del artículo 75 de la LIS43/1995 que incluía la tributación por el IS de estas entidades eliminó del todo la polémica.

No obstante, la problemática subsiste en relación con las agrupaciones de interés económico españolas o europeas, cuyo régimen tributario se recoge en los artículos 43

---

<sup>285</sup> *Ibidem*, pág. 180.

y 44 de la LIS y que no se encuentra en la lista de contribuyentes del IS que desarrolla el art. 7 de la LIS.

Parece, en consecuencia, que estas entidades no tributarán por el IS, conformando un régimen fiscal similar al establecido en la legislación anterior para cualquier entidad transparente en el cual debe imputar a sus socios residentes las diferentes partidas del impuesto (bases imponibles positivas, gastos financieros netos, reserva de capitalización, bases de deducciones y bonificaciones y retenciones e ingresos a cuenta)

En este sentido, al amparo de la Ley 29/1991, la DGT se había manifestado en diversas contestaciones a consultas en favor de la aplicación del régimen de diferimiento en los supuestos de sociedades transparentes basándose en que la exención que recaía sobre las sociedades era una mera exención en la base imponible pero que la imputación que se producía suponía que acabaría tributando de forma efectiva, aunque no fuera en sede de la propia entidad transparente sino en la de sus socios<sup>286</sup>. Si la entidad está sujeta al régimen de transparencia fiscal (en realidad, tras la eliminación de este régimen de la legislación española, nos estaríamos refiriendo a un régimen similar de imputación de bases), como es el caso de agrupaciones de interés económica tanto españolas como europeas debería aplicarse el régimen de diferimiento ya que la Hacienda Pública conserva la capacidad para grabar aquellas rentas aunque no sea a nivel de la propia agrupación sino a nivel de sus socios a los que se les imputan las rentas de la AIE.

La situación con la UTE tenía también algún punto de conflictividad puesto que, si bien, por una parte, sí se incluyen dentro del art. 7 como contribuyentes del IS, por otro lado, su régimen de tributación es muy similar al de las AIE.

En relación con las entidades exentas, la LIS (igual que hacían sus dos predecesoras) contempla dos grupos de exenciones en atención a las condiciones subjetivas de las entidades a que se refiere. Así, el art. 9 de la LIS distingue entre las entidades totalmente exentas y las entidades parcialmente exentas (cuya regulación se encuentra, parcialmente, en la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo<sup>287</sup>). NAVARRO EGEA<sup>288</sup> considera que todas estas entidades puedan realizar actividades económicas

---

<sup>286</sup> Por todas, respuesta a consulta de 9 de junio de 1994.

<sup>287</sup> Para un estudio en mayor profundidad de estas entidades y la problemática que suscitan *vid.* CHASCO, B., GARICANO, J. (1998). "Régimen de las entidades parcialmente exentas", *op. cit.*, págs. 2229 y ss.

<sup>288</sup> NAVARRO EGEA, M. (1997). Fiscalidad de la reestructuración empresarial, *op. cit.*, pág. 185.

por lo que en cualquier caso debería tener la posibilidad de realizar operaciones de reestructuración acogiendo al régimen fiscal especial.

La opinión de esta autora, formulada ambas antes de la introducción del 3<sup>er</sup> párrafo del art. 98.1 de la LIS43/1995 (hoy art. 77 de la LIS) realizado por la Ley 55/1999, obviaba el problema de que estas entidades (en vigencia, entonces, de la Ley 30/1994) tributaban a un tipo del IS inferior (10% o 25%) e incluso, en algunos casos, las explotaciones económicas podían llegar a estar exentas.

En la medida de que lo que se trata de preservar es el mantenimiento de la potestad de la Hacienda Pública para hacer tributar con posterioridad una alteración patrimonial puesta de manifiesto en el momento de realizar la operación de aportación no dineraria, cabe hacer las siguientes reflexiones. En relación con las entidades totalmente exentas, es cierto que, salvo prevención en contra, la posterior transmisión de los elementos desde la sociedad adquirente que disfrute de exención en el IS no permitiría hacer tributar a esas rentas. Sin embargo, existen soluciones de otro tipo como, por ejemplo, la adoptada respecto de las entidades con un tipo de régimen o con un tipo impositivo diferente. Estas soluciones permitirían no excluir a estas entidades de la aplicación del régimen fiscal especial sin cercenar la ulterior tributación de esas rentas.

En relación con las entidades parcialmente exentas a las que se refiere el art. 9.3 de la LIS de tal forma e incluso el título del Capítulo XIV del Título VII (que regula su régimen fiscal especial) no son entidades exentas, sino *parcialmente exentas*. La primera reflexión debe encaminarse a analizar si estas entidades deben estar encuadradas dentro de *“las entidades exentas”* a que se refiere el art. 77 o bien dentro de *“entidades que disfruten de la aplicación de un tipo de gravamen o un régimen tributario especial distinto del de la transmitente”*. Si atendemos al sentido literal del art. 77 deberíamos concluir que, si la referencia se realiza exclusivamente a las entidades exentas sin hacer ninguna referencia a aquellas que vienen calificadas dentro del mismo cuerpo legal como entidades parcialmente exentas, éstas no deben incluirse dentro del párrafo referido.

Por otra parte, en nuestra opinión, excepto en un supuesto, la totalidad de las posibles disfunciones a la hora de permitir la aplicación a las entidades parcialmente exentas del régimen fiscal especial, están perfectamente contempladas en el párrafo introducido por la Ley 55/1999 que establece un método de imputación lineal de las plusvalías (con independencia de que la solución adoptada sea o no la más correcta desde el punto de

vista técnico y de mantenimiento del principio de capacidad económica considerando que las plusvalías nunca se generan de manera lineal a lo largo de los años).

## **2.2. Aplicación del régimen fiscal especial a las aportaciones no dinerarias especiales**

Ya hemos comentado en el capítulo anterior la definición y, junto a ella, los requisitos para la aplicación del régimen fiscal protegido a las aportaciones no dinerarias especiales recogidas en el art. 87 de la LIS. Nos remitimos a lo ya expuesto, recordando únicamente que los requisitos son:

- a) Que la entidad que recibe la aportación sea residente en territorio español o realice actividades en el mismo por medio de un establecimiento permanente al que se afecten los bienes aportados
- b) Que, una vez realizada la aportación, el sujeto pasivo de este Impuesto o del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas participe en los fondos propios de la entidad que recibe la aportación en, al menos, el 5 por 100

Como ya se ha mencionado también, la Ley 24/2001 introdujo la aplicación del régimen fiscal especial a las aportaciones realizadas por personas físicas de valores debiéndose cumplir, además de los dos requisitos expuestos, los siguientes:

- (i) Que la entidad de cuyo capital social sean representativas las participaciones a aportar sea residente en territorio español y que no le sea de aplicación el régimen de transparencia fiscal (tras la modificación operada por la Ley 46/2002, se sustituyó la referencia al régimen de transparencia fiscal por el régimen de las sociedades patrimoniales, AIE y UTE).
- (ii) Que las participaciones aportadas representen una participación de, al menos, el 5% de los fondos propios de la entidad.
- (iii) Que se posean de manera ininterrumpida por la aportante durante el año anterior a la fecha del documento público en que se formalice la aportación.

## **2.3. Aplicación del régimen fiscal especial a las aportaciones no dinerarias realizadas por personas físicas.**

Ya hemos comentado en el capítulo anterior la problemática y los requisitos para la aplicación del régimen fiscal protegido a las aportaciones no dinerarias realizadas por

personas físicas recogidas en el art. 87 de la LIS. Nos remitimos a lo ya expuesto, recordando únicamente que los requisitos son:

- a) Que concurren los requisitos establecidos con carácter general para las aportaciones no dinerarias de rama de actividad y aportaciones no dinerarias especiales.
- b) Que la persona física, empresario o profesional, lleve su contabilidad de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Comercio y los elementos aportados estén afectos a actividades económicas.

### **3. Régimen de las rentas puestas de manifiesto en la entidad transmitente**

Antes de analizar el régimen fiscal especial previsto en el Capítulo VII del Título VII, conviene clarificar cuál es el régimen general que se aplicaría a estas operaciones de no aplicar ningún régimen fiscal especial, para apreciar las diferencias y valorar la pretendida neutralidad del régimen.

#### **3.1. Régimen general**

El artículo 15 del TRLIS 2004 establecía cuáles eran las reglas de valoración en los supuestos de transmisiones lucrativas derivados de las aportaciones no dinerarias. Así, en su apartado 2 señalaba que se valorarán por su valor normal de mercado los elementos patrimoniales aportados a entidades y los valores recibidos en contraprestación. Igualmente, los elementos patrimoniales adquiridos a través de una permuta también se valorarán en su valor normal de mercado. En consecuencia, fuera cual fuera la forma en que instrumentara la operación (mediante aumento de capital o mediante permuta) los elementos patrimoniales que se estaban transmitiendo deberán ser valorados por su valor normal de mercado. Este criterio rompía el antiguo criterio de la Ley 61/78 que en el caso de aportaciones no dinerarias a sociedades consideraba como valor de transmisión para el cálculo de la alteración de patrimonio, el mayor valor de:

- a) El valor nominal de las participaciones recibidas a cambio, en su caso, incrementadas con la prima de emisión.
- b) El valor que resulte de los informes de valoración anexados a las escrituras donde se documente la operación a efectos de su inscripción en el Registro Mercantil.
- c) El valor de cotización de los títulos recibidos.

d) La valoración del bien aportado según normas del IP.

En el caso de permutas, el valor que debía tomarse, según la LIS 61/1978, era el valor de mercado del bien que se recibía a cambio (no del que realmente se transmitía).

Para definir lo que se entiende por valor normal de mercado, el propio artículo 15 del TRLIS 2004 señalaba que se entenderá por el mismo el que hubiera sido acordado en condiciones normales de mercado entre partes independientes y remitía al artículo 16.4 al objeto de la determinación de dicho valor. Este artículo contemplaba una serie de métodos que permitirán realizar una aproximación al mismo.

En la actualidad, el artículo 17 de la LIS establece la regla general y las reglas especiales de valoración en los supuestos de transmisiones lucrativas y societarias. Así, con carácter general, los elementos patrimoniales se valorarán de acuerdo con los criterios previstos en el código de Comercio (y, por tanto, en el PGC que es normativa de desarrollo), corregidos por la aplicación de los criterios establecidos en la LIS.

A los efectos que nos interesan en el presente estudio, debemos destacar diferentes reglas de valoración para cada una de las operaciones que en el capítulo anterior habíamos considerado posibles a la hora de realizar operaciones que cumplieran los requisitos de las aportaciones no dinerarias de ramas de actividad y de las aportaciones no dinerarias especiales previstas en la lista.

Desde el punto de vista de la entidad transmitente, de acuerdo con los posibles negocios jurídicos aplicables, debemos distinguir, a efectos fiscales, de acuerdo con el art. 17 de la LIS las siguientes situaciones:

1. Aportaciones de elementos patrimoniales a entidades: se valorarán por su valor de mercado
2. Permuta de elementos patrimoniales por títulos en autocartera: los elementos entregados se valorarán por su valor de mercado
3. Aportaciones de créditos contra la propia sociedad: se valorarán por el importe del aumento de capital (o fondos propios) con independencia de su valoración mercantil

Se entenderá por valor de mercado el que hubiera sido acordado entre partes independientes. Para la determinación del mismo se admitirá cualquiera de los métodos previstos en el art. 18.4 de la LIS, Este apartado prevé hasta cinco posibles métodos para cuantificar el precio de mercado: método del precio libre comparable, método del coste

incrementado, método del precio de reventa, método de la distribución del resultado y método del margen neto operacional.

- Por tanto, en el primer caso, aportación a entidades, la entidad transmitente integrará en su base imponible la diferencia entre el valor de mercado de los elementos transmitidos y su valor fiscal en la entidad transmitente en el momento de la transmisión.
- En el segundo supuesto, permuta, la entidad transmitente integrará en su base imponible la diferencia entre el valor de mercado de los elementos adquiridos y el valor fiscal de los recibidos a cambio.
- Finalmente, en el tercer supuesto en que recogíamos las aportaciones hechas a la sociedad de créditos contra ella misma o, dicho de otra manera, operaciones de aumento de capital o de fondos propios por compensación de créditos, la entidad transmitente integrará en su base imponible la diferencia entre el aumento de capital (o de fondos propios), lógicamente, en la proporción que le corresponda, y el valor fiscal del crédito capitalizado.

En el supuesto de que la renta a integrar en la BI con motivo de la operación no coincida con la integrada contablemente, será necesario hacer un ajuste extracontable a la BI de signo positivo o negativo para que la renta realmente integrada sea la establecida por la LIS.

Para NAVARRO EGEA<sup>289</sup> la redacción del 15.3 de la LIS 43/1995 superaba las diferencias interpretativas derivadas de la alusión al valor real generadas por la Ley 29/91, siguiendo fielmente la terminología de la norma comunitaria. Sin embargo, lo cierto es que subsistía una cierta inseguridad jurídica en la medida que es prácticamente imposible el establecimiento de criterios generales que permitan determinar el valor de mercado puesto que, de facto, no existe un mercado para este tipo de bienes en la medida que la oferta es única y situaciones similares nunca serán del todo equiparables pudiendo influir de manera muy notable en las valoraciones.

Destacaba NAVARRO EGEA<sup>290</sup> otro tema importante, que sigue plenamente vigente, como es el hecho de si cuando nos referimos al valor de mercado nos estamos refiriendo al valor de mercado de los elementos patrimoniales de forma individualizada o nos referimos al valor de mercado del conjunto en la medida que se pueden incluir una serie

---

<sup>289</sup> NAVARRO EGEA, M. (1997). *Fiscalidad de la reestructuración empresarial*, op. cit., pág. 165.

<sup>290</sup> NAVARRO EGEA, M. (1997). *Fiscalidad de la reestructuración empresarial*, op. cit., pág. 165.

de elementos inmateriales (como por ejemplo el fondo de comercio) que lógicamente contribuirá a un mayor valor de conjunto que de forma separada. NAVARRO EGEA señala que el art. 15.3 de la LIS 43/1995 se refería al valor normal de mercado de "*los elementos transmitidos*", criterio que parece razonable a fin de aplicar las medidas correctoras de la inflación previstas en el apartado 10 del mismo artículo para los elementos originariamente del inmovilizado, material e inmaterial y, con posterioridad, los elementos del inmovilizado material que tengan la naturaleza de inmuebles. Además, este argumento está en línea con lo establecido por la norma comunitaria que hace alusión al valor real de "*los elementos de activo y pasivo transferidos*". Hay que señalar en este sentido la diferencia con la LSA vigente en aquel momento que establecía en su artículo 235 que el tipo de canje de las acciones se determinará sobre la base del valor real del patrimonio social, primando de esta forma la idea de la unidad patrimonial.

En la actualidad el RDL 5/23 contempla en su art. 36 que, en su caso, el tipo de canje debe establecerse sobre la base del valor razonable de su patrimonio.

CARBAJO VASCO<sup>291</sup> identifica una serie de conceptos que pueden asimilarse al clásico valor de mercado:

- Valor neto realizable de un activo: "el importe que la empresa puede obtener por su enajenación en el mercado, en el curso normal del negocio, deducidos los costes necesarios para llevarlo a cabo".
- Valor actual: "el importe de los flujos de efectivo a recibir o pagar en el curso normal del negocio, según se trate de un activo o de un pasivo, respectivamente, actualizados a un tipo de descuento adecuado."
- Valor en uso de un activo: "el valor actual de los flujos de efectivo futuros esperados () teniendo en cuenta su estado actual y actualizados a un tipo de interés de mercado sin riesgo".
- Costes de venta: caso de los gastos legales, excluidos los gastos financieros y los impuestos sobre beneficios, que se deducen del valor de venta de un activo.
- Coste amortizado de un instrumento financiero: "el importe al que inicialmente fue valorado un activo financiero o un pasivo financiero, menos los reembolsos de principal que se hubieran producido, más o menos, según proceda, la parte

---

<sup>291</sup> CARBAJO VASCO, D. (2023). *Impuestos: práctico*, Vlex, Barcelona.



imputada de la cuenta de pérdidas y ganancias, mediante la utilización del método del tipo de interés efectivo”.

- Costes de transacción atribuibles a un activo o un pasivo financiero: se descuentan de las operaciones de emisión, enajenación o disposición de un activo financiero o de la emisión o asunción de un pasivo financiero y que se encuentran directamente vinculados a la operación, verbigracia, los impuestos que recaigan directamente sobre esa transmisión.
- Valor contable o en libros: “el importe neto por el que un activo o un pasivo se encuentra registrado en balance una vez deducida, en el caso de los activos, su amortización acumulada y cualquier corrección valorativa por deterioro acumulada que se haya registrado.”.
- Valor residual: “el importe que la empresa estima que podría obtener en el momento actual por su venta u otra forma de disposición, una vez deducidos los costes de venta, tomando en consideración que el activo hubiese alcanzado la antigüedad y demás condiciones que se espera que tenga al final de su vida útil”.

SÁNCHEZ OLIVÁN<sup>292</sup>, en referencia a los casos de aportación contra capital, subraya que la administración tributaria no tiene necesariamente que aceptar los valores de aportación si se entiende que no se ajustan al valor normal de mercado (tal y como establece el artículo 15.2.b)) y ello aunque se conozca el valor de tasación por expertos independientes a tenor de lo regulado en el artículo 38 de la Ley de SA que, en principio, no tiene por qué ajustarse a criterios de valor de mercado. Si se trata de una simple permuta de bienes por títulos de la sociedad que recibe la aportación, y con independencia de la valoración que se dé por las partes a los bienes recibidos y entregados, las consecuencias fiscales se fijarían de acuerdo con el artículo 15.3 de la LIS 43/1995 (vigente en aquel momento) de la LIS, integrando en la base imponible de cada una de las dos sociedades que intervienen en la operación la diferencia entre el valor normal de mercado de los elementos adquiridos y el valor contable de los entregados.

---

<sup>292</sup> SÁNCHEZ OLIVÁN, J. (1993). *La fusión de sociedades, op. cit.*, pág. 575.

### 3.2. Régimen especial

El régimen, tal y como hemos comentado, es un régimen, en principio, extremadamente sencillo y consiste en no integrar en la base imponible las rentas derivadas de las operaciones que, lógicamente, se habrán calculado conforme establece el régimen general.

Para ANTÓN BASANTA<sup>293</sup> el régimen previsto en la ley para este tipo de operaciones consiste básicamente en un diferimiento de las rentas generadas en la operación. El impuesto diferido se traslada así a la entidad adquirente que deberá valorar los bienes recibidos por el mismo valor fiscal que tenían en la entidad transmitente con anterioridad a la operación, de forma que será esta entidad la que satisfaga la tributación por las eventuales rentas que se produzcan. La filosofía que subyace es la de permitir el diferimiento de todas aquellas rentas respecto de las cuales la Hacienda española no pierde por razón de su territorialidad su capacidad para gravarlas en el futuro. En el supuesto que se pierda dicha capacidad, no se permitirá el diferimiento, o bien si como consecuencia de otra posterior operación se perdiera, se gravarían en ese momento.

La premisa general del régimen fiscal especial, por tanto, es que, a partir de la existencia de unas rentas en el seno de las entidades transmitentes, el artículo 77 propone que no se integren en la base imponible del IS de las entidades transmitentes siempre que concurren las circunstancias exigidas.

A partir de aquí se ha discutido si se trata de una exención, una no sujeción o un diferimiento. No resulta especialmente claro determinar cuál es la figura jurídica que subyace tras esta figura. Para NAVARRO EGEA<sup>294</sup> se trata de una exención en la medida que se advierten dos notas comunes a esta técnica tributaria: la realización del hecho imponible y la exclusión de la obligación tributaria.

Probablemente éste debería ser el inicio del análisis y consistiría en determinar si, en realidad, se ha producido el hecho imponible. De acuerdo con el art. 4 de la LIS, el hecho imponible de este impuesto consiste en la obtención de renta por parte del contribuyente, cualquiera que sea su fuente u origen. Asumiendo que en las operaciones a través de las cuales se puede instrumentar la aportación no dineraria, el hecho de que

---

<sup>293</sup> ANTÓN BASANTA, A. (1998). "Capítulo 28. Régimen especial de las fusiones, escisiones, ", *op. cit.*, pág. 1855.

<sup>294</sup> NAVARRO EGEA, M. (1997). *Fiscalidad de la reestructuración empresarial*, *op. cit.*, pág. 166.

se produce una obtención de renta es un aspecto no discutido, deberemos concluir que en el régimen general se produciría el hecho imponible del impuesto. Por otra parte, el propio art. 77 reconoce que se generan una serie de rentas derivadas de la transmisión; el título del propio artículo es “*Régimen de las rentas derivadas de la transmisión*”.

Sin embargo, en virtud de las normas del Capítulo VII del Título VII de la LIS, esas rentas “... *no se integrarán en la base imponible*”. Esta no integración coincidimos con NAVARRO EGEA<sup>295</sup> en que no puede asimilarse a un aplazamiento del pago puesto que no llega a determinarse la deuda tributaria, ni ante una transmisión de la deuda tributaria por la misma razón y es que no hay deuda tributaria que transmitir<sup>296</sup>. Para esta autora, cuando se contempla el régimen de diferimiento desde la perspectiva de la entidad transmitente se aprecia la proximidad de la fórmula diseñada con la exención, aunque reconoce la particularidad de que el hecho imponible exento se llevó a cabo en el marco de la determinación de la base imponible y no en el momento de verificar el hecho imponible.

NAVARRO EGEA<sup>297</sup> considera que tampoco se puede pensar que se trata de un supuesto de no sujeción, puesto que se admite la realización del hecho imponible, por lo que califica esta figura como una exención temporal y parcial en la medida que sus efectos se prolongan durante el periodo de permanencia en el patrimonio de la entidad adquirente y siempre que quede garantizada su imposición futura en sede de la misma.

De una opinión parecida es ALONSO GONZÁLEZ<sup>298</sup> que considera que se trata de una exención sometida a condición resolutoria. Para Alonso, cuando el legislador dice que la renta no se integra en la base imponible, lo que en realidad quiere decir es que la renta está sujeta, pero exenta. Las condiciones que supondrían el fin de la exención son aquellas que suponen la integración en la base imponible de la renta, en principio, exonerada de tributación. Serían, por un lado, los supuestos en los que la Hacienda Pública perdiera la capacidad de hacer tributar estas rentas en el futuro por motivo de un cambio de residencia (de los bienes o de los sujetos pasivos) y, por otro, los supuestos

---

<sup>295</sup> *Ibidem*, pág. 167.

<sup>296</sup> *Ibidem*, pág. 167 añade además que de conformidad con artículo 36 de la antigua LGT no se puede alterar las posiciones subjetivas dentro de la relación jurídico tributaria. Si bien es cierta esta afirmación, en contra cabría argüir que sí podría hacerse por mandato de la Ley.

<sup>297</sup> *Ibidem*, pág. 167.

<sup>298</sup> ALONSO GONZÁLEZ, L.A. (2002). “El régimen fiscal de las operaciones de reestructuración empresarial: diferimiento del Impuesto sobre Sociedades”, en *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 1-2, págs. 473-492, pág. 483 y ss.

de aplicación de la cláusula antielusión del art. 89.2 LIS (que será objeto de estudio en el Capítulo V). Conviene apreciar que, en el primer tipo de condiciones resolutorias expuestas por Alonso, el fin de la exención se produce en sede de la entidad adquirente, lo cual no encaja fácilmente con el mecanismo de la exención.

No parece tan claro, en nuestra opinión, que nos encontremos ante un supuesto de exención, en primer lugar, porque el hecho de que se realiza el hecho imponible no resulta tan evidente. Y es que la Ley únicamente dice que, en los supuestos contemplados, no se integrarán en la base imponible las rentas generadas, lo cual, en nuestra opinión, tanto puede asimilarse a una no sujeción como a una exención. La Ley hubiera podido decir igualmente que *“no están sujetas al impuesto las rentas puestas de manifiesto en determinadas operaciones”* como que *“están exentas las rentas puestas de manifiesto en determinadas operaciones”*. El efecto, en este caso, hubiera sido idéntico.

Por otro lado, una de las notas que caracteriza precisamente la exención es la permanencia, de modo que en este caso nos encontraríamos ante una exención atípica con una nota de temporalidad.

Sin embargo, el hecho que más nos inclina a considerar que nos encontramos ante una no sujeción es que los efectos globales de la operación en todas las entidades intervinientes (no integración de las rentas en la base imponible y valoración en las entidades intervinientes) se acercan a una concepción de que la operación no se ha producido respecto de los efectos fiscales. Esta concepción está más próxima a un concepto de un hecho no sujeto sin efectos fiscales que a un hecho exento (con el reconocimiento de que se ha producido el hecho imponible, pero que no acaba tributando).

Bien es cierto que, en el caso de una no sujeción no tendría sentido la contabilización del pasivo por diferencias temporarias (impuesto diferido en terminología del PGC 1990), que veremos al final del presente Capítulo, que el ICAC deja claro que procede.

En relación con las entidades que tienen un tipo tributario o un régimen fiscal especial, como ya hemos comentado, queda claro, a partir de la modificación de la Ley 55/1999 que también podrán acogerse a este régimen especial. Sin embargo, se prevé una cautela para evitar que la tributación posterior (cuando se produzca otra transmisión) se produzca bajo el régimen de la entidad adquirente que, en caso de ser más beneficioso, supondría una merma de ingresos para la Hacienda Pública.

Probablemente, la verdadera razón de establecer esta cautela no haya sido en sí los menores ingresos a recaudar, sino la posibilidad de que ante esta posibilidad se generaran una serie de operaciones de planificación fiscal con la finalidad de localizar la plusvalía posterior en entidades con un mejor tratamiento fiscal, lo que distorsionaría la finalidad de la norma que es la neutralidad de este tipo de operaciones.

Cabe decir que esta cautela sólo se produce cuando se den tres requisitos:

- a) Que la entidad adquirente disfrute de la aplicación de un tipo de gravamen o un régimen tributario especial
- b) Que este tipo o este régimen sean distintos del de la entidad transmitente
- c) Que esta distinción se produzca como consecuencia de su diferente forma jurídica

Resulta del todo lógico que si el régimen tributario (en sentido amplio) de ambas entidades es idéntico, no tenga sentido establecer ningún tipo de limitación puesto que la tributación de la renta generada, tanto si se produce en sede de la transmitente como de la adquirente será la misma. Sin embargo, sí resulta sorprendente que para que opere la limitación que ahora comentaremos, es necesario que el diferente régimen tributario de ambas entidades sea debido a su diferente forma jurídica, lo que significa, que dos entidades con idéntica forma jurídica, con independencia de su régimen fiscal siempre podrán aplicar el régimen fiscal especial de las aportaciones no dinerarias de actividad sin que aplique ninguna limitación como consecuencia de éste.

Así, por ejemplo, dos sociedades mercantiles (anónimas o de responsabilidad limitada) siempre podrán aplicar este régimen fiscal con independencia de que la adquirente, por estar sujeta al régimen de las entidades de reducida dimensión, aplique respecto de una parte de su base imponible un tipo impositivo inferior al de la entidad transmitente.

Igualmente, en el caso de dos fundaciones, en el que la transmitente esté sujeta al régimen de las entidades parcialmente exentas previsto en los arts. 109 y siguientes de la LIS y la adquirente esté sujeta al régimen fiscal previsto en la Ley 49/2002, pese a que los tipos impositivos del IS son sustancialmente diferentes (25% vs. 10%), no tendrán ningún problema en realizar una aportación no dineraria sujeta al régimen fiscal especial, sin aplicar ninguna limitación en el futuro.

La cautela establecida con carácter general consiste en separar la renta obtenida en la transmisión realizada con posterioridad a la operación de aportación no dineraria en la parte que se generó antes de la propia aportación y la que se generó con posterioridad. Para hacer esta operación, se ha optado por un criterio lineal, de manera que se presume que la renta se ha generado de forma idéntica en cada uno de los años de

tenencia del elemento patrimonial. Así, en el momento de la ulterior transmisión, se separa la parte de renta que, de acuerdo con este criterio, se habría generado antes de la operación de aportación, de forma que esta parte deberá tributar tal y como lo hubiera hecho en la entidad transmitente y el resto tributará tal y como se ha hecho en la entidad adquirente.

Este método encuentra su principal virtud y su mayor defecto en la simplicidad. Por un lado, en principio, no se generan dudas sobre su cálculo por lo que garantiza la seguridad jurídica, lo cual en el campo tributario no es tan habitual. Por otro lado, y pese a ello, simplifica de tal manera una operación que puede haber sido extremadamente compleja, de manera que puede atender con facilidad al principio de capacidad tributaria. No en vano, los supuestos en los que efectivamente la renta se haya generado de forma lineal serán más bien escasos y, considerando que estamos hablando de entidades con tipos o regímenes tributarios distintos, la diferencia puede ser sustancial (pensemos que incluso antes de la primera transmisión puede incluso haberse generado minusvalías en alguno de los elementos individuales, aunque la aportación del conjunto (si es rama de actividad) pueda tener un valor considerable).

En descargo de la norma cabe decir que, si bien adopta este criterio simplista, tan solo se trata de una presunción que admite prueba en contrario, entendemos que, tanto por parte del sujeto pasivo como por parte de la propia Administración, si estuviéramos ante una actuación inspectora. Parece, en cualquier caso, que el sujeto pasivo siempre podría optar por la imputación lineal, sin que la corrección por parte de la Administración de dicho criterio (por ser capaz de probar otro tipo de imputación) pudiera, en ningún caso, ser objeto de sanción (salvo situaciones evidentes).

Una crítica si merece especialmente este régimen y es que la tributación de la parte de renta cuya generación se imputa al periodo de tenencia de ese elemento por la sociedad transmitente, debe tributar “ *aplicando el tipo de gravamen y el régimen tributario que hubiera correspondido a la entidad transmitente*”. La norma no aclara si es el tipo y régimen que hubiera sido aplicable a la entidad transmitente en el momento de la aportación no dineraria o el que correspondería en el momento de la posterior transmisión. La redacción induce a pensar que se refiere al momento de la aportación; por otra parte, en caso de que se refiriera al momento de la posterior transmisión hubiera debido de establecer una serie de cautelas para que la entidad adquirente conociera esa información de la entidad transmitente. En todo caso, si como parece, se refiere al momento de la aportación, este criterio rompe totalmente el espíritu de la

norma puesto que se convierte, prácticamente, en un aplazamiento, lo que hace injustificable que, como veremos con posterioridad, la entidad aportante mantenga como coste de adquisición de las participaciones recibidas a cambio el coste original de los elementos transmitidos.

Por otro lado, hay que decir que en el supuesto que la renta generada en la transmisión posterior de los elementos fuera negativa, el criterio se mantendría exactamente igual a la hora de la generación de una base imponible negativa o de la reducción de la base imponible positiva existente.

Finalmente, el apartado 3 del art. 77 establece que, en todo caso se integrarán en la base imponible (sin poder acogerse al régimen de diferimiento) las rentas derivadas de buques y aeronaves y las rentas derivadas de bienes muebles afectos a la explotación de los mismos, que se pongan de manifiesto en las entidades dedicadas a la navegación marítima o aérea internacional cuando la entidad adquirente no sea residente en territorio español.

Se trata de una medida de aseguramiento del mantenimiento de la soberanía territorial en la medida que, respecto de estos bienes, afectos al transporte internacional, difícilmente podríamos concluir que la Hacienda Pública española tiene salvaguardada la tributación futura, salvo que el adquirente sea residente en España.

#### **4. Valoración fiscal de los bienes transmitidos**

Como comentábamos con anterioridad, otro tema importante es determinar la valoración de los bienes transmitidos que se reciben en la entidad adquirente. Dado que la tributación de las plusvalías se produce bajo unas circunstancias especiales derivadas de lo establecido en el RFE, también la valoración que se otorgue a los bienes transmitidos se verá afectada.

##### **4.1. Régimen general**

Con carácter general, el régimen general del IS (art. 17 de la LIS) prevé que los elementos adquiridos en una aportación no dineraria (tanto a través de aportaciones como de permutas) se valorarán por su valor de mercado. Esta regla de valoración afecta, lógicamente, tanto al cálculo de la renta en la entidad transmitente como a la valoración que otorga la entidad adquirente a los elementos recibidos.

Sin embargo, el art. 78.2 señala que, en los casos en que no sea aplicable el régimen previsto en el art. 77 (diferimiento de las rentas puestas de manifiesto en la aportación), tanto por ser inaplicable como por haber ejercitado la opción de renuncia que prevé el propio art. 77.2, los bienes y derechos adquiridos se valorarán de acuerdo a lo establecido en el art. 17 de la LIS.

En vigencia del TRLIS 2004 (y también con la LIS 43/1995), el art. 85.2 (que estaba incluido en un capítulo referido a un régimen especial) establecía, de forma similar, que cuando no fuera aplicable el régimen fiscal del art. 84, se tomaría como valor de los bienes y derechos adquiridos el valor convenido ente las partes con el límite del valor de mercado. En consecuencia, nos situábamos ante dos normas contradictorias puesto que una, dentro del régimen general, nos remitía al valor de mercado de los bienes a todos los efectos (con independencia del acordado por las partes) y otra norma, dentro del régimen especial, pero referida a cuando una parte del mismo no era aplicable, que nos remitía al valor acordado por las partes, pero con el límite del valor de mercado.

ANTÓN BASANTA<sup>299</sup> opinaba que el art. 15.2 operará cuando la entidad transmitente sea residente en España. En cambio, cuando la entidad transmitente fuera no residente en España, y por alguna razón no fuera aplicable el régimen fiscal especial, entendía que entraría en juego el artículo 78.2 de la LIS (valor convenido, con el límite del valor de mercado)<sup>300</sup>.

Para NAVARRO EGEA<sup>301</sup>, en cambio, esta previsión del art. 78.2 es una reminiscencia de la legislación derogada que carecía de sentido con la actual configuración del IS.

---

<sup>299</sup> ANTÓN BASANTA, A. (1998). "Capítulo 28. Régimen especial de las fusiones, escisiones, ", *op. cit.*, pág. 1876.

<sup>300</sup> Justificaba su postura en el hecho de que en aquellos casos en los que, siendo la entidad transmitente residente en España, el valor convenido por las partes fuera inferior al valor de mercado, la aplicación literal de lo dispuesto en el artículo 85.2 de la LIS podría implicar la existencia de una doble imposición por la parte en que dicho valor de mercado excediera al convenido, porque, con independencia de cuál haya sido dicho valor convenido, la transmitente debió integrar en su base imponible la diferencia entre el valor contable y el valor de mercado. Sin embargo al objeto de evitar esta doble tributación, poco acorde con el espíritu y finalidad de la norma, entendía que debía interpretarse el artículo 85.2 en el sentido que sólo se refería a aquellos casos en que no se había aplicado el régimen de diferimiento porque, debido a cuestiones de territorialidad, la operación caía fuera del ámbito de aplicación de la LIS, en tanto que aquellas operaciones que caían dentro de su ámbito de aplicación, pero a las que no se le aplicaba al régimen de diferimiento bien porque se había renunciado al mismo, bien porque la operación en su conjunto no se había acogido al régimen especial, debían regirse a todos los efectos por lo dispuesto en los artículos 15 y 18 de la LIS 43/1995 (valor de mercado, tanto para la entidad transmitente como para la adquirente).

<sup>301</sup> NAVARRO EGEA, M. (1997). *Fiscalidad de la reestructuración empresarial*, *op. cit.*, pág. 165.



Recordaba NAVARRO EGEA que la Ley 29/1991, además de incorporar las normas de la Directiva, se ocupaba de clarificar el panorama de la regulación vigente en nuestro ordenamiento jurídico tributario en materia de fusiones y escisiones. De ahí que en su articulado se introdujeran algunos mandatos dirigidos a determinar el régimen general de tributación de estas operaciones de reorganización. Para NAVARRO EGEA en la medida que no se aplique el régimen fiscal especial, debíamos remitirnos al régimen general sin considerar en absoluto el art. 78.2.

Es cierto, como dice NAVARRO EGEA, que en vigencia de la Ley 29/1991, la LIS 61/1978 no recogía ninguna norma específica que estableciera cual debía ser el valor de las participaciones recibidas a cambio de la aportación, pero el propio art. 6 de la Ley 29/1991 cuyo título es *Valoración fiscal de las acciones recibidas en contraprestación a la aportación*, no recogía tampoco esta norma de valoración.

Sin embargo, tiene todo el sentido la postura defendida por ANTÓN BASANTA, en la medida que, si la entidad transmitente era no residente, en principio, no le sería de aplicación el art. 15 del TRLIS 2004. Por otro lado, la Hacienda española debía garantizar que el valor de los bienes entregados no fuera superior al valor de mercado, para evitar encontrarse con gastos (vía amortizaciones) o disminuciones patrimoniales (por una ulterior transmisión) hasta cierto punto ficticios. Sin embargo, así como en operaciones donde la transmitente era residente en territorio español podía establecerse una norma de valoración para ambas entidades (ya que con independencia del valor real acordado entre ellas, la Administración española se garantizaba que haría tributar sobre todo el valor y una única vez), en el caso de que la transmitente no fuera residente en territorio español no tenía sentido que se reconociera como coste de adquisición el valor de mercado si el acordado entre las partes era inferior y la diferencia entre ambos no había tributado, tal vez, en ningún territorio y, desde luego, no en territorio español.

En cualquier caso, en aquellos supuestos en que la adquirente hubiera contabilizado la recepción de los elementos por su valor real no existirían diferencias de valoración contable y fiscal de dichos elementos; por contra, cuando, por aplicación de los criterios contables aplicables a la operación, se hubiera mantenido el valor histórico, el artículo 18 del TRLIS 2004 establecía la integración en la base imponible de la sociedad adquirente de la diferencia entre el valor contable de los elementos.

## 4.2. Régimen especial

Si bien con carácter general los bienes deberían valorarse de acuerdo con el valor convenido en la transmisión, con el presunto fin de garantizar la neutralidad impositiva, el artículo 78 de la LIS (de idéntica manera a como lo hacía la Directiva 90/434/CEE, la Ley 29/1991, la LIS 43/1995 y también la LIS) establece que los bienes y derechos se valorarán a efectos fiscales por los mismos valores que tenían en la entidad transmitente antes de realizarse la operación, manteniéndose también la fecha de adquisición de la entidad transmitente<sup>302</sup>. Únicamente los valores se corregirán por la parte de las rentas que hayan tributado efectivamente con ocasión de la operación (en referencia a la renuncia total o parcial prevista en el artículo 77.2).

La valoración fiscal de los bienes recibidos por la entidad adquirente dependerá, en consecuencia, de cual haya sido el tratamiento otorgado a las rentas derivadas de la transmisión.

Tal y como hemos manifestado en el apartado anterior, entendemos que la renuncia a las rentas derivadas de la transmisión de dichos bienes se referirá a la totalidad de las rentas derivadas de cada elemento individualmente. En consecuencia, en la medida que no se haya producido integración en la base imponible de las rentas derivadas de la transmisión de un elemento (con independencia de cuál haya sido el tratamiento contable), dicho elemento se valorará en la entidad adquirente con el mismo valor que tenía en la entidad transmitente a todos los efectos.

Si, por el contrario, sí se hubiera producido la integración en la base imponible, la valoración será la de mercado de dicho bien, en la medida que ese deberá haber sido el valor de transmisión del elemento (a salvo de lo referido en el art. 78.2)<sup>303</sup>.

---

<sup>302</sup> Hasta la entrada en vigor de la LIS, mantener la fecha de adquisición era muy relevante a efectos de aplicar lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley en relación con la corrección por inflación.

<sup>303</sup> A efectos de la corrección del efecto inflación en las plusvalías puestas de manifiesto en la transmisión de los elementos patrimoniales que establecía el artículo 15.10 (luego art. 15.9) de la LIS 43/1995 (luego TRLIS 2004), la antigüedad de los elementos se mantendría al realizarse la aportación de los mismos a la nueva sociedad, en caso de que no se hubiera producido la integración de las plusvalías en la base imponible.

Pese a que explícitamente no estaba dicho por la Ley, parecía lógico entender que en el caso en que la plusvalía sí se hubiera integrado en la base imponible, corregida de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 15, la antigüedad del elemento en la nueva sociedad sería únicamente la que proceda de su pertenencia a la misma sin acumular la antigüedad de la sociedad transmitente.

En cualquier caso, como señala NAVARRO EGEA<sup>304</sup>, la LIS de nuevo se remite a los valores registrados antes de la realización de la operación sin tener en cuenta los interrogantes derivados de los diferentes criterios entre la normativa contable y la normativa fiscal, resultando claro que, dado que determinados valores contables no tienen relevancia tributaria alguna, deben corregirse mediante ajustes de carácter extracontable a la base imponible. En consecuencia, debemos entender en lo que atañe a este régimen de tributación que las referencias a los valores de los bienes deben entenderse a los valores una vez practicados los oportunos ajustes exigidos por las normas tributarias para el cálculo de la base imponible del IS.

ANTÓN BASANTA<sup>305</sup> señala que, de facto, al régimen de diferimiento establecido en la LIS supone el traslado de la carga impositiva desde la entidad transmitente a la entidad adquirente, quien, al valorar los elementos adquiridos por el mismo valor que tenían en la transmitente con anterioridad a la realización de la operación, asume el pago de los impuestos inicialmente diferidos. Sin embargo, como hemos comentado, no creemos que pueda hablarse técnicamente de impuestos diferidos en la medida que, tal y como explicábamos con anterioridad, no existe un devengo cuyo pago se pospone en el tiempo.

Siguiendo a ANTÓN BASANTA<sup>306</sup>, el valor de los elementos recibidos va a tener efectos sobre tres elementos impositivos:

a) *Efectos sobre las amortizaciones.*

La ley 29/91, en su artículo 5, exigía que la entidad adquirente valorase los bienes sobre los mismos valores que tenía la entidad transmitente y además debía hacerlo en las mismas condiciones como si no se hubiera llevado a cabo la operación; lo cual implicaba, entre otras cosas, que la sociedad adquirente no podía cambiar el sistema de amortizaciones que tuviera la entidad transmitente.

Ni la LIS 43/1995 ni la actual LIS, en cambio, no hacen mención alguna sobre la obligación de calcular las amortizaciones en las mismas condiciones que aplicaba la entidad transmitente con lo cual podríamos realizar dos interpretaciones: (1) entender que, aunque la LIS no diga nada expresamente, debe mantenerse el criterio de amortización que tenía la entidad transmitente, en la medida que la

---

<sup>304</sup> NAVARRO EGEA, M. (1997). *Fiscalidad de la reestructuración empresarial*, op .cit., pág. 188.

<sup>305</sup> ANTÓN BASANTA, A. (1998). "Capítulo 28. Régimen especial de las fusiones, escisiones," , *op. cit.*, pág. 1867.

<sup>306</sup> *Ibidem*, pág. 1867.

entidad adquirente se subrogará en oposición de la transmitente de cada uno de los elementos transmitidos. (2) interpretar que el silencio de la LIS obedece a un cambio de tratamiento intencionado y que, por tanto, la sociedad adquirente puede variar el sistema de amortización de los elementos patrimoniales adquiridos.

El RD 634/2015, de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, RIS) establece que en los supuestos de fusión, escisión y aportación no dineraria se deberá proseguir para cada elemento patrimonial adquirido el método de amortización a que estaba sujeto, excepto si el contribuyente prefiere aplicar a los mismos su propio método de amortización<sup>307</sup>. En la práctica, el RIS establece la posibilidad de continuar con el sistema vigente en sede de la transmitente o bien indicar uno nuevo, obviamente, dentro de los parámetros legalmente aceptables. Nótese que el RIS se refiere a estas operaciones, pero en ningún caso lo condiciona a la aplicación efectiva, total o parcial del RFE<sup>308</sup>.

Señala NAVARRO EGEA<sup>309</sup> que el antiguo artículo 5 de la Ley 29/1991 (complicado en su redacción en muchos extremos) tenía la virtud de aludir al mantenimiento de los mismos valores y las mismas condiciones que se hubiera aplicado la entidad transmitente; con la redacción posterior únicamente se hacía referencia a la conservación de la fecha de adquisición de los bienes, dejando abierta la solución que se había de aplicar en otras cuestiones relacionadas con los bienes recibidos, por ejemplo, la continuidad de los sistemas de amortización utilizados por la transmitente<sup>310</sup>. No parecía, según NAVARRO EGEA, que debiera obligarse a que la entidad adquirente mantuviera los mismos sistemas de amortización que existían en la entidad transmitente, en la medida que la Ley no lo demandaba expresamente. Para ANTÓN BASANTA<sup>311</sup>, en cambio, no resultaba tan evidente y, tras analizar, la posible aplicación del art. 1.8 del RIS 537/97, referido a las

---

<sup>307</sup> Con anterioridad a la entrada en vigor del reglamento, la DGT ya había interpretado exactamente lo mismo (30 de julio de 1996).

<sup>308</sup> El RIS 1777/04 ofrecía una solución similar al señalar en su artículo 1.9 que en estos supuestos debería proseguirse para cada elemento patrimonial adquirido el régimen de amortización a que estaba sujeto, excepto si el sujeto pasivo prefiriera aplicar a los mismos su propio sistema de amortización, para lo cual deberá formular un plan de amortización en los términos previstos en el artículo 5 del propio Reglamento.

<sup>309</sup> NAVARRO EGEA, M. (1997). *Fiscalidad de la reestructuración empresarial*, op. cit., pág. 191.

<sup>310</sup> *Vid.* ANTÓN BASANTA, A. (1998). "Capítulo 28. Régimen especial de las fusiones, escisiones," *op. cit.*, pág. 1867, sobre la problemática que representaba el redactado de la Ley 29/1991 sobre este extremo durante su vigencia.

<sup>311</sup> *Ibidem*, pág. 1868.

amortizaciones de los elementos que han sido objeto de revalorización contable al amparo de una norma legal o reglamentaria que obligase a incluir su importe en el resultado contable, se inclinaba por una conclusión conservadora, de forma que para modificar las condiciones de amortización aconsejaba la presentación de un Plan Especial de Amortización.

La realidad es que, no existiendo una norma que expresamente lo prohibiera, justificar el mantenimiento de un sistema de amortización de los bienes revalorizados idéntico al que tenían en la entidad transmitente en base al redactado de la derogada Ley 29/1991 no parecía razonable considerando, sobre todo, que, desde un punto de vista de lógica tributaria, cualquiera de estas operaciones no alargaba el plazo de vida útil de los bienes y, en cambio, si se habría incrementado, normalmente, el valor a amortizar de los mismos sobre el cual se ha tributado (mediante la renuncia a la posibilidad de no integración de las rentas puestas de manifiesto en la operación).

Respecto a la posibilidad de aplicar el régimen de los bienes usados a los elementos objeto de aportación coincidimos parcialmente con la DGT<sup>312</sup> en que si lo que se aporta es una rama de actividad, no tiene demasiado sentido proceder a otro tipo de amortización si la utilización del bien es la misma. Sin embargo, el concepto actual de rama de actividad permite que no sea siempre así, en la medida que pueden aportarse bienes susceptibles de constituir una unidad económica autónoma pero que en la actualidad podrían no serlo o bien serlo en otras condiciones. Por otro lado, en las aportaciones no dinerarias especiales eso no se producirá en casi ningún supuesto.

Un supuesto diferente sería si, en aquellos casos en que la entidad transmitente hubiera renunciado al régimen de diferimiento (al integrar en su base imponible la renta derivada de la transmisión), podría la entidad adquirente modificar el coeficiente de amortización o el período de vida útil del bien, al objeto de poder amortizar fiscalmente el nuevo bien. La lógica, desde nuestro punto de vista, nos llevaría a afirmar que debe ser posible. ANTÓN BASANTA<sup>313</sup>, sin embargo, tras apuntar la posibilidad de que resultase de aplicación el art. 1.8 RIS 537/97 relativos a las revalorizaciones contables realizadas al amparo de una norma legal o

---

<sup>312</sup> Contestación a consulta de 30 de julio de 1996.

<sup>313</sup> ANTÓN BASANTA, A. (1998). "Capítulo 28. Régimen especial de las fusiones, escisiones, ", *op. cit.*, pág. 1868.

reglamentaria, volvía a inclinarse por la posibilidad de solicitar un Plan Especial de Amortización.

b) Efectos sobre las provisiones.

Otra cuestión que debe ser analizada es la relativa a las provisiones que puedan existir respecto de alguno o algunos de los elementos transmitidos con anterioridad a la realización de la operación. Aunque no existe una norma contable que expresamente obligue a registrar en la entidad adquirente las provisiones de activo que tenía dotadas la entidad transmitente, en la medida que se trate de operaciones donde se ha producido una sucesión a título universal, con subrogación total de derechos y obligaciones, podría interpretarse como razonable que estas provisiones sean objeto del correspondiente registro contable por la sociedad adquirente, no siendo necesario en el resto de los supuestos. Se plantea entonces la necesidad de mantener la provisión y, en el supuesto de que no se realice así, si, pese a ello, se mantiene la obligación de revertir la provisión y, en su caso, si debería realizarse a través de un ajuste extracontable a la base imponible<sup>314</sup>.

En los casos de aportaciones no dinerarias, en la medida que se consideraba originariamente que no existía sucesión universal, si la sociedad adquirente no contabilizó la provisión que tenía dotada la transmitente, entiende ANTÓN BASANTA<sup>315</sup> que podría resultar de aplicación el artículo 19.6 del TRLIS 2004, que obliga a revertir la provisión cuando el elemento recupere su valor, sea en la entidad que practicó la corrección o en otra vinculada a la misma. Sin embargo, para que la regla de imputación temporal prevista en el artículo 19.6 del TRLIS 2004 resulte aplicable a los supuestos en que no exista esta sucesión universal, entendemos que debe existir una vinculación previa entre la sociedad aportante y la que recibe la aportación<sup>316</sup>. La actual redacción del art. 84 en cuanto a la sucesión no universal (que será analizado en el Capítulo IV) entendemos que clarifica esta cuestión.

c) Efectos sobre las bases imponibles futuras en la entidad adquirente.

ANTÓN BASANTA<sup>317</sup> señala que, en vigencia del PGC 1990, la resolución del ICAC de 30 de julio de 1991 dispone que la sociedad adquirente deberá contabilizar los

---

<sup>314</sup> Vid. análisis al respecto de ANTÓN BASANTA, A. (1998). "Capítulo 28. Régimen especial de las fusiones, escisiones, ", *op. cit.*, pág. 1870, en referencia a los supuestos de sucesiones y escisiones que suponen sucesión a título universal.

<sup>315</sup> *Ibidem*, pág. 1869.

<sup>316</sup> Así parece haberlo entendido la DGT, en su contestación a consulta de 27 de diciembre de 1996

<sup>317</sup> ANTÓN BASANTA, A. (1998). "Capítulo 28. Régimen especial de las fusiones, escisiones, ", *op. cit.*, pág. 1876.

elementos patrimoniales recibidos por el valor otorgado en la correspondiente escritura, ya sea de constitución, ya sea de ampliación de capital, y que, normalmente, el valor otorgado a la escritura deberá ser coincidente con el valor real de los elementos aportados. Así, podemos encontrarnos con las siguientes situaciones: (1) la entidad transmitente se acogió al régimen de diferimiento, en cuyo caso no coincidirán los valores contables y fiscales. (2) la entidad transmitente renunció al régimen de diferimiento, en cuyo caso coincidirán, normalmente las valoraciones contables y fiscales de los elementos. No obstante, pudiera darse el caso de haber renunciado al régimen de diferimiento y que la valoración real de los bienes (y, por tanto, su valor fiscal) sea superior al contable, en cuyo caso no coincidirán los valores contables y los fiscales.

Con el PGC actual, la situación es algo más compleja en la medida en que, como veremos a continuación, los elementos aportados y las participaciones recibidas a cambio mantendrán su valor contable histórico o bien se contabilizarán a valor razonable dependiendo de si se aportan elementos individuales o un negocio, si hay o no independencia previa entre los sujetos, si forman Grupo o si se adquiere la práctica totalidad de los títulos de la beneficiaria.

NAVARRO EGEA<sup>318</sup> señala que deberemos distinguir la forma de cómo se haya instrumentado la operación: bien mediante un aumento de capital o bien mediante entrega de acciones en autocartera. Porque si nos encontramos en una operación instrumentada mediante entrega de acciones en autocartera al tratarse de una permuta hay dos transmisiones y, por tanto, dos posibles alteraciones patrimoniales independientes; de este modo al tiempo que aparece una renta en la entidad aportante se manifiesta otra en la beneficiaria por la diferencia de valor entre el coste de los títulos que posee en autocartera y los elementos que recibe. Si, en cambio, se trata de una operación de aumento de capital, sólo se produce respecto de la entidad adquirente.

El aspecto que más discusión ha generado en relación con la valoración de los activos y de las participaciones recibidas a cambio es el de la doble imposición que se produce de manera evidente ya que una misma renta queda diferida en dos elementos distintos pertenecientes, además, a dos sujetos distintos. Analizaremos en un apartado

---

<sup>318</sup> NAVARRO EGEA, M. (1997). *Fiscalidad de la reestructuración empresarial*, op. cit., pág. 203.

posterior<sup>319</sup> de este mismo capítulo los efectos de esta doble plusvalía latente y las medidas arbitradas para intentar corregir la posible doble imposición derivada.

En el caso de que la operación se instrumente a través de una permuta con entrega de autocartera<sup>320</sup>, se plantea el supuesto de los efectos tributarios de la entrega de la autocartera, es decir, si la posible renta que se genere en la entidad adquirente en el momento de entregar la autocartera también debe quedar diferida en el tiempo y, en su caso, qué valoración tendrá las participaciones correspondientes a esa autocartera en la entidad adquirente una vez sean suyas. SÁNCHEZ OLIVÁN<sup>321</sup> plantea que no están regulados los efectos que se producen cuando en el momento de entregar la autocartera el valor de la misma ha podido ser adquirida a un precio inferior superior al nominal por lo que la diferencia debería tenerse en cuenta en la sociedad transmitente a efectos de transmisiones futuras.

Por el contrario, NAVARRO EGEA<sup>322</sup> considera que la norma para nada tiene en cuenta la alteración patrimonial que puede producirse en la entrega de los títulos por lo que estos no se beneficiarían de ningún régimen especial, postura con la que coincidimos totalmente.

Respecto a las aportaciones no dinerarias especiales, la valoración por la aportante de los títulos recibidos se calculará igual que las aportaciones no dinerarias de rama de actividad. Respecto de la valoración por la sociedad beneficiaria de los bienes y derechos que le han sido aportados, el art. 108.3 de la LIS 43/1995 introdujo una mención al indicar que *“los elementos patrimoniales aportados no podrán ser valorados, a efectos fiscales, por un valor superior a su valor normal de mercado”*. Dicha mención se mantuvo en vigencia del TRLIS 2004, en su art. 94.3, pero desapareció con la aprobación de la LIS. SÁNCHEZ OLIVÁN<sup>323</sup> entendía que el artículo 108.3 no aportaba nada adicional en la medida que se trata de un criterio repetitivo que, en una interpretación sistemática de los arts. 99 y 101.2 de la LIS 43/1995 quedaba claro que, en todo caso, operaba el límite del valor de mercado en las aportaciones no dinerarias sujetas al régimen fiscal.

---

<sup>319</sup> Vid. infra apartado 7 del presente Capítulo.

<sup>320</sup> Posibilidad inmediatamente aceptada por la DGT en su resolución de 27 de diciembre de 1996.

<sup>321</sup> SÁNCHEZ OLIVÁN, J. (1993). *La fusión de sociedades*, op. cit., pág. 590.

<sup>322</sup> NAVARRO EGEA, M. (1997). *Fiscalidad de la reestructuración empresarial*, op. cit., pág. 203.

<sup>323</sup> SÁNCHEZ OLIVÁN, J. (1993). *La fusión de sociedades*, op. cit., pág. 597.



Compartimos plenamente esta opinión y, de hecho, entendemos que su desaparición obedeció, precisamente, a su innecesidad.

## **5. Valoración fiscal de las participaciones recibidas en contraprestación a la aportación**

### **5.1. Régimen general**

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 17.4.b) de la LIS, los valores recibidos en contraprestación de una aportación no dineraria han de valorarse a precio de mercado, debiendo integrar la entidad aportante en su base imponible la diferencia entre dicho valor normal de mercado y el valor por el que figura en su contabilidad la rama de actividad aportada (o los elementos aportados) con anterioridad a la operación.

En el régimen general, teniendo en cuenta que, desde un punto de vista contable, se permite el reconocimiento de plusvalías en la entidad aportante (por contabilizar al valor de mercado o razonable las participaciones recibidas), en aquellos casos en los que el valor de mercado de la unidad económica transmitida resulte superior a su valor contable y los valores recibidos se deban contabilizar por el valor en libros de los elementos aportados, nos encontraremos con que dicha diferencia habrá de reconocerse, forzosamente, a través del correspondiente ajuste extracontable positivo a la base imponible de la entidad transmitente.

### **5.2. Régimen especial**

El artículo 86 de la LIS establece que las acciones o participaciones recibidas como consecuencia de una aportación de ramas 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 de aportación. Una vez más, por valor contable deberemos entender valor neto fiscal.

SÁNCHEZ OLIVÁN<sup>324</sup> señala que esta norma coincide con lo previsto en el art. 6 de la Ley 29/1991 pero que no tiene equivalente en la Directiva 90/434/CEE y, además, es

---

<sup>324</sup> SÁNCHEZ OLIVÁN, J. (1993). *La fusión de sociedades*, op. cit., pág. 588.

contraria a la fórmula propuesta en el primer Proyecto de Directiva de 1969 para evitar la doble imposición. De hecho, como ya hemos manifestado, genera un problema de doble imposición que hubiera debido resolverse de otra manera.

Este valor condiciona el posterior tratamiento de esta cartera de valores tanto a efectos de su futura depreciación como de su transmisión.

Por otra parte, es necesario mencionar que, en caso de renuncia a la posibilidad de no integración en la base imponible del IS, el valor de las participaciones recibidas coincidirá con el valor de aportación. En caso de que la renuncia sea parcial se tendrá en cuenta la parte de renta integrada en la base imponible como mayor valor de las participaciones recibidas junto al valor originario. Lógicamente, esta valoración se repartirá proporcionalmente entre todas las participaciones.

En el caso de las aportaciones no dinerarias especiales, por aplicación del régimen previsto en los arts. 86 y 87.3 de la LIS, con independencia de la naturaleza de los bienes aportados, las participaciones recibidas se valorarán por el valor que tenían a efectos del IS o del IRPF en el sujeto o entidad aportante los bienes aportados corregido por aquella parte de las rentas integradas en la base imponible.

## **6. Renuncia al régimen**

Tras establecer el apartado 1 del artículo 77 el régimen descrito, el apartado 2 del mismo artículo permite la renuncia al mismo, simplemente mediante la integración en la base imponible de las rentas derivadas de la aportación de la totalidad o parte de los elementos patrimoniales. Insistimos que no se trata de la renuncia al RFE sino que se trata de renunciar a uno de sus efectos (el más importante) cual es el diferimiento de las rentas puestas de manifiesto en la transmisión. La renuncia completa al RFE debe realizarse de acuerdo con lo previsto en el art. 89 de la LIS que posteriormente será analizada.

La LIS recoge aquí una posibilidad que, si bien no estaba establecida explícitamente en la Ley 29/1991, sí estaba siendo utilizada en la práctica en cuanto era admitida por la DGT que se había manifestado explícitamente partidaria de esta posibilidad<sup>325</sup>.

---

<sup>325</sup> Consulta DGT de 5 de julio de 1993.

Con el régimen previsto en la Ley 29/1991, la motivación de renuncia al régimen se centraba por un lado en la voluntad de aprovechar las exenciones en impuestos indirectos, por un lado, y de aprovechar al diferimiento en la imposición directa de determinados tributos que podían suponer cuotas considerables (i.e. IIVTNU, en caso de transmisión de inmuebles), unido a la existencia (normalmente) de bases imponibles negativas pendientes de compensar en el IS cuya aplicación real, en función de los resultados previstos de la sociedad, pudiera ser dudosa en el futuro o tan simple como que la transmisión de los diferentes elementos generaba rentas negativas.

En este caso, a la sociedad transmitente podía resultarle interesante el disponer de unas participaciones a un valor de mercado reduciendo la alteración patrimonial en una eventual transmisión de las mismas. Por otro lado, la sociedad adquirente también disponía de unos bienes a valor fiscal de mercado con el mismo efecto de minorar la alteración patrimonial en una posterior transmisión de los mismos y, adicionalmente, podía partir de un valor más elevado a efectos de corregir su valor por posibles depreciaciones o por las propias amortizaciones.

La novedad que introdujo la LIS43/1995 (incorporando el criterio de la Directiva) es la posibilidad de renuncia parcial al régimen de no integración en la base imponible frente a la renuncia total que suponía el régimen anterior. Dicha posibilidad se mantiene en la actualidad con la LIS.

No obstante, la redacción literal del precepto genera ciertas dudas, en cuanto a la parcialidad de la renuncia en la medida que se refiere a la renuncia de las rentas derivadas de la transmisión de la totalidad o parte de los elementos patrimoniales. En nuestra opinión únicamente cabe la renuncia individual a la plusvalía derivada de cada uno de los elementos patrimoniales transmitidos. Es decir, no cabría, según esta interpretación la renuncia a la no integración en la base imponible de una parte de la plusvalía producida por la transmisión de un elemento.

La LIS 43/1995 incorporó el criterio de la Directiva de permitir la renuncia por elementos, en lugar de renunciar (como exigía la Ley 29/91 a la totalidad de los elementos transmitidos). En este sentido deberá renunciarse elemento por elemento sin que sea posible una renuncia parcial de parte de uno de los elementos<sup>326</sup>.

---

<sup>326</sup> En caso de que se realizase una integración parcial de la renta generada en la transmisión de alguno de los elementos podría plantearse si la regularización posterior en el supuesto de una inspección tributaria iría en el sentido de excluir la renta integrada en la base imponible o bien incluir la parte de

La renuncia al diferimiento del IS no implica la pérdida del diferimiento o exención del resto de impuestos, es decir, se aplica plenamente el régimen fiscal especial con la única excepción de la integración en la base imponible del IS de toda o parte de la renta puesta de manifiesto en la operación.

En vigencia de la deducción por reinversión se entendía que era posible aplicarla respecto de los elementos cuyas rentas se integraban realmente en la BI e, incluso, materializar la reinversión en las propias participaciones recibidas a cambio de la aportación. En este mismo sentido se ha manifestado la propia DGT<sup>327</sup>.

## 7. Medidas correctoras de la doble imposición

### 7.1. Introducción

Ya hemos comentado que, en la medida que la valoración fiscal tanto de las aportaciones de activos realizadas como de las participaciones recibidas a cambio es la que tenían originalmente, la plusvalía diferida por aplicación del régimen previsto se encuentra latente tanto en la sociedad transmitente (por la valoración de los títulos) como en la sociedad beneficiaria (por los activos recibidos). En consecuencia, existen dos operaciones susceptibles de provocar rentas tributables en dos sociedades diferentes que vendrían provocadas por una única plusvalía real.

SÁNCHEZ OLIVÁN<sup>328</sup> defiende que en las aportaciones no dinerarias contra aumento de capital no tiene sentido que la entidad adquirente considere como valor de adquisición el que tenían los bienes en la entidad transmitente en el momento de la aportación. Para esta entidad la operación debería ser neutral sin que debiera existir ninguna

---

renta no integrada. La resolución de la DGT de 5 de julio de 1993 (referida a una integración parcial, pero considerando la totalidad de la renta puesta de manifiesto en la operación dado que la Ley 29/1991 no permitía la renuncia parcial al régimen) se inclina por la interpretación, en principio, más favorable al conjunto de la operación. De esta forma, se excluiría de la base imponible de la entidad aportante la parte de renta integrada y, al mismo tiempo, se corregiría en la entidad adquirente los posibles excesos de amortización, incrementos y disminuciones de patrimonio y pérdidas de valor derivados de un exceso de valoración a efectos fiscales de los bienes adquiridos.

<sup>327</sup> Resolución de la DGT 27-12-96 que, en referencia al diferimiento por reinversión, entendió que se produce automáticamente si se reciben valores de al menos el 5% del capital social de la adquirente. *Vid.* también ANTÓN BASANTA, A. (1998). "Capítulo 28. Régimen especial de las fusiones, escisiones," *op. cit.*, pág. 1862 y ss.

<sup>328</sup> SÁNCHEZ OLIVÁN, J. (1993). *La fusión de sociedades*, *op. cit.*, pág. 580.

distinción, dependiendo de la entidad transmitente. Bastaría con que se mantuviera el valor originario de las participaciones que recibe la entidad transmitente.

Para SÁNCHEZ OLIVÁN la Directiva, si bien no alude específicamente a la valoración fiscal que debe otorgarse a los títulos recibidos por la entidad aportante, está distorsionando el tratamiento fiscal de la operación y en consecuencia la neutralidad fiscal. En su opinión esto se produce porque la Directiva, por inercia, se remite a los criterios establecidos para la fusión y la escisión, sin tener en cuenta que los presupuestos sobre los que se basa la autoridad económica son distintos en estas operaciones. En la fusión y la escisión tiene todo el sentido mantener el valor y el resto de criterios originarios en la medida que todo sigue igual. En la aportación de activos la neutralidad económica se produce precisamente asignando a los bienes aportados no el valor que tenían en la sociedad aportante sino el que realmente les corresponda en el momento de la aportación y sobre éstos se tendría que calcular amortizaciones y rentas futuras porque los ha pagado realmente al entregar títulos emitidos representativos del valor real de la sociedad emisora en el momento de la operación por un importe equivalente.

No obstante, no puede decirse que la comisión dictaminadora de la CEE no se hubiese planteado el problema de la doble imposición que se creaba. La propuesta de Directiva de 15 de enero de 1969, después de hacer extensiva la aplicación del régimen establecido para las fusiones, las escisiones y las aportaciones de activo, con excepción lógica relativo al canje de títulos y a la anulación de participaciones societarias, preveía que *"Los títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria recibidos en contrapartida de la aportación puedan ser valorados por la sociedad aportante, a efectos fiscales, en el valor real de los bienes aportados, sin que esta evaluación de lugar a imposición"*, y la explicación está clara en la introducción: se trata de evitar una doble imposición, ya que si los títulos fuesen recibidos por el valor contable de los bienes aportados serían gravados dos veces: una primera vez en el momento de su realización a nivel de la sociedad beneficiaria de la aportación y la segunda a nivel de la sociedad aportante en el momento de su liquidación o con ocasión de la cesión de los títulos valores<sup>329</sup>.

---

<sup>329</sup> Si bien el propio SÁNCHEZ OLIVÁN, J., previamente, en una obra anterior, (1993). *La fusión de sociedades*, op. cit., págs. 352 y 353, mantenía un criterio diferente.

SÁNCHEZ OLIVÁN<sup>330</sup> subraya que la sociedad adquirente como tal es mejor tratada en el caso de realizarse la aportación al margen del régimen fiscal especial que a su amparo y el hecho de que la transmitente disfrute de un régimen de diferimiento en la exacción de los gravámenes que puedan afectarle, no compensa ese mejor tratamiento, en la medida que se trata de sujetos distintos. Por eso, aboga por que la valoración de los bienes en la adquirente debía referirse a su valor real dado que para esta entidad realmente la operación debía ser el todo neutral.

ANTÓN BASANTA<sup>331</sup> señala en el mismo sentido que la incorporación de esta norma a la LIS, ya contenida en la Ley 29/1991, implica asumir la existencia de una doble imposición en aquellos casos en los que el valor de mercado de la unidad económica aportada sea superior a su valor contable, al quedar diferida a la misma plusvalía en dos sujetos diferentes: (1) Por un lado en la entidad adquirente, la cual conforme hemos tenido ocasión de comprobar debe valorar fiscalmente los elementos adquiridos por el mismo valor que tenía en la entidad transmitente, salvo que ésta haya renunciado al régimen de diferimiento y (2) por otro lado la entidad aportante que debe valorar las participaciones recibidas a cambio de la aportación por el mismo valor que tenía en su contabilidad la unidad económica o los elementos aportados, de manera que cuando las participaciones sean objeto de transmisión, deberá satisfacer impuestos por la misma plusvalía que ya quedó diferida en la entidad adquirente.

Ya en vigencia de la Ley 29/91, cuyo artículo 6 contenía un mandato idéntico al del artículo 86 del TRLIS 2004, surgieron numerosas críticas a la inclusión de aquel precepto, por entender que la doble imposición que se generaba atentaba no sólo contra el principio de neutralidad de la citada Ley 29/1991 sino también contra las reglas contenidas en la Directiva, la cual no contiene un precepto similar al del artículo 86 de la LIS y no plantea en consecuencia situaciones de doble tributación. Y es que, en contra de la opinión de Sánchez Oliván, la Directiva no distorsiona en ningún caso el tratamiento fiscal aplicable a estas operaciones puesto que la solución adoptada por la normativa española no es la prevista en la Directiva que, en ningún caso, se refiere a la necesidad de mantener el valor fiscal original de las participaciones recibidas a cambio de la aportación en los supuestos de aportaciones no dinerarias. Únicamente, podría achacarse a la Directiva el no haber incluido una referencia específica que dejara clara

---

<sup>330</sup> *Ibidem*, pág. 587.

<sup>331</sup> ANTÓN BASANTA, A. (1998). "Capítulo 28. Régimen especial de las fusiones, escisiones, ", *op. cit.*, pág. 1879.

la diferencia de tratamiento del valor de estas participaciones en los supuestos de fusión, escisión y canje de valores respecto de los supuestos de aportación no dineraria.

En este sentido ARMESTO MACÍAS<sup>332</sup> señala la circunstancia de que la Ley española (en referencia a la Ley 29/1991, aunque resulta de igual aplicación a las LIS posteriores) se aparta de la Directiva comunitaria. El autor constata que el régimen fiscal de las aportaciones de rama de actividad se encuentra en un Título específico con la finalidad, en su opinión, de excluir a esta operación de la aplicación de los artículos 7 y 8, referidos al tratamiento de las plusvalías de los socios de las entidades intervinientes. Entiende que esta exclusión es lógica en la medida que en estas operaciones hay una única plusvalía (la de los elementos aportados) cuyo valor ya resulta "congelado". Los socios de la entidad aportante no sufren ninguna alteración de patrimonio.

Así, según esta interpretación, la Ley española infringe la Directiva respecto de las operaciones en las que intervengan sociedades de dos estados miembros por lo que podría plantearse su aplicación directa.

La Administración, por el contrario, entendió que el problema de la doble imposición era un mal menor comparado con las dificultades que entraña la fijación de un valor de mercado y las situaciones que podrían producirse en el caso de que la valoración dada por las partes a la unidad económica aportada (y, por consiguiente, a las acciones recibidas en contraprestación) fuera superior a su valor de mercado, generándose pérdidas absolutamente ficticias y llegándose a dar supuestos de desimposición.

SANZ GADEA<sup>333</sup> explica que *"la alternativa a la doble imposición hubiera sido valorar las acciones recibidas por su valor real (...) Ciertamente, que así se hubiera evitado la doble imposición. Pero, ¿cuál es el valor real de una unidad económica autónoma? Quien conozca las dificultades existentes para valorar las empresas, sin duda comprenderá el conservadurismo del legislador fiscal, que ha querido evitar los fenómenos de sobrevaloración creadores de pérdidas ficticias."* Continúa el autor *"(...) una legislación que aspire a la neutralidad no puede aceptar el mal menor de la doble imposición como necesario para evitar el mal mayor de posibles maniobras fraudulentas de sobrevaloración, sino que debe arbitrar las técnicas adecuadas para eludir ambos males al tiempo. Y, ciertamente, las hay. Apuntamos la consistente en la extensión de la*

---

<sup>332</sup> ARMESTO MACÍAS, D. (1992). "Aportaciones no dinerarias de ramas de actividad", *op. cit.*, pág. 131.

<sup>333</sup> SANZ GADEA, E. (1991). *El impuesto sobre Sociedades*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, págs. 141-148.

*deducción por doble imposición de dividendos a las plusvalías obtenidas en la enajenación de las acciones recibidas como consecuencia de la aportación".*

LÓPEZ-SANTACRUZ<sup>334</sup>, en la misma línea, señala que "(...) quizá este fue el motivo [posible desimposición por el exceso de valoración ficticio pactado entre las partes] por el que el legislador consideró valorar las acciones recibidas por el valor neto contable de los bienes aportados, al objeto de que no apareciesen disminuciones patrimoniales ficticias, cuando, por otra parte, la doble imposición que, en su caso, pudiera manifestarse en esta operación puede eliminarse bastando para ello con renunciar al régimen de diferimiento establecido en esta ley."

La alternativa propuesta por SANZ GADEA<sup>335</sup> de que las participaciones recibidas por la transmitente se valoraran a efectos fiscales por su valor real en lugar de por el valor de los bienes aportados supone, como dice SÁNCHEZ OLIVÁN, que en ese caso no estaríamos ante un régimen de diferimiento sino de exención puesto que, en ese caso, la aportante jamás satisfaría tributo alguno por las rentas generadas en la aportación. La justificación de Sanz Gadea a una norma que difiere una única plusvalía en dos entidades diferentes del conservadurismo del legislador fiscal para evitar aportaciones a valores por encima de mercado con el objetivo de generar pérdidas futuras no nos parece el aspecto más importante por el cual debía preocuparse el legislador, entre otras cosas, porque la legislación mercantil ofrece mecanismos de control, a través de la intervención de expertos independientes o de informes de los administradores, que pueden ser verificados por la Administración.

Sin embargo, sí es cierto que una y otra alternativa ofrecen problemas que debieron ser valorados por el legislador. La opción de mantener el valor histórico en la adquirente y *actualizar* a efectos fiscales el valor de las participaciones recibidas por la transmitente puede ser una herramienta útil para encubrir transmisiones de activos con una plusvalía implícita a través de aportaciones y posterior transmisión de éstas sin tributación alguna puesto que su valor ha sido objeto de actualización. Respecto de la posibilidad de considerar como valor fiscal de los bienes aportados a la adquirente el valor real de los mismos, debemos valorar que, hasta el momento que la transmitente no transmita las participaciones recibidas en la aportación (que, tal vez, no las transmita nunca), en la

---

<sup>334</sup> LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J.A. (2000). *Operaciones de reestructuración empresarial*, Francis Lefebvre, Madrid, págs. 4-8.

<sup>335</sup> SÁNCHEZ OLIVÁN, J. (1993). *La fusión de sociedades: estudio económico, jurídico y fiscal*, EDERSA, Madrid, pág. 145.



medida que la entidad adquirente pueda estar amortizando los bienes recibidos a cambio, se produce un supuesto de desimposición.

Realmente los supuestos para evitar la doble imposición previstos en la norma tampoco parecen la mejor de las soluciones, pero, en nuestra opinión, bajo ningún concepto puede ser aceptable establecer una operación de manera que una única plusvalía pueda dar lugar a que la misma renta se ponga de manifiesto dos veces y se deba tributar por ella y, con posterioridad, intentar corregir la doble imposición (en muchos casos con un desfase temporal muy importante).

Creemos que la solución propuesta por Sanz Gadea es la más correcta desde el punto de vista técnico y la que más se ajusta, también, a la finalidad perseguida por la norma y a la literalidad de la Directiva. Por un lado, la plusvalía latente sólo se mantiene en una de las entidades (la adquirente) de manera que mientras no se produzca ninguna operación adicional no existirá ningún efecto colateral negativo (sobreimposición, desimposición o abuso de la norma); por otro lado, el conjunto de los bienes mantiene una situación idéntica a la que tenían en la transmitente lo que, evidentemente, encaja perfectamente con el espíritu de neutralidad perseguido. No debemos olvidar que la Directiva, en su art. 4.2 en la redacción original y 4.3. en la dada por la Directiva 2005/19/CE obliga a que los bienes recibidos mantengan el valor original a efectos de amortizaciones, de plusvalías y de minusvalías.

Finalmente, los posibles efectos no queridos que, en todo caso, se producirán a partir de una ulterior transmisión de las participaciones recibidas (por sobrevaloración en la aportación o encubrimiento de una transmisión de activos) deberán ser corregidos mediante la aplicación de las normas mercantiles que impiden la sobrevaloración y su verificación por la Administración, así como por la aplicación del art. 89.2 de la LIS que impide la aplicación del régimen fiscal en el supuesto de que la operación se realice por causas fraudulentas.

Para corregir este efecto de doble imposición, el artículo 88 de la LIS establece una serie de medidas que, proviniendo de la LIS 43/1995 y del TRLIS 2004, en algunos casos, no son más que la aplicación de las normas para evitar la doble imposición existentes con carácter general en el artículo 30 del TRLIS 2004<sup>336</sup> y en la actualidad en art. 21 de la LIS:

---

<sup>336</sup> Este artículo (originariamente el art. 28 de la LIS 43/1995) ha sufrido diversas modificaciones por la Ley 14/1998 de 9 de diciembre y por la Ley 14/2000 de 29 de diciembre, con la finalidad de adaptar su redacción a las modificaciones que se introdujeron en la LIS respecto de la deducción por doble

- 1º Los beneficios distribuidos con cargo a las rentas imputables a los bienes aportados darán derecho a la exención sobre dividendos con independencia de cual fuera el porcentaje de participación del socio<sup>337</sup>.
- 2º Igual criterio se aplicará respecto de las rentas generadas en la transmisión de la participación o a través de cualquier otra operación societaria, cuando con carácter previo se hayan integrado en la base imponible de la entidad adquirente las rentas imputables a los bienes aportados.
- 3º Cuando, de acuerdo con las medidas previstas en los dos apartados anteriores, no hubiera sido posible evitar la doble imposición, la entidad adquirente, en el momento de su extinción, practicará los ajustes de signo contrario que se hubiera visto obligada a practicar en los supuestos en que la contabilización se hubiera realizado a valor de mercado.
- 4º Los ajustes referidos en el apartado 3º podrán practicarse antes de la extinción de la sociedad, siempre que pruebe que se ha transmitido por los socios su participación y con el límite de la cuantía que se haya integrado en la base imponible de estos con ocasión de dicha transmisión.

## 7.2. Régimen anterior

En vigencia de la LIS 43/1995 y TRLIS 2004, además se establecía que la depreciación de la participación derivada de la distribución de los beneficios distribuidos con cargo a las rentas imputables sería siempre fiscalmente deducible, siempre que se probase que los citados beneficios hubieran tributado en España a través de la transmisión de la participación.

Como se puede apreciar, el sistema de evitar la doble imposición se producía en la medida en que la plusvalía que se pudiera poner de manifiesto en la sociedad aportante al transmitir las participaciones referidas se corregía con el doble efecto que tiene sobre

---

imposición. Alguna mejora técnica y la inclusión de la posibilidad de anticipar los ajustes de signo negativo antes de la disolución de la sociedad para mejorar la eficacia de las medidas para evitar la doble imposición.

<sup>337</sup> Con anterioridad a la modificación realizada por el RD Ley 3/2016 de 2 de diciembre, por el que se adoptan medidas en el ámbito tributario dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y otras medidas urgentes en materia social, la referencia se hacía a la deducción para evitar la doble imposición intersocietaria o a la exención o deducción para evitar la doble imposición internacional (dependiendo de cuál fuera aplicable).

ella la deducción por doble imposición y la provisión por depreciación de cartera al recibir los dividendos de su filial.

En el supuesto de que la transmisión de los valores se produjera con anterioridad al reparto de los dividendos, la imposición en la sociedad transmitente se veía corregida con la desimposición que se producía en la sociedad adquirente de esos valores en la medida que gozaría de idénticas prerrogativas (deducción por doble imposición intersocietaria y provisión por depreciación de cartera de valores) integrándose únicamente en su base imponible los dividendos percibidos.

Como vemos, la técnica para evitar la doble imposición requería necesariamente del reparto de dividendos. Hasta el momento en que éstos no se producían no se producía en la sociedad matriz el doble efecto de deducción y provisión que neutraliza la doble imposición.

No obstante, era posible, y a ello se refería la tercera medida conducente a evitar la doble imposición, que este reparto de dividendos no se pudiera producir en la medida que no se hubieran generado rentas. En efecto, si la sociedad beneficiaria de la aportación, según criterios contables, registraba los elementos recibidos a su valor real, en lugar del valor contable que tenían en la sociedad transmitente<sup>338</sup>, en el momento de su enajenación no se producía plusvalía contable alguna (con independencia de que fiscalmente se registrase a través de un ajuste extracontable a la base imponible) lo que impedía el consiguiente reparto de dividendos con cargo a dichas rentas.

Es por ello que se estableció la posibilidad de que en el momento de la disolución de la sociedad se corrigieran los ajustes, con signo opuesto, que se hubieran realizado en la entidad beneficiaria de la aportación. Dichos ajustes eran básicamente el del reconocimiento de la plusvalía fiscal en el momento de la transmisión de los elementos y los de las posibles amortizaciones realizadas. Hasta la modificación introducida por la Ley 14/2000, esta medida era más teórica que real, en la medida que la mayoría de empresas nacen con vocación de permanencia indefinida por lo que corregir la doble imposición en el momento de extinción de la sociedad podía resultar inútil o cuanto menos vacío de contenido (por el efecto financiero desde el momento que se produce la doble imposición hasta que se corrige). La modificación introducida por esta Ley

---

<sup>338</sup> Ésta será la situación aplicable la mayoría de los casos por no debemos olvidar que la resolución del ICAC de 30 de julio de 1991 dispone que la sociedad adquirente contabilizará los elementos patrimoniales recibidos por el valor otorgado la correspondiente escritura, que normalmente será el valor real.

permitió no esperar hasta el momento de la disolución, sino que en el momento en que la entidad transmitente hubiera tributado por la transmisión de las participaciones recibidas a cambio y hasta el límite de esa tributación, podía practicar los ajustes en ese momento. Es decir, cuando la Hacienda Pública tenía constancia de que en sede de donde originalmente debía haber tributado esa plusvalía, se producía la tributación, permitía corregir en sede de la adquirente la tributación realizada por ésta (a través de ajustes a la base imponible)<sup>339</sup>.

Hay que decir que el sistema previsto por la LIS estaba lejos de ser perfecto y ofrecía una serie de brechas tanto en el sentido de no evitar la doble imposición como de permitir una desimposición real. SÁNCHEZ OLIVÁN<sup>340</sup> indica que el hecho de que la Ley hiciera una referencia al criterio contable seguido por la entidad adquirente para registrar los bienes que recibe, parecía dar a entender que existía libertad en este punto y, sin embargo, no era así. El adquirente debía contabilizar necesariamente las aportaciones por el valor que se les atribuyera en el acto de la aportación, aunque pudiera tener algunas opciones a la hora de fijar el valor. El criterio en todo caso sería la estimación por el valor real en el momento de la operación, valor que tendría que ser avalado por el determinado por expertos independientes cuando estuvieran obligados a intervenir. Ahora bien, la aportación por un valor inferior no perjudicaría a los socios que no aportasen y a los acreedores, por lo que podría ser aplicado de facto, aunque existiera una tasación superior por expertos, ya que el registrador mercantil sólo denegaría la inscripción cuando los valores de aportación superasen en un 20% a los de tasación, nunca cuando aquéllos hubiesen sido inferiores<sup>341</sup>.

Por otro lado, en relación con la limitación de la corrección hasta la cuantía integrada en la base imponible, en el caso de las aportaciones de activos, en las que con cierta frecuencia podíamos encontrar otros activos en la sociedad beneficiaria, podía ocurrir

---

<sup>339</sup> Hay que decir, sin embargo, que en caso de que la entidad adquirente hubiera contabilizado los elementos recibidos por el coste original (coincidente, por tanto, con el coste fiscal), en la medida que sí podría repartir dividendos con cargo a esas rentas, sólo podrá corregir la doble imposición en el momento que se efectúe el reparto. Hubiera sido adecuado prever también alguna posibilidad para el supuesto que la entidad transmitente también hubiera tributado por la transmisión de sus participaciones y, sin embargo, no se deseara distribuir dividendos o bien, no llegara a haber un acuerdo de los socios en tal sentido.

<sup>340</sup> SÁNCHEZ OLIVÁN, J. (1993). *La fusión de sociedades*, op. cit., pág. 599.

<sup>341</sup> El art. 133.2 del Reglamento del Registro Mercantil indica, para los casos de aportaciones no dinerarias a sociedades, que el Registrador denegará la inscripción cuando el importe del valor escriturado supere en una 20 por 100 al valor atribuido por el experto que haya emitido el informe.

que incluso en la transmisión de las participaciones recibidas no se llegase a producir ninguna renta en la base imponible porque, como resultado de que los elementos que había con anterioridad habían reducido su valor, quedaba compensado el mayor valor de los elementos aportados. De manera que, dado que no hay cuantía integrada en la base imponible, no hay corrección cuando en realidad sí se ha producido una doble imposición respecto de los elementos aportados. Entendemos que, en todo caso, hubiera debido mantener el derecho de practicar los ajustes de signo contrario en el momento de su extinción.

Para ANTÓN BASANTA<sup>342</sup> las reglas contenidas en el art. 95.1 del TRLIS 2004 debían ser interpretadas de acuerdo con el artículo 30 de la propia Ley, de manera que las restricciones que este último artículo preveía en su apartado 4 resultarían igualmente aplicables en estos supuestos. Es decir, la única especialidad contenida en el 95.1 de la ley consistiría en otorgar al tenedor de la participación una deducción del 100 por 100, incluso en el caso de participaciones inferiores al 5 por 100, con la particularidad de que, en la deducción por doble imposición internacional, se permitiría, además, la deducibilidad de la provisión que pueda generar el reparto de los beneficios imputados a los bienes aportados, siempre que los citados beneficios hubieran tributado en España mediante la transmisión de la participación<sup>343</sup>.

Por otra parte, así como el juego compuesto de los artículos 85 y 93 del TRLIS 2004 y sus reglas de valoración podían dar lugar a los supuestos de doble imposición analizados, también podríamos encontrar supuestos de desimposición en aquellos casos en que el valor de mercado de la unidad económica aportada sea en el momento de su aportación inferior a su valor neto contable pues en tal caso la minusvalía queda diferida en dos sujetos diferentes: en la entidad aportante y en la entidad adquirente.

Se trataba, a nuestro juicio, de un olvido del legislador pues en las otras dos operaciones que recogía el título octavo del capítulo octavo en las que se puede manifestar este fenómeno, como son los canjes de valores y las aportaciones no dinerarias especiales, si se establecía la cautela de no valorar los valores recibidos o los elementos patrimoniales

---

<sup>342</sup> ANTÓN BASANTA, A. (1998). "Capítulo 28. Régimen especial de las fusiones, escisiones," , *op. cit.*, pág. 1882.

<sup>343</sup> *Ibidem*, pág. 1882, antes de la introducción de este matiz por la Ley 14/2000, alertaba sobre la posibilidad de que se produjeran supuestos de desimposición mediante la deducibilidad de esta provisión si los beneficios no hubieran llegado a tributar de modo efectivo.

aportados por un valor superior al de mercado eliminándose de esta manera la posible existencia de supuestos de desimposición.

### 7.3. Régimen actual

Para entender el régimen actual para evitar la doble imposición que se prevé en el Capítulo VII del Título VII de la LIS es necesario hacer una breve mención al régimen general para evitar la doble imposición.

El artículo 21 de la LIS señala que estarán exentos los dividendos (o participaciones en beneficios recibidos de entidades cuando se cumplan los siguientes requisitos:

1. Que el porcentaje de participación directa o indirecta en el capital o en los fondos propios sea de, al menos, el 5%.
2. La participación deberá mantenerse de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya o, alternativamente, deberá mantenerse durante el tiempo necesario para completar dicho período con posterioridad. Para el cómputo del plazo se tendrá en cuenta, también, el periodo en el que la participación haya sido poseída por otras entidades que reúnan las circunstancias a que se refiere el artículo 42 del CCo. En los supuestos que la entidad que reparte los dividendos haya obtenido rentas derivadas de dividendos, participaciones en beneficios o transmisión de valores en más del 70% del total de sus ingresos existirán una serie de limitaciones en la aplicación de la exención.

En el caso de participaciones en el capital de entidades no residentes en territorios español, será necesario la confluencia de un tercer requisito:

3. Que la entidad participada haya estado sujeta y no exenta por un impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga al IS español a un tipo nominal de, al menos, el 10% en el ejercicio en que se hayan obtenido los beneficios que se vayan a repartir.

Respecto de las rentas obtenidas en la transmisión de las participaciones en entidades, el apartado 3 del artículo 21 señala que estará exenta la renta positiva obtenida en la transmisión de la participación en una entidad cuando se cumplan los requisitos 1 y 2 citados con anterioridad. También estará exenta, con los mismos requisitos, en los supuestos de liquidación de la entidad, separación de socio, fusión, escisión total o parcial, reducción de capital, aportación no dineraria o cesión de activo y pasivo. Dicha

renta se reducirá en un 5% a efectos de la aplicación de dicha exención en concepto de gastos de gestión referidos a dichas participaciones.

En el supuesto de que el requisito de estar sujeto y no exento a un impuesto de naturaleza análoga no se cumpliera en alguno de los requisitos de tenencia de la participación, la exención se aplicará de acuerdo con las siguientes reglas:

1. Respecto de la parte de renta que se corresponda con un incremento neto de beneficios no distribuidos generados por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de la participación, se considerará exenta aquella parte que se corresponda con los beneficios generados en los ejercicios en los que se cumpla el requisito de sujeción al impuesto.
2. Respecto de la parte de renta que no se corresponda con un incremento neto de beneficios no distribuidos generados por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de la participación, la misma se entenderá generada de forma lineal, salvo prueba en contrario, durante el tiempo de tenencia de la participación, considerándose exenta aquella parte que proporcionalmente se corresponda con la tenencia en los ejercicios en que se haya cumplido el requisito de sujeción a un impuesto análogo.

El apartado cuatro del artículo 21 señala una serie de excepciones al criterio general de exención:

- a. Cuando la participación en la entidad hubiera sido valorada conforme las reglas del capítulo VII del título VII de esta ley y la aplicación de dicha regla hubiera determinado la no integración de rentas en la BI del IS o del IRNR, siempre que las rentas sean derivadas de:
  - i. la aportación de la participación en una entidad que no cumpla el requisito de participación o el requisito de sujeción al impuesto análogo
  - ii. La aportación no dineraria de otros elementos patrimoniales distintos a las participaciones en el capital o fondos propios de entidades

En este supuesto la exención no se aplicará sobre la renta diferida en la entidad transmitente como consecuencia de la operación de aportación, salvo que se acredite que la entidad adquiriente ha integrado esa renta en su base imponible.

- b. Cuando la participación en la entidad hubiera sido valorada conforme a las reglas del RFE y la aplicación de dichas reglas hubiera determinado la no integración de renta en la base imponible del IRPF derivada de la aportación de participaciones en entidades.

En este caso cuando las referidas participaciones sean objeto de transmisión en los dos años posteriores a la fecha en que se realizó la operación de aportación, la exención no se aplicará sobre la diferencia positiva entre el valor fiscal de las participaciones recibidas por la entidad adquirente y el valor de mercado en el momento de su adquisición, salvo que se acredite que las personas físicas han transmitido su participación en la entidad durante el referido plazo.

Tampoco se aplicará la excepción prevista con el apartado 3 de este artículo:

1. A aquella aparte de las rentas derivadas de la transmisión de la participación directa o indirecta en una entidad que tenga la consideración de entidad patrimonial que no se corresponda con un incremento de beneficios no distribuidos generados por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de la participación
2. A aquella parte de las rentas derivadas de la transmisión de la participación en una AIE que no se corresponda con un incremento de beneficios no distribuidos generados por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de la participación
3. A las rentas derivadas de la transmisión de la participación, directa o indirecta, en una entidad que cumpla los requisitos establecidos en el artículo 100 de la ley, siempre que al menos el 15% de sus rentas queden sometidas al régimen de transparencia fiscal internacional regulado en dicho artículo.

A partir de aquí debemos analizar en qué supuestos puede realmente llegar a generarse una doble imposición y si el sistema establecido tanto en el régimen general como en el régimen especial llegan realmente a evitarla.

La inicial redacción del artículo 88 de la LIS establecía que, tanto los beneficios distribuidos con cargo a rentas imputables a los bienes aportados como las rentas generadas en la transmisión de la participación, darían derecho a la exención para evitar la doble imposición cualquiera que fuera el porcentaje de participación del socio y su antigüedad.

De esta forma, a salvo de lo previsto en el apartado dos para los supuestos en los que la sociedad beneficiaria hubiera contabilizado los elementos aportados a precio de mercado y, por tanto, no se hubieran generado beneficios que repartir, el apartado 1 solucionaba el problema de la doble imposición porque, de facto, las rentas nunca acabarían tributando en sede de la entidad aportante.



El RD Ley 3/2016, de 2 de diciembre, por el que se adoptan medidas en el ámbito tributario dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y otras medidas urgentes en materia social, dio un nuevo redactado al artículo 88. De manera destacada señalaba que efectivamente las rentas generadas en la transmisión de la participación o a través de cualquier otra operación societaria tendrán derecho a la exención por doble imposición cualquiera que será el porcentaje de participación del socio y su antigüedad, pero añadía una limitación importante y es que la exención se podía aplicar siempre que se hayan integrado en la base imponible de la entidad adquirente las rentas imputables a los bienes aportados.

Este cambio notable, sin justificación en la exposición de motivos del RD Ley, puede tener un impacto importante en la doble imposición. De esta manera la aportante aplicará la doble imposición únicamente en el caso de que en la sociedad beneficiaria se hayan imputado en la base imponible las rentas correspondientes a los bienes aportados. En la práctica significa que los bienes aportados hubieran sido objeto de una ulterior transmisión o, alternativamente, que se hubiera producido la amortización de los mismos en base a los valores que tenían en la entidad aportante. Debemos entender que cuando se refiere a rentas, se refiere a la totalidad de las rentas, al menos analizado activo por activo, por lo que si se hubiera producido una amortización parcial de alguno de los elementos entendemos que no tendría derecho a la exención citada.

Sin embargo, hay que considerar que la exención del art. 21 aplica de manera genérica incluso aunque no se aplique el art. 88, por tanto, en los casos en los que se produjera una transmisión de participación desde la sociedad aportante, cumpliendo los requisitos del art. 21, incluso aunque no se hubiera producido la integración en la BI de los bienes aportados en la sociedad beneficiaria, sería aplicable la exención del art. 21 tal y como está regulado.

Cabe valorar hasta qué punto La regulación del artículo 88 podría llegar a entrar en colisión con lo establecido en el artículo 21.4.a) de la LIS. De acuerdo con este artículo, aquel socio que hubiese realizado una previa aportación no dineraria valorada de acuerdo la regla del RFE y ello hubiera determinado la no integración de rentas en la BI del IS o del IRNR derivadas de la aportación en una entidad que no cumpla el requisito de participación mínima ininterrumpida del 5% con un año de antigüedad o el requisito de sujeción a un impuesto análogo al IS, o bien de la aportación no dineraria de otros elementos distintos de participaciones en el capital. En este supuesto la exención no se aplicará sobre la renta diferida en la entidad transmitente como consecuencia de la

operación de aportación, salvo que se acredite que la entidad adquirente ha integrado esa renta en su base imponible.

En opinión de CALVO VÉRGEZ<sup>344</sup> la aplicación del artículo 21.4.a) supondría una situación de doble imposición, lo que supondría que para el contribuyente sería perjudicial aplicar el RFE en las aportaciones de activos que no sean participaciones que cualifiquen para la exención del art. 21 dado que perdería su neutralidad. Siguiendo a CUESTA CABOT<sup>345</sup> entiende más razonable aplicar el artículo 88 de la LIS para salvaguardar la neutralidad del régimen de operaciones de reestructuración en lugar del artículo 21.4.a.

En relación con el apartado 2 del art. 88, cabe decir que se refiere a la posibilidad de que la entidad adquirente hubiera contabilizado los elementos recibidos por su valor de mercado de manera que en una eventual transmisión no se hubieran producido beneficios que fueran repartibles y que pudieran aplicar la exención por doble imposición. En este caso la entidad adquirente podrá practicar los ajustes de signo contrario a los que hubiera practicado por aplicación de las reglas de valoración establecidas en los artículos 79, 80 y 87 de la LIS, en el momento de su extinción o bien, previamente, siempre que pruebe que su participación había sido transmitida por los socios y con el límite de la cuantía que se haya integrado en la base imponible de estos con ocasión de dicha transmisión.

En aquellos supuestos en los que los beneficios distribuidos con cargo reservas imputables a los bienes aportados hayan disfrutado de la aplicación de la exención o en su caso de la deducción para evitar la doble imposición internacional, la depreciación de la participación derivada de la distribución de tales beneficios no resultaría fiscalmente deducible excepto si la parte de los citados beneficios hubiera tributado en España a través de la transmisión de la participación.

Señala CALVO VÉRGEZ<sup>346</sup> que puede llegar a suceder que a pesar de la aplicación de estas reglas no se logre evitar plenamente la situación de doble imposición. Por ejemplo, si la entidad y dentro de la aportación procediese a contabilizar la misma por su valor real y que entonces la venta de la aportación no supondría contablemente la generación

---

<sup>344</sup> CALVO VÉRGEZ, J. (2016). *Fusiones y escisiones de sociedades: aspectos prácticos mercantiles y fiscales*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, pág. 587.

<sup>345</sup> CUESTA CABOT, G. (2015). "El nuevo sistema de la corrección de la doble imposición en el impuesto sobre sociedades", en *Quincena fiscal*, núm. 13, págs. 17-53.

<sup>346</sup> CALVO VÉRGEZ, J. (2016). *Fusiones y escisiones de sociedades*, *op.cit.*, pág. 589.

de resultado alguno, aunque sí fiscalmente. En consecuencia, no habría renta contable que distribuir y no podría aplicarse la deducción.

En resumen, tal y como hemos explicado en apartados anteriores, considerando la contabilización de esta clase de operaciones, la sociedad adquirente en los casos de ampliación de capital deberá contabilizar los bienes recibidos por el valor razonable, es decir, el valor actualizado. Si se tratase de empresas del grupo, interviniendo la sociedad dominante, la contabilización se efectuaría atendiendo a los valores consolidables equivalentes a los valores históricos.

La entidad transmitente debería contabilizar las operaciones de la siguiente manera: las acciones recibidas pueden ser calificadas como activos financieros mantenidos para negociar en cuyo caso se contabilizarían a valor razonable; como inversiones en empresas del grupo multigrupo y asociadas, contabilizándose entonces por la misma valoración que los bienes aportados y como activos financieros disponibles para la venta produciéndose entonces la contabilización, también, a valor razonable.

La aplicación de lo dispuesto en el artículo 88.2 se produciría en los supuestos en los que la sociedad adquirente contabilizarse los bienes a valor razonable, con independencia de lo que hiciera la sociedad transmitente. Al contabilizar a valor razonable, la sociedad transmitente no va a tener resultado contable cuando proceda a la transmisión de los bienes hasta el importe del valor de mercado en el instante de la aportación debiendo realizar los ajustes extracontables para corregir la diferencia entre el coste histórico y el valor razonable, pero sin generar un resultado contable que le permita repartir dividendos.

En el caso de que la transmisión de la participación resultase ser parcial los ajustes deberán ser igualmente parciales refiriéndose a la parte transmitida si bien el límite continuaría siendo el mismo es decir la plusvalía integrada en la base imponible<sup>347</sup>.

Finalmente señalar que la DT 23<sup>a</sup>.5 de la LIS extendió el nuevo régimen para evitar la doble imposición a las operaciones de reestructuración realizadas antes de la vigencia de este. Dado que la tributación de cualquier operación posterior a una operación acogida al RFE con anterioridad a la vigencia del nuevo, se realizará en vigencia del nuevo, es lógico permitir el acogimiento a las medidas para evitar la doble imposición

---

<sup>347</sup> CALVO VÉRGEZ, J. (2016). *"Fusiones y escisiones de sociedades"*, *op.cit.*, pág. 597.

del régimen actúa. De otra forma, probablemente, se produciría una doble imposición efectiva.

## **8. Otros tributos**

Tal y como hemos comentado, el régimen de neutralidad en las operaciones de reestructuración exige exonerar o diferir la tributación en el resto de tributos que pudieran afectar a este tipo de operaciones.

### **8.1. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados – Modalidad Operaciones Societarias**

El artículo 19 del Texto refundido del ITPAJD establece que son operaciones societarias sujetas, entre otras, la constitución de sociedades, el aumento y disminución de su capital social, la disolución de sociedades, así como, las aportaciones que efectúen los socios que no supongan un aumento del capital social. El apartado 2 del mismo artículo señala que no estarán sujetas, entre otras, las operaciones de reestructuración.

El artículo 21 del mismo texto señala que a los efectos del gravamen sobre operaciones societarias tendrán la consideración de operaciones de reestructuración las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos y canje de valores definidas en el artículo 83, apartados 1, 2, 3 y 5, y en el artículo 94 del TRLIS 2004. Lógicamente debemos entender hecha esta referencia al art. 76 y al art. 87 de la LIS.

Hasta 1 de enero de 2008 las operaciones de reestructuración estaban sujetas a dicho impuesto, pero gozaban de exención siempre y cuando la operación se hubiese acogido al RFE. Con la nueva regulación, la ausencia de gravamen por Operaciones Societarias, vía no sujeción, se produce siempre que la operación de reestructuración sea una de las definidas como tales en el IS con independencia de la aplicación del régimen por renuncia al mismo o por ausencia de motivos económicos válidos y aplicación, por tanto, de la cláusula antielusión.

El motivo de esta modificación en la legislación declarando no sujetas a OS las operaciones de reestructuración fue la necesidad de adaptar el ordenamiento jurídico español a las exigencias de la UE, en concreto, a la Directiva 2008/7/CE (Directiva de

Concentración de Capitales). No obstante, según GRACIA ESPINAR Y VIÑAS RUEDA<sup>348</sup>, la adaptación se ha producido incorrectamente al adoptar una postura más restrictiva que la de la propia Directiva, ya que al establecer las operaciones a las que es de aplicación dicha no sujeción lo ha limitado, única y exclusivamente, a las operaciones de reestructuración definidas dentro del ámbito de aplicación del RFE del IS. De esta forma no todas las operaciones de modificación estructural reguladas, inicialmente en la LME, y, posteriormente, en el RDL 5/23 podrán acogerse a la citada no sujeción. Incluso el concepto de las operaciones definido en la Directiva de Concentración de Capitales es más amplio al que establece la legislación española en la LIS (i.e. limitación del importe de la posible compensación en dinero).

Para GARCÍA NOVOA<sup>349</sup>, esta modificación podría facilitar la sujeción a TPO de las operaciones, pues hasta la fecha “el ordenamiento español preveía esa sujeción, con la correlativa exención de todas las transmisiones de valores y la sujeción con exención a OS de las operaciones de reestructuración, sólo en el caso de acogimiento voluntario al régimen de diferimiento. La no sujeción en OS consolida la exención de TPO de todas las transmisiones de valores, inclusive las que tienen lugar en el marco de operaciones de reestructuración. Pero la reciente doctrina de la DGT<sup>350</sup> abre la posibilidad de que las transmisiones de valores en el seno de una operación de reestructuración acaben siendo gravadas por TPO como consecuencia de una excepción a la exención prevista en el artículo 108 LMV. Pero el art. 108 LMV es una cláusula antielusión especial que no puede ser aplicada extensivamente. Las consecuencias que se derivan de la doctrina de la DGT son también contrarias a los fines de neutralidad que ampararon la Directiva 69/335/CEE y que mantiene la Directiva 2008/7/CE”.

SÁNCHEZ MANZANO<sup>351</sup> critica la solución de encajar la no sujeción en función de las operaciones definidas en la LIS para aplicar el RFE. Esta solución iría en contra del tenor literal y el espíritu de la Directiva 2008/7/CE de 12 de febrero de 2008 (en adelante, Directiva 2008/7/CE) como, en otro plano, destacó la refiriéndose genéricamente a la necesidad de desconectar la no sujeción en el ITPAJD del juego del régimen fiscal especial de la reestructuración empresarial). Además, la referencia a figuras de

---

<sup>348</sup> GRACIA ESPINAR, E., VIÑAS RUEDA, L. (2010). “Revisión del régimen fiscal”, *op.cit.*, pág. 69.

<sup>349</sup> GARCÍA NOVOA, C. (2009). “La no sujeción a operaciones societarias de las reestructuraciones empresariales y su influencia en la aplicación del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores”, en *Revista técnica tributaria*, núm. 84, págs. 85-108.

<sup>350</sup> Entre otras la Consulta V1639-08 de 5 de agosto de 2008.

<sup>351</sup> SÁNCHEZ MANZANO, J.D. (2021). “El principio de neutralidad y el requisito de preexistencia”, *op. cit.*

concepción netamente fiscal encaja mal con los conceptos jurídicos encasillados en el Derecho sustantivo de la Directiva 2008/7/CE.

Los arts. 23 y 24 se refieren al sujeto pasivo del impuesto, indicando que estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente en la constitución de sociedades, aumento de capital, traslado de sede de dirección efectiva o domicilio social y aportaciones de los socios que no supongan un aumento del capital social, la sociedad. Serán subsidiariamente responsables del pago del impuesto en la constitución de sociedades, aumento y reducción de capital social, aportaciones de los socios que no supongan un aumento del capital social, disolución y traslado de la sede de dirección efectiva o del domicilio social de sociedades, los promotores, administradores, o liquidadores de las mismas que hayan intervenido en el acto jurídico sujeto al impuesto, siempre que se hubieran hecho cargo del capital aportado o hubiesen entregado los bienes.

El artículo 45.1.B).10 del Texto refundido del ITPAJD establece que estarán exentas del impuesto las operaciones societarias a que se refieren los apartados 1.º, 2.º y 3.º del artículo 19.2 y el artículo 20.2 anteriores, en su caso, en cuanto al gravamen por las modalidades de transmisiones patrimoniales onerosas o de actos jurídicos documentados.

El apartado 11 del mismo artículo señalan como exentas del impuesto la constitución de sociedades, el aumento de capital, las aportaciones que efectúen los socios que no supongan aumento de capital y el traslado a España de la sede de dirección efectiva o del domicilio social de una sociedad cuando ni una ni otro estuviesen previamente situados en un Estado miembro de la Unión Europea.

Nótese que el tratamiento fiscal no está condicionado a la renuncia o no al régimen de diferimiento. En consecuencia, de acuerdo con la LIS las aportaciones no dinerarias de rama de actividad estarán exentas del ITPAJD, con independencia de que se renuncie al régimen de diferimiento de las rentas generadas por la transmisión de los elementos, siempre que se reúnan el resto de requisitos<sup>352</sup>.

---

<sup>352</sup> En este sentido se ha manifestado también la propia DGT en resolución de 27 de diciembre de 1993.

En relación con la aplicación del impuesto a la transmisión de inmuebles, FALCÓN Y TELLA<sup>353</sup> señala que “ en relación con esto último conviene precisar que la aplicación de TPO cuando entre la universalidad que se transmite figuran inmuebles resulta muy discutible desde la perspectiva comunitaria, ya que la facultad de considerar que el adquirente se subroga en la posición del cedente persigue claramente facilitar la transmisión de las empresas, evitando el coste financiero que el IVA supone, por lo que difícilmente se explica que un Estado miembro haga uso de dicha facultad para establecer sobre los inmuebles incluidos en el patrimonio que se transmite un tributo como TPO, que supone un coste definitivo y nada desdeñable, y no sólo un coste financiero . Es más, el propio tenor de la Directiva permite entender que la opción es entre sujetar a IVA toda la operación o considerar que no existe transmisión (que el adquirente «continúa la personalidad del cedente»), por lo que, de optar por esta última alternativa, como ha hecho el legislador español, no puede aplicarse, en mi opinión, ningún tributo indirecto, pues fiscalmente no hay transmisión”.

## 8.2. Impuesto sobre el Valor Añadido.

El art. 7 de la LIVA ha regulado desde su aprobación los efectos de la transmisión de unidades económicas o ramas de actividad de manera independiente al RFE del IS objeto de estudio. Este artículo de la LIVA fue modificado como consecuencia de la sentencia del TJUE *ZitaModes*, de 27 de noviembre de 2003, que la declaraba no conforme a la Directiva<sup>354</sup>. En lo que en este estudio nos atañe, el Preámbulo de la Ley justificaba la modificación de acuerdo a una mejora técnica del Impuesto: “Se clarifica la regulación

---

<sup>353</sup> FALCÓN Y TELLA, R. (2008). “La aplicación del IVA y de TPO en los supuestos de transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial o de una rama de actividad, y el proyecto de Ley de supresión del Impuesto sobre el Patrimonio”, en *Quincena fiscal*, núm. 22, págs. 7-12.

<sup>354</sup> La referida STJUE, afirmó que los Estados miembros tiene libertad para establecer o no la regla de no sujeción, pero no para establecerla del modo que quieran, de manera que si la establecen (como ha ocurrido en el caso español, según el art. 7.1º de la Ley 37/1992), no pueden posteriormente restringir el contenido de dicha regla de no sujeción. En los dos aspectos más controvertidos de la legislación española, el apartado 31 de la citada sentencia *ZitaModes* afirmaba que “un Estado miembro que hace uso de la facultad conferida por la primera frase del artículo 5, apartado 8, de la Sexta Directiva debe aplicar la regla de la no entrega a toda transmisión de una universalidad total o parcial de bienes y no puede, por tanto, limitar la aplicación de dicha regla sólo a algunas de estas transmisiones, salvo en las condiciones previstas en la segunda frase del mismo apartado” y en el apartado 43 que “en cuanto a la circunstancia, prevista en ese apartado 8, de que el beneficiario continúe la personalidad del cedente, debe estimarse que, como acertadamente señala la Comisión, del tenor literal de dicho apartado se desprende que esta continuación no constituye un requisito para la aplicación de éste, sino una mera consecuencia del hecho de considerar que no ha tenido lugar ninguna entrega de bienes”.

*de las operaciones no sujetas consecuencia de la transmisión global o parcial de un patrimonio empresarial o profesional, incorporando, a tal efecto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de que se trate de la transmisión de una empresa o de una parte de la misma”.*

Con anterioridad a esta modificación, el artículo 7.1.a) de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido (Ley 37/1992) vigente establecía que la transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo realizada en beneficio de un único adquirente estará no sujeta al impuesto siempre que éste continuase en el ejercicio de las mismas actividades empresariales o profesionales<sup>355</sup>. En consecuencia, debíamos entender que en el caso de la aportación no dineraria realizada por una persona jurídica nunca caería dentro de esta no sujeción en la medida que nunca estaría transmitiendo la totalidad del patrimonio empresarial, de manera que estando sujeta con carácter general en virtud del art. 4 se devengaba el IVA correspondiente a los elementos transmitidos en la aportación no dineraria. Sin embargo, en el supuesto de las aportaciones previstas en el art. 87 realizadas por personas físicas, en la medida que se tratase de la totalidad de su patrimonio empresarial o profesional, dicha transmisión quedaba no sujeta al impuesto.

Por su parte, el artículo 7.1.b) de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido (Ley 37/1992) establecía que la transmisión de los elementos patrimoniales afectos a una o varias ramas de la actividad empresarial del transmitente, en virtud de las operaciones a las que se refería el artículo 1 de la Ley 29/1991 no estaban sujetas al impuesto siempre que las operaciones tuvieran derecho al régimen previsto en la propia Ley.

En virtud de la D.A. 8ª.1 de la LIS 43/1995, las referencias que dicho artículo realizaba a la Ley 29/1991 y a las operaciones en ella contempladas se entendieron hechas al régimen especial de las operaciones de reestructuración definidas en el artículo 97 de dicha Ley, entre las que se encontraba la aportación no dineraria de rama de actividad.

---

<sup>355</sup> Este requisito ha sido objeto de reciente controversia en la medida que, tradicionalmente se venía entendiendo que el requisito de continuar en el ejercicio de las mismas actividades empresariales o profesionales requería que el adquirente realizara, sino de manera idéntica, si unas actividades similares que, por ejemplo, requirieran un alta en el IAE igual. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de fecha 27 de noviembre de 2003 ha venido a modificar este criterio, al establecer que es contraria a la Sexta Directiva una regulación estatal que obligue al adquirente de todo el patrimonio empresarial de un sujeto pasivo a seguir con la misma actividad desarrollada por el transmitente.

El Tribunal de Justicia Europeo se fundamenta para su Fallo en el texto de la Sexta Directiva, artículo 5,8º.



En consecuencia, en virtud de lo establecido por la Ley 37/1992, las aportaciones no dinerarias de rama de actividad a las que era aplicable el régimen del capítulo VIII del Título VIII de la LIS 43/1995 no estaban sujetas al IVA, frente a las aportaciones normales de activos que en todo caso quedarían sujetas al impuesto.

SÁNCHEZ OLIVAN<sup>356</sup> consideraba que esta no sujeción únicamente resultaba aplicable a las operaciones de fusión, escisión, canjes de valores y aportaciones no dinerarias de rama de actividad, dada la expresa referencia que realizaba la D.A. 8ª de la LIS43/1995 a estas operaciones y, por tanto, quedarían excluidas las aportaciones no dinerarias especiales previstas en el art. 87 y las operaciones realizadas al amparo de la D.A. 1ª de la LIS. No compartimos este criterio en la medida que entendemos que la referencia realizada por la D.A. 8ª de la LIS43/1995 no lo era a las operaciones sino al título del Capítulo VIII del Título VIII que es exactamente éste, sin perjuicio que en su desarrollo contemplase el resto de las operaciones.

La redacción actual del artículo 7.1. de la LIVA establece que la transmisión de un conjunto de elementos corporales y, en su caso, incorporales que, formando parte del patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo, constituyan o sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma en el transmitente, capaz de desarrollar una actividad empresarial o profesional por sus propios medios, con independencia del régimen fiscal que a dicha transmisión le resulte de aplicación en el ámbito de otros tributos y del procedente conforme a lo dispuesto en el artículo 4, apartado cuatro, de esta Ley estará no sujeta al impuesto.

El art. 4.Cuatro de la LIVA señala que las operaciones sujetas a este impuesto no estarán sujetas al concepto «transmisiones patrimoniales onerosas» del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Por tanto, de un primer análisis inmediato podemos extraer varias conclusiones. En primer lugar, la definición del conjunto de elementos a aportar que, como hemos visto con anterioridad, tiene ciertas similitudes con el concepto de rama de actividad de la LIS. Se trata de un conjunto de elementos materiales e inmateriales, entre los que parece no incluirse, tampoco en este caso, los pasivos vinculados a los mismos. El conjunto debe estar afecto a una actividad empresarial o profesional y deben constituir (o ser susceptibles de constituir) una unidad económica autónoma en el transmitente

---

<sup>356</sup> SÁNCHEZ OLIVÁN, J. (1993). *La fusión de sociedades*, op. cit., pág. 619.

(sin que se haga mención alguna al adquirente). Se da a entender que por autonomía se entiende la capacidad de desarrollar una actividad económica o profesional por sus propios medios.

Finalmente se clarifica que esta definición es totalmente autónoma y que no se verá afectada por el régimen fiscal de otros impuestos y que la no sujeción al impuesto determina, la no aplicación de la cláusula de incompatibilidad de impuestos que prevé el art.4.Cuatro de la LIVA pudiendo quedar sujeto al IPT-AJD si cumple los requisitos del hecho imponible previstos en su normativa.

El propio art. 7.1º trata de clarificar algunos aspectos en torno a esta no sujeción. La primera aclaración, es determinar una serie de operaciones a las que no será aplicable este artículo y, por tanto, quedarán sujetas al impuesto:

1. La mera cesión de bienes, entendida esta como la transmisión de éstos cuando no se acompañe de una estructura organizativa de factores de producción materiales y humanos, o de uno de ellos, que permita considerar a la misma constitutiva de una unidad económica autónoma. Lo cual refuerza el concepto de transmisión de unidad económica autónoma al exigir una estructura organizativa de activos materiales destinados a la producción o de medios humanos.
2. Las transmisiones realizadas por quienes tengan la condición de empresario o profesional exclusivamente conforme a lo dispuesto por el art. 5.Uno.c) de esta Ley, cuando dichas transmisiones tengan por objeto la mera cesión de bienes. Este apartado considera empresarios o profesionales a efectos del IVA a los sujetos que realicen actividades de explotación de un bien material o inmaterial con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo realizando una o varias entregas de bienes o prestaciones de servicios. Como ejemplo arquetípico de estos empresarios serían los que se dedican al arrendamiento de bienes. Se trata de aclarar que, a efectos del art. 7.1º, este tipo de empresarios que, normalmente, solo son a efectos del IVA y no de otros impuestos con la finalidad de no interrumpir la cadena de prestación de servicios o entregas de bienes hasta el cliente final, so se consideran verdaderos empresarios en el sentido de disponer de un conjunto organizado de medios humanos y/o materiales de carácter autónomo. En nuestra opinión, no excluye que ese tipo de actividad pueda tener también la categoría de actividad económica a efectos del art. 7.
3. Las transmisiones realizadas por quienes tengan la condición de empresario o profesional exclusivamente por la realización ocasional de las operaciones a que se

refiere el artículo 5.Uno.d) de esta Ley. Este apartado considera empresarios o profesionales a efectos del IVA a los sujetos que realicen actividades de urbanización de terrenos o la promoción, construcción o rehabilitación de edificaciones destinadas a su venta o cesión. Nos encontramos en una situación idéntica a la del apartado anterior.

A continuación, se aclara en relación con el concepto de unidad económica que es irrelevante que el adquirente desarrolle la misma actividad que el transmitente, bastando con acreditar la intención de mantener la afectación de los bienes al desarrollo de una actividad empresarial o profesional.

Merece la pena destacar una serie de cuestiones en torno a esta aclaración de la LIVA. En primer lugar, constatar una cierta incoherencia en torno al concepto de lo que se transmite y la razón por la cual se entiende que estos bienes no se consideran sujetos al IVA. Fijémonos que lo que permite la no sujeción es un conjunto de bienes que no necesariamente forman una unidad económica autónoma, basta con que sean susceptibles de serlo y que, en sede de la adquirente, tampoco deben formar parte de una unidad autónoma, ni siquiera que estén afectos a una actividad empresarial o profesional, pues es suficiente acreditar tal intención sin que, necesariamente, por cualquier razón, no se lleve a cabo. Se trata, por tanto, en nuestra opinión, de unos criterios tan laxos y poco definidos que, además de permitir operaciones probablemente no queridas por el legislador, puede generar una importante inseguridad jurídica.

Una vez realizada la operación, la LIVA se preocupa de que ocurrirá si estos bienes traspasados se desafectan de las actividades empresariales o profesionales. En este caso la desafectación quedará sujeta al Impuesto en la forma establecida para cada caso en esta Ley.

Cabe decir, aunque sea casi anecdótico, que podría darse un supuesto en el cual los bienes traspasados (o alguno de ellos), con intención de afectarse a una actividad empresarial, no lo fueran finalmente por razones diversas incluso, por imposibilidad material de transmitente pese a haber acreditado su voluntad de hacerlo. En este caso nos encontraríamos con que la transmisión se ha realizado no sujeta a IVA (recordemos que la afectación final no es un requisito, bastando la voluntad de hacerlo) pero los bienes finalmente no han quedado afectos por lo que, en teoría, tampoco se desafectarían en sede de la adquirente. Entendemos que una interpretación finalista debería considerar que existe una desafectación inmediata al llegar los bienes a la

adquirente sin ser afectados y, por tanto, deberían aplicarse las consecuencias de esa “teórica” desafectación.

Siguiendo a DE MIGUEL CANUTO<sup>357</sup>, a efectos de clarificar diversas características del régimen, conviene referirse a la sentencia del TJUE de 10 de noviembre de 2011, Asunto Schriever C-444/10.- El Tribunal, en relación con la transmisión o no de alguno de los elementos esenciales del negocio señala:

- Para que pueda considerarse que existe una transmisión de un establecimiento mercantil o de una parte autónoma de una empresa es necesario que el conjunto de los elementos transmitidos sea suficiente para permitir desarrollar una actividad económica autónoma
- No es posible considerar que existe tal transmisión sin que el cesionario tome posesión de los locales comerciales cuando la actividad económica de que se trata consiste en la explotación de un conjunto inseparable de bienes muebles e inmuebles.
- Elementos como la duración del arrendamiento celebrado y las formas acordadas para finalizarlo deben ser tenidas en cuenta al apreciar globalmente la operación de transmisión de bienes en el sentido de la misma disposición, dado que pueden influir sobre dicha apreciación en caso de que puedan impedir la continuidad duradera de la actividad económica.
- Constituye la transmisión de una universalidad total o parcial de bienes la transmisión al cesionario de la propiedad de las existencias y del equipamiento comercial de un comercio minorista, concomitante al arrendamiento de los locales del citado comercio por tiempo indefinido, pero que puede resolverse a corto plazo por las dos partes, siempre que los bienes transmitidos sean suficientes para que el citado cesionario pueda continuar de manera duradera una actividad económica autónoma.

En el mismo sentido, las sentencias del TJUE de 14 de febrero de 1985, caso Rompelman, causa 268/83, apartado 24, sentencia de 26 de septiembre de 1996, caso Enkler, causa C-230/94, apartado 24, sentencia de 21 de marzo de 2000, caso Gabalfrisa, causa C-110/98, apartado 47 y sentencia de 18 de noviembre de 2010 (TJCE 2010, 345), caso X, causa C-84/09, apartados 47 y 51.

---

<sup>357</sup> DE MIGUEL CANUTO, E. (2016). "Transmisión del patrimonio empresarial a los efectos del IVA" en *Quincena fiscal*, núm. 5, págs. 41-68.

Finalmente, la LIVA establece una subrogación de los adquirentes de los bienes y derechos por las transmisiones no sujetas al Impuesto establecidas en este número en la posición del transmitente en cuanto a la aplicación de las normas contenidas en el artículo 20.Uno.22º y en los artículos 92 a 114 de esta Ley.

El art. 20.Uno.22º se refiere a la exención del impuesto en los casos de segundas y ulteriores entregas de edificaciones. Los artículos 92 a 114 conforman el Capítulo I del Título VIII, bajo el título de “Deducciones”. Lo que la LIVA marca en este caso, con toda lógica, es que esta cesión de la unidad económica, no sujeta al IVA, se considera, desde el punto de vista de la cadena de IVA de repercusiones y deducciones, como no existente y, por tanto, sin efectos al respecto. En este sentido, respecto de los efectos de la citada “cadena” el adquirente se subroga en la posición del adquirente para que nada cambie y no se produzcan efectos perniciosos al respecto.

Finalmente, en virtud de lo dispuesto en el art. 110.Cuatro de la LIVA cabe decir que la regularización de la prorrata de los bienes de inversión a efectos del IVA<sup>358</sup> no será aplicable en ningún caso a las operaciones realizadas a las que se refiere el art. 7.1º de la LIVA. Para entender bien el significado del art.11º.Cuatro hay que insistir en que las operaciones a las que se refiere el art. 7.1º son la transmisión de un conjunto de elementos que forman una unidad económica autónoma, todo ello en los términos ya expresados.

Por tanto, la prevención del art. 110.Cuatro debe entenderse únicamente a esa transmisión y, en ningún caso, al resultado de la misma. Es decir, los bienes transmitidos estarán sujetos a la regla de prorrata de los bienes de inversión en sede de la adquirente para el mismo año de la transmisión y los que falten. Si bien, la redacción puede resultar algo confusa, entendemos que es la única explicación razonable teniendo en cuenta la subrogación expresada respecto del adquirente<sup>359</sup>.

### **8.3. Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.**

El Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU) está regulado en los artículos 104 a 110 de la LHL. Básicamente es un tributo directo que

---

<sup>358</sup> Se trata de deducir el IVA correspondiente a cada año de duración de los bienes de inversión a partir de la deducción inicial, efectuando las correcciones correspondientes.

<sup>359</sup> En este sentido SÁNCHEZ OLIVÁN, J. (1993). *La fusión de sociedades, op. cit.*, pág. 661.

grava el incremento de valor que experimenten los terrenos de naturaleza urbana y que se ponga de manifiesto a consecuencia de la transmisión de la propiedad de los terrenos por cualquier título o de la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo del dominio, sobre los mismos.

El art. 107 de la LHL determina que la base imponible de este impuesto está constituida por el incremento del valor de los terrenos puesto de manifiesto en el momento del devengo y experimentado a lo largo de un periodo máximo de veinte años (sin perjuicio de lo expuesto en el párrafo siguiente respecto del apartado 5 del art. 104), a partir del valor del terreno en el momento del devengo.

El art. 104.5 fue añadido por el Real Decreto-ley 26/2021, de 8 de noviembre, por el que se adapta el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana y establece que en las transmisiones de terrenos respecto de los cuales se constate la inexistencia de incremento de valor por diferencia entre los valores de dichos terrenos en las fechas de transmisión y adquisición no quedarán sujetas al impuesto. Destacamos esta modificación por la referencia que haremos con posterioridad al periodo de tiempo que medió entre la sentencia del TC anulando el artículo del devengo del impuesto y la aprobación de la modificación de la LHL incorporando la nueva redacción.

La D.A. 2ª.3 de la LIS 43/1995 señalaba que no se produciría el devengo del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU) en todas aquellas operaciones a las que resultase aplicable el régimen previsto en el Capítulo VIII del Título VIII de la propia Ley, con excepción de las operaciones previstas en el artículo 94 de la LIS cuando no se hallasen integrados en una rama de actividad<sup>360</sup>.

A continuación, añadía que, en la posterior transmisión de los terrenos, no se tendrá en cuenta esta transmisión a efectos del cómputo del número de años a considerar.

---

<sup>360</sup> Es necesario mencionar que durante 2 años (1996 y 1997) la redacción exacta no contenía la expresión “cuando no se hallasen integrados en una rama de actividad”. Esta expresión fue introducida por la Ley 66/1997. De acuerdo con esa redacción literal, en puridad las aportaciones de rama de actividad realizadas por personas físicas no gozaban del no devengo del IIVTNU. Estaba claro que era un error técnico porque en vigencia de la Ley 29/91 si lo estaban y, a partir de 1998, también. Las sentencias del TSJ de Burgos de 20 de abril de 2001 y la del TSJ de Cataluña de 18 de febrero de 2000 consideraron en base a los antecedentes que el IIVTNU no se devengaba.

La redacción de la DA 2ª de la LIS vigente en la actualidad es idéntica al citado apartado 3º.

En la práctica, para evitar la tributación por el IIVTNU en aras a la tan buscada neutralidad, se establecía otro sistema de diferimiento impositivo en el que, a todos los efectos, la transmisión de los terrenos que forman parte de la rama de actividad y que son aportados se tendrá por no realizada no teniendo ningún tipo de trascendencia fiscal.

Desde el punto de vista de técnica jurídica, se ha tratado de encajar esta figura dentro de alguna de las categorías acuñadas por la doctrina. En la medida que se trata de exonerar de gravamen estas plusvalías, CADARSO GARGALLO<sup>361</sup> entiende que la dos únicas opciones que se nos ofrecen son la exención o la no sujeción.

Desde luego lo que resulta claro de la propia Directiva 90/434/CEE es la intención de diferir el gravamen hasta una posterior transmisión, quedando, en consecuencia, gravado el hecho imponible, aunque la tributación se produzca en un momento posterior.

Basándose, precisamente, en esta idea algún autor<sup>362</sup> ha entendido que se trata de un hecho imponible diferido. Siguiendo a CADARSO GARGALLO, no podemos compartir esta tesis, en la medida que el devengo del tributo es instantáneo, en el momento en que se produce el hecho imponible. Adicionalmente, esta tesis supondría que en la posterior transmisión se producen simultáneamente dos devengos, el del hecho imponible diferido y el del hecho imponible actual.

Para CADARSO se trata de un supuesto de exención provisional por cuanto el hecho imponible se ve delimitado *“... de tal forma que cuando el incremento de valor es consecuencia de determinadas operaciones societarias no se produce el devengo y no nace la obligación tributaria.”* No puede tratarse de un supuesto de no sujeción, según el mismo autor, dado que se trata de supuestos (transmisión de inmuebles) que sí integran el hecho imponible.

---

<sup>361</sup> CADARSO GARGALLO, P. (1993). “La Ley 29/1991 y el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana”, en *Actualidad tributaria*, núm. 39, pág. 32.

<sup>362</sup> ARNAU ZOROA, F. (1992). “Régimen fiscal de las fusiones, escisiones, *op.cit.*

ALONSO GONZÁLEZ<sup>363</sup>, tras recordar que negar el devengo del impuesto como hace la D.A. 2ª.3 de la LIS 43/1995 se aproxima más a una no sujeción que una exención, en la medida que la exención, precisamente, exige el devengo del impuesto para su posterior consideración de exento, aprecia, sin embargo, la realización efectiva del hecho imponible. En efecto, se produce la transmisión de la propiedad y la generación de una plusvalía en los términos establecidos en el art. 108 LHL. Por ello, se inclina, igualmente, por la postura de entender que se trata de una exención.

ALÍAS CANTÓN<sup>364</sup> considera que se trata de un supuesto de no devengo considerando que “ en los supuestos de no devengo contemplados para el IIVTNU, estamos en presencia de actos sujetos a dicho impuesto, pero que el legislador ha considerado conveniente diferir en el tiempo el nacimiento de la obligación del pago de la cuota tributaria”. Aunque la actividad realizada contiene todos los hechos que permiten concluir que se ha producido un hecho imponible, el legislador ha decidido que el hecho imponible, en estos supuestos, no se ha producido.

Precisamente, a partir del contenido del art. 108 LHL que establece un período máximo de 20 años para la cuantificación del incremento de valor de los terrenos, ALONSO GONZÁLEZ<sup>365</sup> destaca la posibilidad de que la aplicación de la D.A. 3ª de la LIS 43/1995 no resulte neutral. Ello se produciría en la medida que el período que debiera computarse en la transmisión posterior a la operación acogida al régimen fiscal especial fuera superior a 20 años, mientras que si se hubieran computado las dos operaciones por separado no se hubiese rebasado dicho límite en ninguna de las dos<sup>366</sup>.

Respecto de la exclusión que se realiza de este régimen fiscal en el caso de operaciones realizadas al amparo del art. 87 del TRLIS no integradas en una rama de actividad, cabe decir que afectará tanto a entidades mercantiles como a empresarios individuales; no

---

<sup>363</sup> ALONSO GONZÁLEZ, L.A. (2002). “El régimen fiscal de las operaciones de reestructuración”, *op. cit.*, pág. 475.

<sup>364</sup> ALÍAS CANTÓN, M. (2014). “La extraña figura del no devengo en el Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana”, en *Crónica tributaria*, núm. 2, págs. 3-20, pág. 18.

<sup>365</sup> ALONSO GONZÁLEZ, L.A. (2002). “El régimen fiscal de las operaciones de reestructuración”, *op. cit.*, pág. 476.

<sup>366</sup> Así, por ejemplo, en el caso de la aportación no dineraria de una rama de actividad acogida al régimen fiscal especial que contuviera un inmueble en propiedad de la aportante con una antigüedad de 15 años y posteriormente, transcurridos 10 años más, fuera objeto de una segunda transmisión, el IIVTNU que se devengaría contemplaría un periodo máximo de 20 años, en lugar de los 25 años reales de antigüedad del inmueble. En cambio, si no se hubiese acogido la operación al régimen fiscal especial hubiesen computado los 25 años en dos operaciones separadas (15 años en la primera y 10 años en la segunda).



obstante, tratándose de la AND de una rama de actividad de una entidad mercantil, en principio, se realizará siempre al amparo del art. 76.3 de la LIS por lo que la posibilidad de realizar una AND de rama de actividad al amparo del art. 87 de la LIS queda limitado a las personas físicas<sup>367</sup>.

Finalmente reseñar la controversia respecto del devengo de este impuesto en determinados casos. La STC 59/2017, de fecha 11 de mayo de 2017, declaró inconstitucionales y nulos los artículos 107.1, 107.2.a) y 110.4, de la LHL pero únicamente en la medida en que someten a tributación situaciones de inexistencia de incrementos de valor. Posteriormente, la STC 126/2019, de fecha 31 de octubre de 2019, declaró también inconstitucional el artículo 107.4 de la LHL respecto de los casos en los que la cuota a satisfacer sea superior al incremento patrimonial realmente obtenido por el contribuyente. Finalmente, la STC 182/2021, de fecha 26 de octubre de 2021, ha venido a declarar la inconstitucionalidad y nulidad de los artículos 107.1, segundo párrafo, 107.2.a) y 107.4 de la LHL, dejando un vacío normativo sobre la determinación de la base imponible que hasta la aprobación del referido RD Ley 26/2021 ha impedido la liquidación de este tributo y, por tanto, su exigibilidad.

En consecuencia, hay que reseñar que en las operaciones llevadas a cabo entre el 26 de octubre de 2021 y el 10 de noviembre de 2021, fecha de entrada en vigor del RD Ley, de facto, no se pudo exigir el IIVTNU por cuanto el texto legal aplicable no estaba completo e impedía la determinación de la cuantía a pagar<sup>368</sup>.

La STC 182/2021 declaró la imposibilidad de revisar las situaciones firmes existentes con anterioridad a la fecha *“No pueden considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en la presente sentencia aquellas obligaciones tributarias*

---

<sup>367</sup> Sin ser objeto del presente trabajo, sí es necesario indicar que la aplicación del citado régimen supone, a su vez, un diferimiento del problema del régimen transitorio suscitado por la entrada en vigor de la Ley de Haciendas Locales y las antiguas Tasas de Equivalencia satisfechas.

Entendemos que las recientes STS (por todas, STS de 23 de septiembre de 2003) sobre este particular han venido a solucionar este problema, debiendo considerar como fecha de inicio de periodo la de la antigua transmisión, minorando de la cuantía resultante las tasas de equivalencia satisfechas. No obstante, en los casos de los municipios de Madrid y Barcelona, debido a su régimen especial, la fecha de inicio de periodo será la 1 de enero de 1990.

<sup>368</sup> El tiempo transcurrido desde las iniciales sentencias del TS hasta la definitiva reforma han generado numerosas dudas interpretativas. Entre ellas, como señala ANÍBARRO PÉREZ, S. (2020). “La inseguridad jurídica creada por la inactividad del legislador en el Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana”, en *Crónica tributaria*, núm. 174, págs. 11-34, págs. 13 y ss, señala directamente los supuestos de inexistencia de incremento de valor, la determinación del incremento “real y efectivo”, el gravamen de las plusvalías mínimas y la posibilidad de revisión de las liquidaciones firmes.

*devengadas por este impuesto que, a la fecha de dictarse la misma, hayan sido decididas definitivamente mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada o mediante resolución administrativa firme. A estos exclusivos efectos, tendrán también la consideración de situaciones consolidadas las liquidaciones provisionales o definitivas que no hayan sido impugnadas a la fecha de dictarse esta sentencia y las autoliquidaciones cuya rectificación no haya sido solicitada ex art. 120.3 LGT a dicha fecha”.* Se incluyen, como vemos las liquidaciones provisionales o firmes que no hubieran sido impugnadas en la fecha de la sentencia (aunque estuviera abierto el plazo de prescripción). Coincidimos con CALVO VÉRGEZ<sup>369</sup> que esta limitación, inexplicable desde el punto de vista jurídico, afecta a los principios de legalidad, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva.

Hay que decir la reforma efectuada no ha incidido en otros aspectos muy criticados del impuesto. Así, CHICO DE LA CÁMARA Y VALESCO FABRA<sup>370</sup> subrayan que, bajo la óptica de las libertades comunitarias, los supuestos de sustitución tributaria que se prevén cuando el transmitente es no residente en España y sí en otro país de la UE. En este sentido cita la sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2014 en la que se condena a España por la obligación de nombramiento de un representante fiscal en los supuestos que se actúe a través de un establecimiento permanente en España.

## **9. Aspectos contables de las operaciones de aportación no dineraria**

### **9.1. Obligaciones de registro contable**

Al margen de los requisitos contables establecidos con carácter general por la normativa contable, el régimen fiscal aplicable a estas operaciones que suponen el diferimiento de la tributación de las rentas manifestadas en las operaciones de aportación de activos exige un control administrativo que permita de una manera fácil verificar la correcta incorporación en la base imponible del IS de las mencionadas rentas cuyo gravamen, como veremos con posterioridad, no se produjo al realizar las referidas operaciones.

En este sentido la aplicación del régimen fiscal especial supone que la sociedad adquirente deba valorar los bienes y derechos integrantes del patrimonio adquirido de

---

<sup>369</sup> CALVO VÉRGEZ, J. (2022). “¿Un nuevo IIVTNU?”, en *Quincena Fiscal*, núm. 4.

<sup>370</sup> CHICO DE LA CÁMARA, P., VALESCO FABRA, G. J. (2017). “La ansiada reforma del Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana también requiere cambios cuando el transmitente sea una persona física no residente en España”, en *Revista de fiscalidad internacional y negocios transnacionales*, núm. 5, págs. 13-17.

una manera específica que en algunas ocasiones puede diferir de la que la normativa contable puede establecer a tal efecto. De esta forma, para un mismo elemento, tendremos un diferente valor contable y fiscal que derivará en los correspondientes ajustes a la base imponible del IS.

El control de dicha diferente valoración se logra exigiendo a las entidades que intervienen en la operación unas determinadas obligaciones de información básicamente en la Memoria que cada año deba presentar la compañía. Únicamente, en el supuesto de que se hubiera ejercitado la facultad que prevista en el art. 77.2 de la LIS que permite renunciar al diferimiento de las plusvalías puestas de manifiesto en la operación no será necesaria incluir la mayoría de la información puesto que no existirá diferencia entre el valor fiscal y el contable.

La Ley 29/1991 ya recogía en su art. 14 una serie de obligaciones contables para los supuestos en que se hubiera diferido la tributación por la imposición directa que, en su mayoría, se han mantenido en las siguientes redacciones aplicables.

Básicamente los cambios que se han ido sucediendo a lo largo de las redacciones de este artículo en las diferentes Leyes del IS han sido pequeñas correcciones técnicas, adaptación de las referencias a los cambios legislativos y modificación de la consideración del incumplimiento de las obligaciones establecidas como infracción tributaria simple a infracción tributaria grave, incluyendo la modificación de las sanciones establecidas.

Se establecen, por tanto, una serie de obligaciones distintas para cada uno de los sujetos intervinientes en la operación con la finalidad de garantizar la tributación adecuada en el futuro derivada de la diferencia existente entre el valor contable y el valor fiscal de determinados elementos patrimoniales que han intervenido en la operación de reestructuración.

#### 9.1.1. Obligaciones de la entidad adquirente

En consecuencia, de acuerdo con lo previsto en el art. 86.1 LIS, la entidad adquirente, debe incluir en su memoria la siguiente información:

1. Período impositivo en el que la entidad transmitente adquirió los bienes transmitidos.

Este requisito va dirigido a controlar que las amortizaciones se computen dentro del período de vida útil de los elementos; sin perjuicio del art. 19.3 de la LIS

(desarrollado en este punto por el art. 2.1 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades) que admite la deducibilidad fiscal de un gasto contabilizado en un periodo posterior al de su devengo si de ello no se deriva una tributación inferior a la que hubiese correspondido de contabilizarlo según devengo

2. Último balance cerrado por la entidad transmitente.

Lo normal será que el mismo sea el último balance anual cerrado con anterioridad al acuerdo adoptado por la Junta General de accionistas.

3. Relación de bienes adquiridos que se hayan incorporado a los libros de contabilidad por un valor diferente a aquél por el que figuraban en los de la entidad transmitente con anterioridad a la realización de la operación, expresando ambos valores, así como las correcciones valorativas constituidas en los libros de contabilidad de las dos entidades.

En el supuesto de que la entidad adquirente, de acuerdo con los criterios contables establecidos al respecto, hubiere contabilizado los elementos adquiridos por un valor diferente al que tenían en la contabilidad del transmitente, siendo este último valor por el que se computan a efectos fiscales dichos elementos, resultará que mientras el resultado contable registrará los ingresos y gastos por aquellos otros valores, la base imponible deberá determinarse por los referidos valores históricos, lo cual exigirá efectuar los correspondientes ajustes extracontables.

4. Relación de beneficios fiscales disfrutados por la entidad transmitente, respecto de los que la entidad deba asumir el cumplimiento de determinados requisitos de acuerdo con lo establecido en el apartado 1 del artículo 84 de la LIS.

En el supuesto que la entidad transmitente hubiera ejercitado la posibilidad de renunciar al diferimiento de las rentas puestas de manifiesto en la transmisión de los elementos patrimoniales como consecuencia de la operación (a la que se refiere el artículo 77.2 LIS), es decir, que sí se integraran en la BI del IS, la entidad adquirente únicamente deberá incluir en la Memoria la relación de datos recogida en el apartado 4. Esta situación es totalmente lógica ya que, ante la renuncia al diferimiento de las rentas, no existirán diferencias entre los valores contables y fiscales a efectos de tributaciones futuras.

LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES<sup>371</sup> entiende que estos requisitos parecían ir dirigidos a controlar que las amortizaciones se computaran dentro del período de vida útil de los

---

<sup>371</sup> LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, JA. (2000). *Operaciones de reestructuración empresarial*, op.cit. pág. 358.

elementos, si bien con la introducción en la LIS 43/1995 de la eliminación del principio de estanqueidad de ejercicios, todo esto parece haber perdido un cierto sentido. De todas formas, si se está contabilizando de forma incorrecta en un ejercicio una depreciación que tuvo lugar en otros debe tenerse en consideración la prescripción al objeto determinar si la amortización es deducible o no.

Adicionalmente, en la medida que la LIS 43/1995 corregía el efecto de inflación de rentas derivadas de la transmisión de elementos patrimoniales del inmovilizado material que tuvieran la naturaleza de bienes inmuebles a partir de los periodos impositivos iniciados desde el 1 de enero de 1999 (para períodos impositivos anteriores a la corrección afectaba a todos los elementos del inmovilizado material o inmaterial) en función del tiempo que mediaba entre la adquisición y la transmisión de aquellos elementos cobraba importancia este requisito, si bien debería haberse extendido a todos los elementos del inmovilizado y no sólo a los que sean susceptibles de amortización, ya que, en su redacción original de la LIS 43/1995, el art. 107 que recogía las obligaciones contables de la entidad adquirente, sólo obligaba a incluir en la memoria el ejercicio en que la entidad transmitente había adquirido los bienes transmitidos que fueran amortizables<sup>372</sup>.

Es cierto que el conocimiento de la fecha de adquisición de los bienes integrantes del patrimonio transmitido en las operaciones amparadas en el régimen especial permite conocer la correcta aplicación de todos aquellos incentivos o deducciones que exigen el cumplimiento de un cierto plazo de permanencia de los bienes que son susceptibles de disfrutar de los mismos (deducción por reinversión, deducción por doble imposición interna, deducción por doble imposición internacional, etc.).

LÓPEZ-SANTACRUZ<sup>373</sup> entiende que cuando la Ley del IS se refiere al último balance cerrado por la entidad transmitente debemos entender el último balance anual cerrado con anterioridad al acuerdo adoptado por la Junta general de accionistas sobre la realización de la operación en la medida que, al hablar de cierre del balance, ello solamente puede ocurrir en los casos en los que contablemente hubiese concluido el ejercicio social y por tanto se hubiera cerrado la contabilidad. Descarta la posibilidad de utilizar, por ejemplo, el balance de fusión en la medida que se trata de un mero balance

---

<sup>372</sup> No fue hasta la actual Ley 27/2014 del IS que se eliminó la referencia a “*que sean susceptibles de amortización*”, de manera que en la actualidad hay que hacer la referencia al ejercicio de adquisición de la totalidad de los bienes transmitidos, sean amortizables o no.

<sup>373</sup> LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, JA. (2000). *Operaciones de reestructuración empresarial, op.cit.* pág. 359.

informativo y extracontable no determinando el cierre de los estados contables del sujeto pasivo, si bien los elementos patrimoniales serían los mismos en ambos balances.

Si la entidad adquirente, de acuerdo las normas contables establecidas al respecto, ha contabilizado los elementos adquiridos por un valor diferente al que tenían en la contabilidad de la entidad transmitente, dado que a efectos fiscales se deberán tener en cuenta los valores originales en la entidad transmitente, se producirán los correspondientes ajustes extracontables a la base imponible para ajustar ambos valores. Dichos ajustes sólo podrán realizarse en la medida que se tenga la información necesaria de ambos valores.

La entidad adquirente también deberá incluir en la memoria la relación de los beneficios fiscales disfrutados por la entidad transmitente respecto de los cuales la adquirente se subroga en el cumplimiento de requisitos para continuar con el goce de los beneficios fiscales pendientes de aplicar, así como para consolidar los beneficios disfrutados por la primera entidad (deducciones en la cuota por actividades, reinversión de beneficios extraordinarios, etc.)

Dado que la renuncia a la no integración puede ser parcial, de acuerdo con la literalidad de la Ley, en pura teoría, bastaría una renuncia parcial para evitar la consignación en Memoria de la totalidad de los datos reseñados. No obstante, entendemos que lo que la Ley debía manifestar, y así debería ser interpretado, es que únicamente podrán excluirse respecto de los elementos a los que se haya renunciado a la exclusión en la base imponible.

Por su parte, la entidad transmitente deberá consignar, igualmente, en la Memoria el valor contable de los bienes entregados y el valor por el que se hayan contabilizado los valores recibidos.

Estos datos deberán consignarse en todas las Memorias mientras permanezcan en el activo alguno de los bienes o valores recibidos. No obstante, podrá evitarse haciendo referencia a la Memoria inicial siempre que, lógicamente, ésta se conserve.

La razón de la consignación de estos datos no es otra que la de mantener la información necesaria a efectos de poder gravar la operación ahora realizada cuyas plusvalías no han sido integradas en base imponible en el momento en que se produzca esa segunda transmisión.

El precepto transcrito, impone determinadas obligaciones contables tanto para la entidad adquirente como para los socios personas jurídicas de las entidades que intervienen en las citadas operaciones, con la finalidad de que la Administración Tributaria disponga de la información necesaria para el adecuado control de las mismas. Es decir, el diferimiento de la tributación de las rentas manifestadas en las operaciones reguladas en la LIS requiere de un fácil control administrativo que permita de manera ágil verificar la correcta incorporación en la base imponible de este impuesto de las mencionadas rentas cuyo gravamen se difiere.

Las menciones relativas a los beneficios fiscales disfrutados por la entidad transmitente, deberán realizarse mientras deban cumplirse los requisitos derivados de tales beneficios.

Por último, señalar que, únicamente deberán realizarse aquellas menciones que resulten de aplicación; lo que determina que de no existir diferencias entre el valor contable al que se han incorporado los bienes y el que tenían en la entidad transmitente, ni beneficios fiscales disfrutados por la entidad transmitente pendientes de consolidación, no deban realizarse las menciones previstas en las letras c) y d) del apartado 1.

Dentro del concepto de entidad adquirente, entendemos que debe incluirse la sociedad receptora en las operaciones de canje de valores, las sociedades receptoras de las aportaciones no dinerarias y las sociedades absorbentes en el caso de operaciones de fusión.

#### 9.1.2. Obligaciones de la entidad transmitente

Con la finalidad de poder cumplir las obligaciones referidas para la entidad adquirente y de no asumir responsabilidades tributarias indebidas si los datos no fueran los correctos, se establece la obligación de la entidad transmitente de comunicar dichos datos a la entidad adquirente. La norma no lo exige así, pero sería recomendable por la seguridad jurídica de, tanto la entidad transmitente como la adquirente, hacerlo de manera fehaciente para evitar ulteriores discusiones al respecto.

Además, los socios personas jurídicas, es decir, en nuestro caso, las entidades transmitentes, deberán mencionar en la memoria anual los siguientes datos:

1. Valor contable y fiscal de los valores entregados.

2. Valor por el que se hayan contabilizado los valores recibidos.

Esta obligación solo alcanza el tiempo en el que esté pendiente de tributación las rentas diferidas en la operación de reestructuración. Por tanto, una vez dichos bienes ya no permanezcan en el inventario (por haber sido transmitidos o por su total amortización y dados de baja) y ya se hayan cumplido los requisitos derivados de los incentivos fiscales disfrutados por la entidad transmitente, no será necesario mantener la referida información en la Memoria.

En todo caso, con la finalidad de no ser repetitivos, la Ley permite a la entidad adquirente respecto de la segunda y posteriores memorias anuales incluir una referencia a que dichas menciones figuran en la primera memoria anual aprobada tras la operación. Lógicamente, en este caso, esta primera memoria deberá ser conservada mientras subsistan los elementos en el activo y condiciones de incentivos fiscales pendientes de cumplir. Aunque esta posibilidad, la Ley solo la contempla expresamente para la entidad transmitente, no vemos inconveniente en que la entidad transmitente efectúe una remisión igual a la primera memoria tras la operación de reestructuración.

Sorprende esta referencia a la obligación exclusivamente de los socios personas jurídicas al referirse a la entidad transmitente. Parece olvidar en estos casos que las personas físicas también pueden realizar este tipo de operaciones sin perjuicio de que ni antes, ni con posterioridad, existe ningún tipo de documentación obligatoria donde reflejar los datos requeridos. No obstante, sería conveniente que dicha información se mantuviera de alguna manera también en sede de las personas físicas transmitentes.

Dicho canje de valores puede traer causa bien en procesos de fusión, bien en operaciones de canje de valores o bien en aportaciones no dinerarias especiales cuando el bien aportado son valores.

Finalmente decir, que, expresamente, el apartado 4 del art. 86 LIS califica el incumplimiento de estas obligaciones de información como infracción tributaria grave. Dada la trascendencia de las mismas y a efectos de evitar dudas si, simplemente se aplicara la LGT, la LIS ha querido dejar claro las consecuencias de este incumplimiento.

La sanción de estas eventuales infracciones tributarias consistirá en multa pecuniaria fija de 1.000 euros por cada dato omitido, en cada uno de los primeros cuatro años en que no se incluya la información, y de 5.000 euros por cada dato omitido, en cada uno de los años siguientes, con el límite del 5 por ciento del valor por el que la entidad adquirente haya reflejado los bienes y derechos transmitidos en su contabilidad. Entendemos que



el límite opera por el global de la sanción, aunque ésta sea calculada por años; es decir, no se trata de un límite que se aplica al resultado del cálculo de la sanción anual, sino que la sanción es única (con independencia que para su cálculo se parte del número de años en los que se ha incumplido la obligación) y sobre ésta debe calcularse el límite<sup>374</sup>.

En aplicación del régimen general de la LGT, la sanción impuesta se podrá reducir conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 188 LGT en función de la conformidad y ausencia de recurso sobre la misma.

## **9.2. Contabilización de las operaciones**

Dado que no hay una única operación que cumpla los requisitos exigidos por la normativa fiscal en las aportaciones no dinerarias, deberemos distinguir entre las diferentes operaciones a través de las cuales se pueden instrumentar las aportaciones no dinerarias de rama de actividad o las aportaciones no dinerarias especiales, si bien la normativa contable, más allá de aspectos formales, trata de averiguar el sustrato económico que hay bajo la operación y determinar, de esa manera, su contabilización.

Esta duda que anticipamos, antes de ver como establece el Plan General de Contabilidad (en adelante PGC) la contabilización de cada una de las operaciones, es, sin duda, crítica dentro de este ámbito. Determinar si al final, todas las operaciones que lleven a la realización de una aportación no dineraria, de rama de actividad o no, deben ser contabilizadas de igual manera dado que el sustrato económico es el mismo o bien deberemos atender a la forma en cómo se realizan y lo que prevé el PGC para cada una de ellas.

### **9.2.1. Contabilización según el PGC 1990**

La Resolución de 30 de julio de 1991 del Presidente del ICAC por la que se dictan normas de valoración del inmovilizado material (BOICAC nº 6) referida, obviamente, a la legislación anterior, tanto a nivel de la LSA como LSL y, también, PGC 1990, establecía que, en el caso de aportaciones no dinerarias, en la ampliación del capital de sociedades

---

<sup>374</sup> La poca claridad obedece a que en redacciones previas la sanción era un importe fijo por dato omitido con independencia del número de años, por lo que la aplicación del límite no ofrecía duda alguna.

anónimas, la valoración del inmovilizado se realizará tomando como base el valor consignado en la escritura de ampliación de capital.

El derogado art. 38 de la LSA<sup>375</sup> establecía la necesidad, para la constitución o los aumentos de capital de SA, de que se efectúe un informe elaborado por un experto independiente en el que se describan los bienes aportados y su valoración y su correspondencia con el nominal y la prima de emisión, si la hubiere, emitidos como contrapartida.

Por tanto, debemos entender que el valor del informe del experto independiente debía equivaler al valor razonable y, por tanto, no debería producirse ninguna discrepancia entre lo establecido por la LSA y el PGC.

SÁNCHEZ OLIVÁN<sup>376</sup>, en vigencia del anterior PGC, sistematizó la reglas de valoración y registro en las siguientes: (1) los bienes recibidos se contabilizarán por el valor neto contable de los bienes cedidos con el límite del valor de mercado de aquellos si éste fuese menor; (2) cuando se hubiesen dotado provisiones que afecten a los bienes cedidos el importe de las mismas por la parte afectada se abonará a la cuenta del grupo 79 que corresponda siempre que la diferencia entre precio adquisición de aquellos bienes y sus amortizaciones sea inferior al valor normal de mercado de los bienes recibidos; (3) los gastos de la operación de cada parte incrementarán el valor de los bienes adquiridos siempre que, consecuencia de ello, no se supere el valor de mercado y (4) el inmovilizado cedido se dará de baja por su valor neto contable pudiendo producirse un resultado contable negativo cuando el valor normal de mercado de los bienes recibidos sea inferior.

La Resolución del ICAC de 27 de julio de 1992 por la que se dictan normas de valoración de participaciones en el capital derivadas de aportaciones no dinerarias en la constitución o ampliación del capital de sociedades (BOICAC nº 10), también referida a la legislación anterior, tras incidir en la necesidad de respetar el principio del precio de adquisición y el de prudencia valorativa señalaba las similitudes del caso con los de una permuta concluyendo en consecuencia que el valor contable de la inversión financiera deberá seguir los mismos criterios que los establecidos para la permuta.

Así, en la contabilización de dichas operaciones deberán observarse las siguientes reglas:

---

<sup>375</sup> En la misma línea el art. 67 LSC.

<sup>376</sup> SÁNCHEZ OLIVÁN, J. (1993). *La fusión de sociedades, op. cit.*, pág. 702.

- 1.- La participación en el capital recibida se valorará de acuerdo con el valor neto contable de los elementos que se aportan (valor contable menos amortizaciones pero sin tener en cuenta las provisiones), con el límite máximo del valor atribuido por la sociedad receptora a dichos elementos a efectos de la aportación no dineraria
- 2.- Los gastos inherentes a la operación incrementarán el valor de la participación en el capital recibido, siempre con el límite del valor de mercado de la participación
- 3.- Los valores contables de los elementos patrimoniales se darán de baja junto con las amortizaciones y provisiones pertinentes. En ese momento se reconocerá el exceso o defecto de la provisión existente respecto de los elementos transmitidos

Tradicionalmente se consideraba la resolución del ICAC de 30 de julio de 1991 que dictaba normas de valoración del inmovilizado material para distintos supuestos de adquisición, entre ellos la permuta y las aportaciones dinerarias en la constitución y ampliaciones de capital de sociedades anónimas como la referencia para determinar la contabilización de este tipo de operaciones.

Podríamos decir que por un lado teníamos (1) normas aplicables a las permutas y (2) normas aplicables a las aportaciones contra capital divididas a su vez en las normas aplicables a la sociedad adquirente y las normas aplicables a la sociedad aportante. Todas ellas estaban contenidas en la resolución del ICAC de 30 de julio de 1991 y la de 27 de julio de 1992<sup>377</sup>.

ANTÓN BASANTA<sup>378</sup> también consideraba que el régimen de contabilización de las aportaciones no dinerarias debíamos buscarlo en las resoluciones del ICAC de 30 de julio de 1991 y la de 27 de julio de 1992, si bien señalaba que algún sector de la doctrina<sup>379</sup> se inclinaba por la aplicación de las normas contables sobre escisión parcial previstas en el Borrador de Contabilización de Fusiones y Escisiones<sup>380</sup> a las aportaciones de rama de actividad, por su similitud con la misma.

La resolución del ICAC de 30 de julio de 1991 se refería a los elementos del inmovilizado material, aunque también resultaba aplicable a los elementos de inmovilizado

---

<sup>377</sup> *Ibidem*, pág. 702, *vid.* la clasificación sistemática que realiza.

<sup>378</sup> ANTÓN BASANTA, A. (1998). "Capítulo 28. Régimen especial de las fusiones, escisiones, ", *op. cit.*, pág. 1851.

<sup>379</sup> *Vid.* (1996). *Memento Práctico Contable*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, pág. 1009 y ss.

<sup>380</sup> Nos referimos al "Informe de la Comisión creada para la elaboración de Normas de Contabilidad aplicables a las Fusiones y Escisiones de sociedades" publicado en el BOICAC número 14, de octubre de 1993, que constituye la opinión del Instituto, sin perjuicio de que se trata de un borrador pendiente de aprobación y por tanto puede ser objeto de modificación

inmaterial por remisión expresa de la resolución del ICAC de 21 de enero de 1992. En las aportaciones dinerarias la entidad adquirente podía llegar a registrar, si se daba el caso, un fondo de comercio como así lo había reconocido la resolución de la DGRN de 31 de octubre de 1986, siguiendo la sentencia del TS de 15 de julio de 1985<sup>381</sup>.

La resolución del ICAC de 27 de julio de 1992 permitía el reconocimiento contable de un resultado positivo en sede de la entidad aportante, debiéndose reconocer un resultado negativo cuando el valor de la escritura (normalmente coincidente con el valor de mercado) resultase inferior al valor neto contable de los elementos aportados.

En el supuesto de que se hubieran aplicado las normas del Borrador de Fusiones a las aportaciones no dinerarias no se podría revalorizar contablemente los elementos recibidos por la adquirente cuando no se cumpliesen los requisitos para considerar la aportación como de adquisición. Por otra parte, cuando existiese diferencia de valoración fiscal y contable en los elementos recibidos en la aportación, por aplicación del régimen especial de la LIS, debería registrarse el correspondiente efecto impositivo. ANTÓN BASANTA<sup>382</sup> se inclinaba por, amparándose en la resolución del ICAC de 30 de julio de 1991, permitir la revalorización de los elementos aportados cuando así fuera procedente; igualmente entendía que era razonable registrar el impuesto diferido en cualquier caso cuando se cumplieran los requisitos previstos tanto en el PGC como la resolución del ICAC de 9 octubre de 1997.

La consulta 1 del BOICAC nº 47 de 30 de septiembre de 2001 (BOICAC 47/2001-1)<sup>383</sup> aplicando el borrador de Normas de Contabilidad aplicables a las Fusiones y Escisiones de Sociedades (todo y reconocer que, si bien dicho borrador no era de aplicación obligatoria hasta su aprobación, representaba la opinión de la Comisión creada en el ICAC para la elaboración de normas sobre esta materia) entendía que en una operación (en ese caso, de fusión) si en la relación de canje se utilizaban valores por encima del valor contable pero que no iban a tributar en ese momento, como consecuencia de la aplicación del régimen fiscal especial, debían registrarse los correspondientes activos o pasivos fiscales.

---

<sup>381</sup> En idéntico sentido la DGT en su contestación a una consulta de 9 de septiembre de 1996.

<sup>382</sup> ANTÓN BASANTA, A. (1998). "Capítulo 28. Régimen especial de las fusiones, escisiones, ", *op. cit.*, pág. 1853.

<sup>383</sup> En el mismo sentido la Consulta 3 del BOICAC nº 41 de 31 de marzo de 2000 (BOICAC 41/2000).

Por tanto, en el activo del balance de la sociedad adquirente debía aparecer el bien o derecho por su valor real (el incluido en la relación de canje) mientras que en el pasivo se debe registrar como contrapartida el impuesto diferido correspondiente a la diferencia de valoración. En función de la depreciación experimentada por los bienes y derechos recibidos en la fusión o por la propia transmisión del activo, si se produjese, dicho impuesto diferido se irá dando de baja en contabilidad (reversión del impuesto diferido).

La Resolución del ICAC, de 9 de octubre de 1997, teniendo en cuenta la naturaleza de las partidas derivadas del efecto impositivo consideraba más adecuada a la situación no proceder a la actualización de esta partida, debiendo por tanto recogerse en contabilidad este pasivo por su valor nominal. No obstante, reconocía que dado *“que en la valoración de los distintos elementos objeto de fusión, se habrá cuantificado el citado pasivo, en general, considerando el efecto financiero que afecte a dicho importe, es posible que no coincida el valor nominal del pasivo con el recogido en la ecuación de canje. A este respecto, dicho diferencial debe ser recogido como una minoración de reservas, en particular de la prima de emisión.”*

El art. 4.1 de la Ley 29/1991, al referirse a los efectos fiscales de la aplicación de la Ley 29/1991, expresamente señalaba que no se integraban en la base imponible los incrementos y disminuciones de patrimonio (aún no se había establecido el concepto global de “renta” por la LIS 43/1995) puestos de manifiesto en las operaciones de reestructuración, *“aunque se hagan lucir en contabilidad”*. Es decir, el reflejo contable o no de las alteraciones patrimoniales no tenía incidencia alguna en su tratamiento fiscal. La LIS 43/1995 no hizo referencia alguna a la posibilidad de que se contabilizara o no pero dicha mención resulta igualmente aplicable en la actualidad.

Igualmente, la Resolución del ICAC de 31 de marzo de 2000 (BOICAC 41/2000-3) consideraba el razonable que se contabilice el efecto impositivo derivado de las operaciones de reestructuración a las que se aplicaba el RFE.

LÓPEZ IRANZO<sup>384</sup>, de acuerdo con dicho redactado, clasificaba en cuatro los supuestos que se podían producir a partir de la relación entre alteraciones de patrimonio contables y fiscales:

---

<sup>384</sup> LÓPEZ IRANZO, F. (1994). “Neutralidad fiscal y normativa contable de la fusión de sociedades (Ley 29/1991 y Normas del ICAC) (I)”, en *Carta Tributaria. Monografías*, núm. 205-206, pág. 10.

- a) La entidad transmitente refleja contablemente las alteraciones patrimoniales, pero acogándose a lo previsto en la Ley 29/1991, las excluye de la base imponible
- b) La entidad transmitente refleja contablemente las alteraciones patrimoniales y las integra en la base imponible
- c) La entidad transmitente no refleja contablemente las alteraciones patrimoniales y, acogándose a lo previsto en la Ley 29/1991, tampoco los integra en la base imponible
- d) La entidad transmitente no refleja contablemente las alteraciones patrimoniales, pero de acuerdo con la normativa fiscal general, incluye en la base imponible esas alteraciones

Los supuestos a) y b) generaban necesariamente ajustes extracontables a la base imponible que, a su vez, supondrán diferencias temporales.

NAVARRO EGEA<sup>385</sup> se plantea que, pudiéndose diferir el impuesto igualmente, qué ventaja puede tener la contabilización de las plusvalías. En primer lugar, cabría decir que no se trata de mayor o menor utilidad, sino del reflejo contable que a su vez debe expresar la realidad patrimonial de una empresa en base a unas normas tasadas, no siendo una opción para el sujeto pasivo. En segundo lugar, la posibilidad de reflejar contablemente y, desde este modo, presentar una sólida estructura patrimonial (con todo lo que representa de garantías para bancos, acreedores, etc) así como la posibilidad de utilizarlo para mejorar la cuenta de resultados al cierre del ejercicio (aunque sea con resultados extraordinarios) o evitar situaciones de obligación de restitución patrimonial, son razones más que suficientes utilizadas por los sujetos para intentar reflejar la plusvalía contable con independencia de, lógicamente, diferir la tributación en la medida de lo posible.

---

<sup>385</sup> NAVARRO EGEA, M. (1996). *El régimen tributario de la Ley 29/1991: una opción para la reestructuración de empresas*, Tesis doctoral, Universidad de Murcia, pág. 470.

### 9.2.2. Contabilización con el PGC actual

La aprobación del PGC actual, incluyó la aprobación de unas Normas de Registro y Valoración (en la segunda parte del PGC) que establecen la forma de contabilizar las diferentes operaciones tratando de reflejar la realidad económica de la operación<sup>386</sup>.

Las NRV distinguen diferentes supuestos en función de las características de los elementos adquiridos y de las relaciones previas entre las entidades intervinientes en la operación. Por un lado, debe distinguirse, si se trata de una adquisición de lo que el PGC denomina “negocio” o bien se trata de una adquisición de elementos aislados (y, en su caso, pasivos). Por otro lado, también debe distinguirse si la operación se realiza entre sociedades que forman un Grupo de Sociedades con anterioridad a la operación o si se realiza entre entidades que no lo forman. Deberá aplicarse una normativa especial para el caso de entidades que forman parte de un Grupo solo si los elementos objeto de la transacción deben calificarse como un negocio, cuya definición se encuentra en el apartado 1 de NRV 19<sup>a</sup>.

Por otra parte, cuando nos referimos a empresas del mismo grupo, debemos atender a la definición de la norma 13<sup>a</sup> de elaboración de las Cuentas anuales (NECA), tal y como establece el apartado 1 de la NRV 21<sup>a</sup>.

### 9.2.3. Concepto de negocio

A efectos de la NRV 19<sup>a</sup>, y definido en ella misma, un negocio es un conjunto integrado de actividades y activos susceptibles de ser dirigidos y gestionados con el propósito de

---

<sup>386</sup> Con anterioridad esta aprobación, algunos autores ya sugerían esta posibilidad a partir de la normativa de contabilidad internaciones. En este sentido, explicaba PARDO PÉREZ, F. (2002). “Análisis de los cambios en la normativa contable internacional de las combinaciones de empresas: Una referencia a la problemática del fondo del comercio”, en *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm. 226, págs. 207-232, pág. 211 a 213, existen dos grandes métodos para contabilizar las operaciones de reestructuración (o combinación) empresarial: el método de la adquisición (*purchasemethod*), en el que se supone la existencia de una imposición de una empresa sobre la otra y el método de la unión de intereses (*pooling of interestmethod*) basado en la idea de que las empresas que se agrupan unen sus esfuerzos bajo un objetivo común (aunque existen otros métodos menos habituales: unión de intereses a valores razonables o el del saldo del fondo de comercio). En España se ha prestado poca atención a estos aspectos. El último intento fue el Borrador de normas contables sobre fusiones de empresas que publicó el ICAC en 1993 y que se aparta de los métodos utilizados, sobre todo en el mundo anglosajón, considerando que las fusiones son un proceso de unificación de intereses a las que se debe aplicar el método de unión de intereses.

proporcionar un rendimiento, menores costes u otros beneficios económicos directamente a sus propietarios o partícipes.

La NRV 19ª exige para su aplicación no solo que la operación implique la transmisión de algo que se conceptúa como negocio, sino que, además, por medio de la operación se debe adquirir el control de uno o varios negocios. Por control se entenderá el poder de dirigir las políticas financieras y de explotación de un negocio con la finalidad de obtener beneficios económicos de sus actividades.

Curiosamente la NRV 21ª que establece una serie de normas particulares para las operaciones entre empresas del grupo que solo serán aplicables cuando los elementos objeto de transacción deban calificarse como negocio, no exige la toma de control que, veíamos, era demandada por la NRV 19ª sino que, únicamente, que los elementos de la transacción deban calificarse como negocio.

Conviene, llegados a este punto, volver a referirnos, para poner en contexto el nuevo concepto que incorpora el PGC, a los otros dos conceptos que, de manera intuitiva, asociamos con realidades similares. Nos referimos, por supuesto, al concepto de rama de actividad y al de unidad económica.

No es necesario volver a remarcar las características de las otras figuras que, dentro del ordenamiento jurídico español, tratan de figuras cuanto menos similares y en las que en ninguna de ellas se define el término con precisión, pero si poner, de nuevo, de manifiesto la conveniencia de utilizar términos jurídicos idénticos, características idénticas y, sobre todo, claras para garantizar la seguridad jurídica de los intervinientes en las operaciones.

#### 9.2.4. Concepto de grupo

La NECA nº 13 titulada “Empresas del Grupo, Multigrupo y Asociadas” establece lo que se entenderá por un grupo de empresas. En este sentido, considera que una empresa forma parte del grupo cuando ambas estén vinculadas por una relación de control, directa o indirecta, análoga a la prevista en el artículo 42 del CCo para los grupos de sociedades o, también, cuando las empresas estén controladas, por cualquier medio, por una o varias personas físicas o jurídicas que actúan conjuntamente o gestionan bajo una dirección única por acuerdos o cláusulas estatutarias.



Una empresa se considera asociada cuando, sin reunir las características para considerarse empresa del grupo, la empresa o alguna de las empresas del grupo, si es que existiera, incluidas las entidades o personas físicas dominantes, ejercen sobre tal empresa una influencia significativa por tener una participación en ella que, creando con esta una vinculación duradera, está destinada a influir en su actividad.

En este sentido, se entenderá que existe una influencia significativa en la gestión de otra empresa cuando se cumplan los dos requisitos siguientes:

1. La empresa o una o varias empresas del grupo, incluidas las entidades o personas físicas dominantes, tienen una participación en la empresa
2. Éstas tienen el poder de intervenir en las decisiones de política financiera y de explotación de la participada, sin llegar a tener el control.

La existencia de influencia significativa se podrá evidenciar a través de cualquiera de las siguientes vías:

1. Representación en el Órgano de administración
2. Participación en los procesos de fijación de políticas de todo tipo
3. Transacciones de importancia relativa con la participada
4. Intercambio de personal directivo
5. Suministro de información técnica esencial

Se presumirá, salvo prueba en contrario, que existe influencia significativa cuando la empresa o varias empresas del grupo, incluidas las entidades o personas físicas dominantes, posean al menos el 20% de los derechos de voto de otra sociedad.

Se entenderá por empresa Multigrupo aquella que esté gestionada conjuntamente por la empresa o alguna empresa del grupo, si es que existiera, incluidas las entidades o personas físicas dominantes, y uno o varios terceros ajenos al grupo de empresas.

#### 9.2.5. Aplicación a las operaciones de aportación no dineraria

De acuerdo con lo expuesto, debemos, a continuación, interpretar como estas normas de valoración van a ser aplicadas a cada una de las operaciones mediante las cuales podemos realizar las aportaciones no dinerarias de rama de actividad o las aportaciones no dinerarias especiales previstas en el régimen fiscal especial objeto de este estudio.

Aunque, como hemos visto, no existe una unidad de concepto en la definición de lo que sería negocio según el PGC y lo que sería rama de actividad según la LIS, parece evidente

que, en la mayor parte de los casos, existirá una cierta identificación entre lo que la normativa fiscal definiría como rama de actividad y la normativa contable define como empresa.

En consecuencia, debemos entender que, mayoritariamente, a las aportaciones de rama de actividad le será aplicable el régimen previsto para las operaciones en las que interviene un negocio, bien sea entre empresas del grupo o, bien, entre empresas que previamente no tenían esta relación. Aunque, desde un punto de vista metodológico, vamos a aceptar esta equivalencia, la realidad es que en la medida que, estrictamente, no lo es, habrá que analizar cada uno de los supuestos para determinar si lo que se aporta, desde un punto de vista contable, es un negocio con independencia de que fiscalmente lo califiquemos de AND de RA o de AND especial.

Conviene destacar de nuevo que la NRV nº 19, aplicable a las operaciones entre sociedades que previamente no tenían la consideración de grupo, no solo exige que los elementos objeto de transacción constituyan un negocio, sino que, además, exige que se produzca una toma de control sobre el mismo. Por el contrario, la NRV nº 21 tan solo exige para su aplicación que los elementos objeto de la transacción se califiquen como negocio, sin necesidad de que se produzca una toma de control sobre el mismo.

Por el contrario, aquellas operaciones que no constituyan una aportación de rama de actividad, con toda probabilidad, serán calificadas de elementos patrimoniales aislados y, por tanto, su valoración se realizará de acuerdo al régimen de aportaciones establecido, con carácter general, para el inmovilizado material e inmaterial establecido en la NRV nº 2 y la NRV nº 3. Estas operaciones, mayoritariamente, se identificarán con las aportaciones no dinerarias especiales previstas en el artículo 87 de la LIS en la medida que no podemos entender que configuren en sí mismas un negocio, tal y como lo establece el PGC.

#### 9.2.6. Aportación de elementos patrimoniales

Con carácter general, la NRV nº 2, referida al Inmovilizado Material, y la NRV nº 5, referida al Inmovilizado Intangible y que se remite a la NRV nº 2, salvo especialidades, establecen que los bienes comprendidos en estas categorías se contabilizarán por su coste, sea éste el precio de adquisición o el coste de producción.

De manera más concreta, el apartado 1.4 de la NRV nº 2, titulada *Aportaciones de capital no dinerarias*, señala que los bienes correspondientes al inmovilizado recibidos en concepto de aportación no dineraria de capital serán valorados por su valor razonable en el momento de la aportación, de acuerdo a lo establecido en la norma sobre transacciones con pagos basados en instrumentos de patrimonio, pues, en este caso, se presume que se puede estimar con fiabilidad suficiente el valor razonable de dichos bienes.

Para la aportante de los bienes se aplicará, en principio, lo dispuesto en la norma de instrumentos financieros que es la NRV 9ª. De acuerdo con esta NRV, un instrumento financiero es un contrato que da lugar a un activo financiero en una empresa y, simultáneamente, a un pasivo financiero o a un instrumento de patrimonio en otra. Entre estos instrumentos financieros se incluyen las acciones y participaciones en el capital social. Por tanto, una aportación no dineraria instrumentada a través de una ampliación de capital, deberá regirse por esta NRV.

De acuerdo con ella, inicialmente estos activos financieros (acciones o participaciones en nuestro caso) se valorarán por su valor razonable<sup>387</sup> que, en principio, debe corresponder al precio de la transacción, es decir, a la contraprestación entregada. Como señala SANZ GADEA<sup>388</sup> “Los elementos patrimoniales aportados causan baja, y, consecuentemente, se aplicarán las reglas contables que, en lo esencial, aplican a la cuenta de pérdidas y ganancias la diferencia entre el importe recibido y el valor contable de lo entregado”. Con posterioridad, estos activos financieros deberán valorarse a valor razonable de cada momento con impacto en la cuenta de pérdidas y ganancias.

No obstante, la Consulta del ICAC de 31 de diciembre de 2010 (BOICAC 84/2010-9) se refiere al tratamiento contable de una aportación no dineraria que no constituye un negocio (un terreno) entre empresas del grupo en una ampliación de capital. La sociedad

---

<sup>387</sup> Señala SALVADOR MONTIEL, M.D. (2008). “Los activos en el nuevo Plan General de Contabilidad: reconocimiento y valoración.”, en *Estudios Financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm. 304, págs. 119-132, pág. 127, que “el valor razonable de un activo está relacionado estrechamente con su valor de mercado. En este sentido, según lo indicado por el marco conceptual del NPGC, el valor razonable de un activo es el importe por el que puede ser intercambiado, entre partes interesadas y debidamente informadas que realicen una transacción en condiciones de independencia mutua. No se considerará valor razonable el que resulte de una transacción forzada, urgente o como consecuencia de una situación de liquidación involuntaria.”

<sup>388</sup> SANZ GADEA, E. (2007). “Implicaciones fiscales del nuevo Plan General de Contabilidad”, *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm. 295, págs. 97-142, pág. 117.

aportante debería incluir, en principio, las participaciones en la categoría de inversiones en el patrimonio de empresas del grupo, multigrupo y asociadas, valorándolas, en principio, por el valor razonable de la contraprestación entregada. No obstante, según señala, el criterio a seguir en estos casos debe ser análogo al que se da a las permutas de inmovilizado, lo que implica que cuando tenga carácter de permuta no comercial, situación que. aplicando por analogía el criterio recogido en la citada consulta, puede ser frecuente cuando la aportación se realice a una empresa del grupo, la inversión se reflejará en la sociedad aportante al valor contable de la contraprestación entregada, sin que se produzca un resultado contable<sup>389</sup>.

Además, es necesario tener en cuenta la “Resolución de 5 de marzo de 2019, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se desarrollan los criterios de presentación de los instrumentos financieros y otros aspectos contables relacionados con la regulación mercantil de las sociedades de capital.” (BOE de 11 de marzo de 2019) que como señala en su Preámbulo viene a ser el desarrollo reglamentario de los criterios de presentación de los instrumentos financieros y de las implicaciones contables de la regulación mercantil en materia de aportaciones sociales, operaciones con acciones y participaciones propias, aplicación del resultado, aumento y reducción del capital social y otros aspectos contables derivados de la regulación incluida en la LSC y la LME.

En su art. 15 trata las aportaciones no dinerarias reforzando el criterio establecido en la Consulta del ICAC de 31 de diciembre de 2010 contradiciendo, en cierta medida, lo establecido en el PGC y cuya solución contable nos parece como mínimo cuestionable. En todo caso, reitera los siguientes criterios.

Por parte del adquirente:

1. Los bienes o derechos recibidos en una aportación no dineraria al capital de la sociedad se contabilizarán por su valor razonable en la fecha de suscripción de las acciones o asunción de las participaciones, importe que, con carácter general, será coincidente con la valoración en euros que se les atribuya en la escritura de constitución o en la de ejecución el aumento de capital social.

---

<sup>389</sup> La consulta 10 del BOICAC nº 85, de 31 de marzo de 2011 (BOICAC 85/2011), que se refiere al tratamiento contable de las operaciones de escisión de elementos patrimoniales que no constituyen un negocio. La reducción de capital en la sociedad “transmitente” deberá contabilizarse cargando la partida de capital suscrito por el importe del valor nominal de las participaciones sociales afectadas por la reducción, y la diferencia, positiva o negativa, entre el nominal de las acciones más las reservas que le correspondan y el valor por el que se ha pactado el reembolso, que será una deuda con el socio, se imputa a una partida de reservas. Adicionalmente, si el pago de la citada deuda se efectúa mediante la entrega de activos no monetarios, podrá producirse, en su caso, el correspondiente resultado.

2. En caso de aportación no dineraria de un negocio, en los términos definidos en la norma de registro y valoración sobre combinaciones de negocios del PGC, los instrumentos de patrimonio entregados a cambio se contabilizarán por su valor razonable. Si los instrumentos de patrimonio no cotizan, dicho importe será el valor atribuido a las participaciones de la sociedad en la escritura de constitución o en la de ejecución del aumento de capital social.

Por parte del aportante:

1. En caso de que la transacción se califique como una permuta comercial, de acuerdo con el PGC, contabilizará las acciones o participaciones recibidas por el mismo importe, más los costes de transacción que les sean directamente atribuibles, y reconocerá el correspondiente resultado en la cuenta de pérdidas y ganancias por la diferencia entre dicho importe y el valor en libros del elemento patrimonial aportado
2. En caso de que la transacción se califique como una permuta no comercial, las acciones o participaciones recibidas se valorarán por el valor en libros del elemento entregado. Cuando el aportante adquiera el control de un negocio, los costes de transacción se reconocerán en la cuenta de pérdidas y ganancias
3. Salvo prueba en contrario, la operación de permuta se presumirá comercial cuando la aportación se realice a una sociedad que no sea empresa del grupo (según la definición recogida en las normas de elaboración de las cuentas anuales del PGC), incluso cuando en virtud de la aportación se adquiera el control de la mencionada sociedad. No obstante, la permuta se presume como no comercial cuando por la aportación se obtenga la práctica totalidad del capital social de la sociedad<sup>390</sup>
4. En caso de desembolsos pendientes, el socio reconocerá los instrumentos de patrimonio suscritos, pero no dará de baja los elementos patrimoniales que serán objeto de aportación. El importe pendiente de desembolso, no exigido, se mostrará en el activo del balance minorando la partida en la que se contabilicen los instrumentos de patrimonio.

---

<sup>390</sup> Recordemos que el apartado 1.3 referido a las permutas de la NRV 2ª señala que se considerará que una permuta tiene carácter comercial cuando la configuración de los flujos de efectivo del inmovilizado recibido, atendiendo al riesgo, calendario e importes, difiere significativamente de la configuración de los flujos de efectivo del activo entregado. También se considerará comercial si el valor actual de los flujos de efectivo después de impuestos de las actividades de la empresa afectada por la permuta, se ven modificados significativamente como consecuencia de la operación.

Finalmente, el art. 15.3 contiene una norma específica para los casos en los que lo que se aporta sea un negocio. Dice así: "3. Las aportaciones no dinerarias de un negocio entre sociedades del grupo se contabilizarán aplicando la regla particular establecida en la norma de registro y valoración sobre operaciones entre empresas del grupo del Plan General de Contabilidad o del Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas." Con posterioridad veremos cuál es esta regla particular.

En todo caso, a salvo de las referidas aportaciones de negocio entre empresas del grupo, la conclusión genérica de la contabilización de las aportaciones no dinerarias hasta este momento sería la siguiente. En sede de la aportante se contabilizarán los títulos recibidos por su valor razonable (reconociéndose el resultado generado) cuando la aportación se realice entre empresas independientes y no se obtenga la práctica totalidad del capital social de la entidad beneficiaria. Si se obtiene la inmensa mayoría del capital o la aportación es entre empresas del grupo no se reconocería el resultado y se contabilizaría por el valor de los bienes entregados. Si se tratase de una aportación de negocio entre empresas del grupo deberemos acudir a la regla particular citada que veremos con posterioridad.

Respecto de la entidad adquirente, ésta contabilizará los elementos recibidos por su valor de mercado que, en circunstancias normales, coincidirá con el valor escriturado de aumento de los fondos propios.

Adicionalmente a lo expuesto, conviene tener en cuenta una serie de resoluciones del ICAC que tratan situaciones muy concretas y que pueden ser de referencia para esos mismos casos o similares<sup>391</sup>.

---

<sup>391</sup>La consulta 4 del BOICAC nº 90, de 31 de julio de 2012 (BOICAC 90/2012) se refiere a la valoración de una aportación no dineraria realizada entre empresas del grupo, desde el punto de vista de la sociedad adquirente, cuando la sociedad aportante y la sociedad adquirida están radicadas en el extranjero. En este caso, ante la ausencia de unos valores consolidados obtenidos aplicando los criterios recogidos en el Código de Comercio y sus disposiciones de desarrollo, la sociedad española debería contabilizar las participaciones recibidas por el valor en libros, antes de realizarse la operación, en las cuentas anuales individuales de la sociedad extranjera aportante.

La consulta 2 del BOICAC nº 129 de 26 de abril de 2022 (BOICAC 129/2022) (en el mismo sentido BOICAC 129/2008 C 2) sobre la contabilización de una aportación no dineraria de un inmovilizado material como pago de un dividendo pasivo. Este activo, en el momento de la suscripción de las acciones tenía un valor razonable superior a su valor contable que, además, aumenta en el momento de la aportación. El socio reconocerá en el momento en el que se produce la suscripción de las acciones el desembolso pendiente por el valor razonable del elemento patrimonial pendiente de aportación en la fecha de suscripción. Con posterioridad, cuando se produzca la aportación no dineraria se dará de baja el elemento patrimonial aportado por su valor en libros, se cancelará la cuenta de desembolsos pendientes por su valor en la fecha de suscripción de las acciones y por diferencia surgirá un resultado.

### 9.2.7. Permutas

Por su parte el apartado 1.3. de la propia NRV nº 2 titulada *Permutas* establece cual debe ser la valoración que se utilice en la contabilización de este tipo de operaciones. En primer lugar, define que, a efectos del PGC, se entiende que un elemento del inmovilizado material se ha adquirido por permuta cuando se recibe a cambio de la entrega de otros activos no monetarios, o de la combinación de estos con activos monetarios. Cuando la permuta no tenga carácter comercial el inmovilizado material recibido se valorará por el valor contable del bien entregado, con el límite del valor razonable del inmovilizado recibido, si este fuera menor. Por tanto, en este caso nunca se producirá una renta positiva con motivo de la permuta y, en todo caso, se puede producir una renta negativa si el valor recibido se entiende que es menor al valor del elemento entregado a cambio<sup>392</sup>. Si, en cambio, la permuta tiene carácter comercial, como es mayoritariamente en nuestros casos, se reconocerá el resultado por la diferencia entre el valor contable de los elementos entregados y los recibidos.

Por tanto, estas valoraciones parece que deberán ser aplicadas, de un modo razonable, a los supuestos de aportaciones no dinerarias especiales puesto que se trata normalmente de elementos del activo individuales, bien sea a través de operaciones de aumento de capital o de permuta.

### 9.2.8. Aportación no dineraria de rama de actividad entre empresas no del grupo

Tal y como hemos explicado, a efectos metodológicos, entenderemos que en la mayoría de los casos de AND de RA lo que se está aportando es un negocio en términos de la

---

Finalmente, la consulta 11 del BOICAC nº 85, de 31 de marzo de 2011 (BOICAC 85/2011-11), se refiere al tratamiento contable de las escisiones de negocios desde el punto de vista de la sociedad que participa en la sociedad escindida. Esta sociedad, socia de la sociedad escindida, deberá contabilizar la operación de reducción de capital con devolución de aportaciones. En este caso se produce una desinversión al recuperarse parcial o totalmente el coste de la inversión efectuada y, por lo tanto, se deberá disminuir el precio de adquisición de los respectivos valores (para diferenciar el coste de las acciones correspondiente a la reducción de capital se realizará proporcionalmente a los fondos propios antes y después de la reducción). La diferencia entre el valor por el que se debe reconocer la participación en la sociedad beneficiaria y el valor en libros que se da de baja se contabilizará en una partida de reservas.

<sup>392</sup> Señala LARRIBA DÍAZ-ZORITA, A. (2007). "Evolución del tratamiento contable de las permutas", en *Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas*, núm. 80, págs. 82-86. pág. 83, que es indiferente que no refiramos al valor razonable del bien cedido o del bien adquirido, puesto que ambos son iguales.

descripción del PGC. Sin perjuicio de ello, será necesario analizar cada caso para verificar la existencia de ese negocio en la aportación.

La NRV 19ª titulada *Combinaciones de negocios* se refiere a la forma en la que las empresas deben contabilizar aquellas actividades en las que se producen combinaciones de negocios entendidas como aquellas operaciones en las cuales una empresa adquiere el control de uno o varios negocios. Pese al título de la NRV, es necesario destacar que no es necesario que se produzcan estrictamente una mezcla de negocios, en la medida que la entidad adquirente podría no estar desarrollando un negocio previamente a la adquisición del nuevo. A efectos de esta norma de valoración, un negocio es un conjunto integrado de actividades y activos susceptibles de ser dirigidos y gestionados con el propósito de proporcionar un rendimiento, menores costes u otros beneficios económicos directamente a sus propietarios o partícipes. Por control se entenderá el poder de dirigir las políticas financieras y de explotación de un negocio con la finalidad de obtener beneficios económicos de sus actividades<sup>393</sup>.

La NRV 19ª establece que para cada transacción la empresa deberá determinar si se trata de una combinación de negocios conforme a las definiciones establecidas o no y, en el fondo, se tratará de determinar si el conjunto de elementos patrimoniales (y en su caso de pasivo) adquiridos determinan la existencia de un negocio. De ser así se aplicarán las normas de contabilización que explicaremos a continuación. En caso contrario, se aplicará el método de adquisición ya explicado como una adquisición de activos y, en su caso, de pasivos.

La NRV 19ª considera que las combinaciones de negocios, dependiendo de la forma jurídica empleada, pueden originarse en base a cuatro tipos de operaciones<sup>394</sup>:

1. La fusión o escisión de varias empresas
2. La adquisición de todos o una parte de los elementos patrimoniales de una empresa que constituya uno o más negocios

---

<sup>393</sup> SALVADOR MONTIEL, M.D. (2008). "Nuevo PGC: el marco conceptual y la regulación contable de las combinaciones de negocios", en *Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas*, núm. 82, págs. 9-12, pág. 9, señala que una de las novedades más significativas que introduce el PGC 2007 es la regulación contable de las combinaciones de negocios. Para ello ha tomado como marco de referencia la NIIF-3 adoptada por la Comisión Europea.

<sup>394</sup> En relación con las operaciones de combinación de negocios a través de fusión y su impacto en el IS (bajo la regulación del TRLIS 2004), *vid.* LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J.A. (2007). "Combinación de negocios – Impuesto sobre Sociedades", en *Actum fiscal*, núm. 8, pág. 35.



3. La adquisición de las acciones o participaciones en el capital de una empresa, incluyendo las recibidas en virtud de una aportación no dineraria, en la constitución de una sociedad o en una ampliación de capital posterior
4. Otras operaciones cuyo resultado es que una empresa que posee o no, previamente, participación en el capital de una sociedad adquiere el control sobre esta última sin realizar una inversión

En las combinaciones de negocios a las que se refieren los números 1 y 2 se aplicará el método de valoración que, a continuación, explicaremos. En cambio, en los apartados 3 y 4 la empresa inversora valorará en sus cuentas anuales individuales la inversión en el patrimonio de otras empresas de acuerdo a lo establecido en el apartado 2.5. de la norma relativa a instrumentos financieros<sup>395</sup>.

#### *A) Valoración de los apartados 3 y 4*

Las inversiones recogidas en los apartados 3 y 4 son las inversiones en el patrimonio de empresas del Grupo, Multigrupo y Asociadas. Este tipo de inversiones están definidas en las Normas de elaboración de las Cuentas Anuales 13ª y se valorarán de la siguiente manera. La valoración inicial será por su coste (deberá aplicarse en su caso el criterio incluido en el apartado dos de la norma relativa a operaciones entre empresas del grupo y los criterios para determinar el coste de la combinación establecidos en la norma sobre combinaciones de negocios). Si existiera una inversión anterior a su calificación como empresa del Grupo, Multigrupo o Asociada, se considerará como coste de dicha inversión el valor contable que debiera tener la misma inmediatamente antes de que la empresa pasase a tener esa calificación<sup>396</sup>.

---

<sup>395</sup> Vid. ejemplo práctico en RAMOS SÁNCHEZ, S. (2014). “Escisión parcial. Escisión de un negocio a una sociedad preexistente”, en *Quincena fiscal*, núm. 18, págs. 107-114.

<sup>396</sup> La consulta 2 del BOICAC nº 91, de 30 de septiembre de 2012 (BOICAC 91/2012), se refiere a la aportación no dineraria de los instrumentos de patrimonio, que otorgan el control sobre una sociedad, cuando la sociedad aportada y la sociedad que recibe la aportación están controladas por la misma persona física. En este caso, si bien la operación no se realiza en sentido estricto entre empresas del grupo, porque el transmitente es la persona física que controla ambas sociedades, los hechos descritos deben incluirse en el ámbito de aplicación de la NRV 21.2 a la vista de la identidad de razón que existe entre la citada aportación. No obstante, en la medida que la sociedad consultante era parte integrante de un grupo de coordinación, no existiendo, por tanto, obligación de consolidar, y, adicionalmente, salvo que la persona física fuera empresario, tampoco existe la posibilidad de tomar los valores existentes en las cuentas anuales individuales, la sociedad adquirente contabilizará la participación adquirida tomando como referencia el patrimonio neto de la sociedad aportada en el porcentaje correspondiente, o, en su caso, el patrimonio consolidado, trayendo a colación por analogía el criterio publicado en la consulta 3 del Boletín del ICAC (BOICAC) nº 85, de marzo de 2011.

Con posterioridad, los instrumentos de patrimonio de esta categoría se seguirán valorando por su coste menos, en su caso, el importe acumulado de las correcciones valorativas por deterioro. Cuando se deba asignar valor a estos activos para darlos de baja en el balance o por cualquier otra razón, se deberá aplicar el método del coste medio ponderado por grupos homogéneos (agrupando todos los valores que tengan iguales derechos).

Al cierre del ejercicio deberán efectuarse las correcciones valorativas necesarias cuando sea claro que el valor en libros de una inversión no sea recuperable, parcial o totalmente<sup>397</sup>. La estimación de la pérdida por deterioro de esta clase de activos se calculará en función del patrimonio neto de la entidad participada y de las plusvalías tácitas existentes en la fecha de valoración, netas del efecto impositivo<sup>398</sup>.

En el caso de que se hubiera producido una inversión en una empresa, previa a su calificación como empresa del grupo y, con anterioridad a esa calificación, se hubieran realizado ajustes valorativos, dichos ajustes se mantendrán tras la calificación hasta la enajenación o baja de la inversión, momento en el que se registrarán en la cuenta de pérdidas o ganancias, o hasta que se produzca las siguientes circunstancias:

1. Si los ajustes valorativos previos son por aumentos de valor, las correcciones valorativas por deterioro se registrarán contra la partida del patrimonio neto que recoja los ajustes de valor de los activos previamente practicados hasta el importe de los mismos y el exceso, en su caso, se registrará en la cuenta de pérdidas y ganancias. La corrección valorativa por deterioro imputada directamente en el patrimonio neto no se revertirá.
2. En el caso de ajustes valorativos previos por reducciones de valor, si el importe recuperable posteriormente es superior al valor contable de las inversiones, este valor último se incrementará hasta el límite de la indicada reducción de valor contra la partida que haya recogido los ajustes valorativos previos y a partir de ese

---

<sup>397</sup> El importe de la corrección lógicamente será la diferencia entre su valor en libros y el importe que se estima recuperable. Se entiende como valor recuperable el mayor importe entre su valor razonable menos los costes de venta y el valor actual de los flujos de efectivo futuros derivados de la inversión. En el caso de los instrumentos de patrimonio se calcularán mediante la estimación que se espera recibir como consecuencia del reparto de dividendos realizado por la empresa participada o bien mediante la estimación de su participación en los flujos de efectivo que se espera ser generados por la misma, procedentes tanto de sus actividades ordinarias como de su enajenación.

<sup>398</sup> En la determinación de este valor y siempre que esta empresa participada, a su vez, haya invertido en otra, deberá tenerse en cuenta el patrimonio neto incluido en las cuentas anuales consolidadas elaboradas según los criterios del CCo y sus normas de desarrollo.

momento el nuevo importe surgido se considerará coste de la inversión. Cuando exista una evidencia objetiva de deterioro de valor de la inversión, las pérdidas acumuladas directamente en el patrimonio neto se reconocerán en la cuenta de pérdidas y ganancias

*B) Valoración de las operaciones de los apartados 1 y 2*

Las empresas adquiridas que se extingan en una combinación de negocios deberán registrar el traspaso de los de los activos y pasivos integrantes del negocio transmitido cancelando las correspondientes partidas del balance y reconociendo el resultado de la operación en la cuenta de pérdidas y ganancias por la diferencia entre el valor en libros del negocio transmitido y el valor razonable de la contraprestación recibida a cambio.

Si el negocio adquirido es el de la sociedad absorbente de la beneficiaria o de la que realiza la ampliación de capital, esta operación se denomina adquisición inversa. En los casos de adquisición inversa, la citada diferencia se contabilizará como un ingreso en la cuenta de pérdidas y ganancias de la empresa absorbente o beneficiaria adquirida.

El método de valoración, con carácter general, es el método de adquisición lo cual supone que la empresa adquirente contabilizará en la fecha de adquisición los activos identificables adquiridos y los pasivos asumidos en una combinación de negocios, así como el correspondiente fondo de comercio o diferencia negativa. A partir de esa fecha se registrarán los ingresos y gastos, así como los flujos de tesorería correspondientes. La valoración de los activos y pasivos de la empresa adquirente no se verá afectada por la combinación ni se reconocerán activos o pasivos como consecuencia de la misma.

La NRV 19ª define como empresa adquirente a aquella que obtiene el control sobre el negocio o los negocios adquiridos. También se considera empresa adquirente a la parte de una empresa que como consecuencia de la combinación se escinde de la entidad en la que se integraba y obtiene el control sobre otro u otros negocios.

Cuando, como consecuencia de la operación, se constituye una nueva empresa se identificará como empresa adquirente a una de las empresas que participen en la combinación y que existían con anterioridad a esta. Para identificar a esta empresa se

atenderá la realidad económica y no sólo a la forma jurídica de la combinación de negocios<sup>399</sup>.

Respecto de la fecha de adquisición se considerará aquella en la cual la empresa adquirente adquiere el control sobre el negocio o negocios adquiridos. Específicamente, en el caso de escisión, con carácter general, la fecha será la de celebración de la Junta de accionistas de la empresa adquirida en la que se aprueba la operación, siempre que el acuerdo sobre el proyecto de escisión no contenga una referencia expresa sobre la asunción de control del negocio por el accidente en un momento posterior<sup>400</sup>.

En todo caso, la eficacia de la escisión estará supeditada a la inscripción de la propia operación y, por tanto, la obligación de formular cuentas anuales subsiste hasta la fecha en que las sociedades que participan se extingan. Serán de aplicación las siguientes reglas:

1. Si la fecha de cierre del ejercicio social de las sociedades que participan en la operación se sitúa en el periodo que media entre la fecha de adquisición de control y la inscripción registral, sus cuentas anuales recogerán los efectos contables de la

---

<sup>399</sup> Con carácter general se entenderá que la empresa adquirente es la que entrega una contraprestación a cambio del negocio o negocios adquiridos. No obstante, también se tomarán en consideración entre otros los siguientes criterios:

Si la combinación diera lugar a que los socios o propietarios de una de las empresas o negocios que se combinan retengan o reciban la mayoría de los derechos de voto en la entidad combinada o puedan nombrar a la mayoría de los miembros del órgano de administración de la entidad combinada o bien representen a la mayoría de participaciones minoritarias con voto en la entidad combinada si actúan de forma organizada sin que otro grupo de propietarios tenga una participación significativa, normalmente, el adquirente será dicha empresa.

Si la combinación diera lugar a que los socios o propietarios de una de las empresas o negocios que se combinan tengan la facultad de designar al equipo de dirección del negocio combinado, dicha empresa será normalmente el adquirente.

Si el valor razonable de una de las empresas o negocios es significativamente mayor que el de otra u otros que intervienen en la operación, normalmente la empresa de mayor valor razonable será la adquirente.

La sociedad adquirente suele ser aquella que paga una prima sobre el valor razonable de los instrumentos de patrimonio de las restantes sociedades que se combinan.

Si en la combinación de negocios participan más de dos empresas o negocios se tendrán en cuenta otros factores como es la que inició la operación o el volumen de activos de cada una de las empresas intervinientes.

<sup>400</sup> En las adquisiciones inversas los efectos contables de la extinción deben mostrar la realidad económica de la operación. Por tanto, en la fecha de inscripción los ingresos y gastos del negocio adquirido devengados hasta la fecha de adquisición deberán contabilizarse contra la cuenta de prima de emisión o asunción y los ingresos y gastos de la empresa adquirente se incluirán en las cuentas anuales de la sociedad absorbente o beneficiaria de la escisión desde el inicio del ejercicio económico.

- escisión desde la fecha de adquisición siempre que la inscripción se haya producido antes de que finalice el plazo previsto en la legislación mercantil para formular cuentas anuales. Obviamente, en el supuesto de que la escisión que inicie y complete el mismo ejercicio económico serán de aplicación estos mismos criterios.
2. Si la fecha de inscripción es posterior al plazo previsto en la legislación mercantil para formular cuentas anuales, éstas no recogerán los efectos de la retrocesión a la que se hacía referencia con anterioridad. Por tanto, la sociedad adquirente no integrará en sus cuentas anuales los activos, pasivos, ingresos y gastos de la actividad, sin perjuicio de la información que sobre el proceso de escisión debe incluirse en la memoria de las sociedades que intervienen en la operación<sup>401</sup>. Una vez inscrita la escisión, la adquirente debería mostrar los efectos contables de la retrocesión, circunstancia que motivará el correspondiente ajuste en la información comparativa del ejercicio anterior.
  3. En las adquisiciones inversas los criterios anteriores se aplicarán de la siguiente manera. Si la fecha del cierre del ejercicio social de las sociedades que participan en la operación se sitúa en el periodo que media entre la fecha de adquisición de control y la inscripción registrada, las cuentas anuales de la sociedad adquirente no incluirán los ingresos y gastos devengados hasta la fecha de adquisición. La sociedad adquirente no formulara cuentas anuales en la medida que sus activos y pasivos, así como sus ingresos y gastos desde el inicio del ejercicio económico deberán incluirse en las cuentas anuales de la sociedad adquirida, absorbente legal. Si la fecha de inscripción es posterior al plazo previsto en la legislación mercantil para formular cuentas anuales, las sociedades intervinientes no recogerán los efectos de la retrocesión descritos con anterioridad. Una vez inscrita la escisión, la absorbente legal mostrará los citados efectos, circunstancia que motivará el correspondiente ajuste en la información comparativa del ejercicio anterior.

---

<sup>401</sup> La Resolución del ICAC de 32 de diciembre de 2004 (BOICAC 60/2004-1), en vigencia del anterior PGC, alcanzaba una solución similar. Se trataba de un supuesto en que se producía una fusión por absorción, cuya fecha de inscripción era posterior al cierre del ejercicio. En este caso, las sociedades participantes deberán formular sus cuentas anuales individuales a dicha fecha de cierre; en concreto, las cuentas anuales de la sociedad absorbente no incluirán los activos y pasivos de la absorbida, que aún no forman parte de su patrimonio, sin perjuicio de que si se han acordado efectos contables con anterioridad a la fecha de fusión, la absorbente habrá asumido la gestión de la absorbida, lo que obligará a informar en la memoria detalladamente respecto del contenido y consecuencias del proceso en marcha, así como a recoger en la cuenta de pérdidas y ganancias los efectos a que se ha hecho referencia, ya que al realizar la sociedad absorbida operaciones por cuenta de otra, se considerarán que son ingresos y gastos en la sociedad por cuenta de la que se realizan, es decir, la absorbente.

El coste de una combinación de negocios para la empresa adquirente será la suma, por un lado, de los valores razonables entregados en la fecha de adquisición, de los pasivos asumidos y los instrumentos de patrimonio emitidos por la adquirente. Sin embargo, cuando el valor razonable del negocio adquirido sea más fiable se utilizará ese para estimar el valor razonable de la contrapartida entregada. Por otro lado, se adicionará el valor razonable de cualquier contraprestación contingente que dependa de eventos futuros o del cumplimiento de condiciones que deberá registrarse como un activo, un pasivo o patrimonio neto de acuerdo con su naturaleza, salvo que se tratara de un activo contingente que motivara el registro de un ingreso en la cuenta de pérdidas y ganancias.

En la fecha de adquisición los activos y pasivos identificables se reconocerán y valorarán aplicando los siguientes criterios:

1. Criterio de reconocimiento. Los activos y pasivos deberán cumplir la definición genérica incluida en el marco conceptual de la contabilidad y formar parte de lo que se intercambia en la combinación de negocios, con independencia de cómo estaban conceptuados con anterioridad a la operación (incluso la falta de reconocimiento en las cuentas anuales). En la fecha de adquisición la adquirente clasificará los activos y pasivos de acuerdo con lo dispuesto en las normas de registro y valoraciones. Excepcionalmente, Los contratos de arrendamiento y similares se clasificarán de acuerdo con las condiciones contractuales existentes al comienzo de los mismos o tras su modificación.
2. El adquirente valorará los activos y pasivos adquiridos según su valor razonable en la fecha de adquisición siempre que se considere éste lo suficientemente fiable.
3. Existen una serie de excepciones al respecto:
  - a. Los activos no corrientes clasificados por la adquirente como mantenidos para la venta se valorarán de acuerdo con lo establecido en la norma sobre activos no corrientes mantenidos para la venta.
  - b. Los activos y pasivos por impuesto diferido se reconocerán de acuerdo con la norma relativa a impuestos sobre beneficios.
  - c. Los activos y pasivos asociados a retribuciones a largo plazo al personal se contabilizarán en la fecha de adquisición por el valor actual de las retribuciones comprometidas menos el valor razonable de los activos afectos a los compromisos con los que se liquidarán las obligaciones.
  - d. Para el supuesto de que el registro de un inmovilizado intangible, cuya valoración no pueda ser calculada por referencias a un mercado activo e implicara la contabilización de un ingreso en la cuenta de pérdidas y ganancias, dicho activo

- se valorará deduciendo la diferencia negativa inicialmente calculada del importe de su valor razonable (si el importe de dicha diferencia negativa no fuera superior al valor total del inmovilizado intangible, dicho activo no deberá ser registrado).
- e. Si la adquirente recibe un activo como indemnización frente a algún tipo de contingencia, reconocerá y valorará el activo de forma consistente con el elemento que genere la citada contingencia.
  - f. La adquirente valorará un derecho readquirido reconocido como inmovilizado intangible sobre la base del periodo contractual que reste hasta su finalización sin tener en cuenta las eventuales renovaciones contractuales.
  - g. Si el negocio adquirido incorpora obligaciones calificadas como contingencias, la adquirente reconocerá como pasivo el valor de asumir tales obligaciones siempre y cuando dicho pasivo sea una obligación presente que surja de sucesos pasados y se pueda establecer un valor razonable con suficiente fiabilidad.

Si existiera un exceso de valoración, en la fecha de adquisición, entre el coste de la combinación de negocios y el valor de los activos adquiridos menos los pasivos asumidos, dicha diferencia se reconocerá como fondo de comercio. Si la situación fuera al revés, es decir, en lugar de un exceso apareciera un defecto de valoración, la diferencia se contabilizará en la cuenta de pérdidas y ganancias como un ingreso<sup>402</sup>.

Si en la fecha de cierre del ejercicio que se ha producido la combinación de negocios no se pudiese concluir el proceso de valoración necesario para aplicar el método de adquisición, las cuentas anuales se elaborarán utilizando valores provisionales. Una vez se disponga de los valores definitivos, se procederá a completar la contabilización inicial en un plazo que, en ningún caso, será superior a un año desde la fecha de adquisición.

En los supuestos en los que la empresa adquirente obtenga el control de la adquirida mediante varias transacciones independientes realizadas en fechas diferentes, conocidas como combinaciones de negocios por etapas, el fondo de Comercio o defecto

---

<sup>402</sup> La consulta 3 del BOICAC nº 123 de 30 de septiembre de 2020 (BOICAC 123/2020), se refiere a la aportación no dineraria a una empresa del grupo domiciliada en España de las acciones que otorga el control sobre otra empresa del grupo, que constituye un negocio. En primer lugar, considera que habría que tener en cuenta lo establecido en la consulta 4 del BOICAC nº 90, de julio de 2012. No obstante, “en el supuesto de que el importe representativo del porcentaje de participación de la sociedad aportante en el patrimonio neto de la filial que es objeto de aportación superase el valor en libros de la inversión, este Instituto opina que la sociedad adquirente deberá reconocer la inversión recibida por aquél importe sin necesidad de establecer una previa homogeneización valorativa del patrimonio neto porque en este caso concreto, al aplicar la sociedad adquirente las NIIF-UE, la presencia de dos marcos de información financiera en los hechos descritos no va en menoscabo del principio de uniformidad valorativa”.

de valor que se contabilice en la cuenta de pérdidas o ganancias se obtendrá tomando en cuenta las inversiones previas de la empresa adquirente en la adquirida.

Para los supuestos en los que la entidad adquirente y la adquirida tengan relaciones previas a la combinación de negocios o bien puedan iniciar un acuerdo separado de la propia combinación de forma simultánea, la adquirente identificará estas transacciones que no forman parte de la combinación de negocios y deberán contabilizarse de acuerdo con la correspondiente en las normas generales de registro y valoración, pudiendo originar, en su caso, un ajuste en el coste de la combinación<sup>403</sup>.

Con carácter general, los activos y pasivos, así como los instrumentos de patrimonio emitidos como coste de la combinación, se contabilizarán de acuerdo con las normas de registro y valoración que correspondan en función de la naturaleza de la transacción o del elemento patrimonial<sup>404</sup>.

#### 9.2.9. Aportación no dineraria de rama de actividad (negocio) entre empresas del grupo

La NRV 21ª, titulada *Operaciones entre empresas del grupo*, será de aplicación a las operaciones realizadas entre empresas del mismo grupo tal y como se definen en la Norma 13ª de elaboración de las cuentas anuales antes mencionada. Será indiferente el

---

<sup>403</sup> La consulta 4 del BOICAC nº 102, de 30 de junio de 2015 sobre el tratamiento contable de la segregación de una rama de actividad a una sociedad ya constituida sin que previamente a la operación formen Grupo de sociedades, pero como consecuencia de la misma, sí. Deberá aplicarse, en consecuencia, la NRV 19ª ante la ausencia de grupo previamente (a mayor abundamiento, la operación descrita, en la que la sociedad que adquiere el negocio segregado termina siendo la sociedad adquirida, se califica a efectos de su adecuado tratamiento contable como una “adquisición inversa”. Y, en consecuencia, se deberá aplicar todo lo dispuesto en la NRV 19ª para este tipo de operaciones).

<sup>404</sup> Sin embargo, hay una serie de excepciones a considerar:

- 1) Los pasivos reconocidos como contingencias hasta su cancelación se valorarán por el mayor importe de el que resulte en la norma relativa a provisiones y contingencias y el inicialmente reconocido menos la parte imputada a la cuenta de pérdidas y ganancias
- 2) Los activos por indemnización se valorarán de forma consistente con el elemento que genere la contingencia
- 3) Un derecho readquirido reconocido como inmovilizado intangible debe amortizarse a lo largo del período que reste hasta la finalización del plazo correspondiente a la cesión inicial sin tener en cuenta posibles renovaciones
- 4) En los casos de contraprestaciones contingentes clasificadas como patrimonio neto se mantendrá el valor inicial hasta su finalización; si, por el contrario, se hubiesen clasificado como activo o pasivo, deberá valorarse en todo caso por su valor razonable



grado de vinculación entre las empresas del grupo participantes bastando con que, de acuerdo a lo expuesto, se consideren empresas del mismo grupo.

Con carácter general a este tipo de operaciones le serán de aplicación los criterios generales establecidos, es decir, los elementos objeto de la transacción se contabilizarán inicialmente por su valor razonable, atendiendo siempre a la realidad económica de la operación.

No obstante lo expuesto, cuando los elementos objeto de la transacción deban calificarse como un negocio, se aplicarán una serie de normas particulares. En las aportaciones no dinerarias a una empresa del grupo la entidad transmitente valorará su inversión por el valor contable de los elementos patrimoniales entregados que consten en las cuentas anuales consolidadas en la fecha en la que se realiza la operación. La sociedad adquirente los reconocerá por el mismo importe.

En las operaciones de escisión se seguirán las siguientes reglas:

1. En las operaciones entre empresas del grupo en las que intervenga la empresa dominante del mismo o la dominante de un subgrupo y su dependiente, directa o indirectamente, los elementos patrimoniales adquiridos se valorarán por el importe que correspondería a los mismos en las cuentas anuales del Grupo o subgrupo una vez realizada la operación. La diferencia que pudiera ponerse de manifiesto por la aplicación de los criterios anteriores se registrará en una partida de reservas<sup>405</sup>.
2. En el caso de operaciones entre otras empresas del grupo los elementos patrimoniales adquiridos también se valorarán según sus valores contables en las cuentas anuales en la fecha en que se realiza la operación. En el caso de las escisiones, la diferencia que pudiera ponerse de manifiesto entre el valor neto de los activos y pasivos de la sociedad adquirida y cualquier importe correspondiente al capital y prima de emisión que en su caso hubiera emitido la sociedad absorbente se contabilizará también en una partida de reservas.

---

<sup>405</sup> La consulta 3 del BOICAC nº 85, de 31 de marzo de 2011 (BOICAC 85/2011), donde se recuerda que en caso de que no existan unos valores consolidados del negocio aportado se deben tomar los valores existentes antes de realizarse la operación en las cuentas anuales individuales de la sociedad aportante, salvo que el importe representativo de su porcentaje de participación en el patrimonio neto de la sociedad participada sea superior al precio de adquisición, en cuyo caso, se debe emplear el citado importe.

El ICAC ha resuelto diversas cuestiones sobre situaciones concretas no resueltas en el PGC en las aportaciones de negocio entre empresas del mismo Grupo<sup>406</sup>.

En las operaciones de escisión entre empresas del grupo la fecha de efectos contables será la del inicio del ejercicio que se aprueba la escisión siempre que sea posterior al momento en que las sociedades se hubiesen incorporado al grupo. Si alguna de las sociedades se hubiese incorporado al grupo el mismo ejercicio en el que se produce la escisión, la fecha de efectos contables era la fecha de adquisición<sup>407</sup>.

---

<sup>406</sup> La consulta 9 del BOICAC nº 85, de 31 de marzo de 2011 (BOICAC 85/2011), sobre el tratamiento contable de la aportación no dineraria a una sociedad del grupo, de la inversión en otra sociedad del grupo que constituye un negocio, cuando se produce en sus cuentas individuales una diferencia entre el valor en libros del negocio entregado y el valor de la inversión recibida (que debe valorarse por el valor consolidado de la inversión entregada). La cuestión a dilucidar es si la diferencia de valor que pueda existir entre el valor contable de la inversión aportada y el valor por el que se contabiliza la participación recibida debe reconocerse en la cuenta de pérdidas y ganancias o con abono a reservas. El ICAC considera que debe ser esta última la solución por analogía con el canje de valores.

La consulta 4 del BOICAC nº 85, de 31 de marzo de 2011 (BOICAC 85/2011), que se refiere al tratamiento contable de la aportación no dineraria entre empresas del grupo de un negocio de “valor negativo” en el consolidado del grupo junto con otro de valor positivo. En este caso la adquirente pondrá de manifiesto la asunción de un pasivo en la contabilización, siempre que asuma el compromiso de absorber las citadas pérdidas, y el reconocimiento de la participación por un importe insignificante respecto del negocio de valor negativo. La sociedad aportante dará de baja su participación en las sociedades aportadas y, en su caso, la correspondiente provisión, y reconocerá la inversión por el importe agregado por el que se reconozcan los negocios aportados en la sociedad adquirente.

La consulta 2 del BOICAC nº 123 de 30 de septiembre de 2020 (BOICAC 123/2020) que trata diferentes temas en relación a una escisión parcial de un SA mediante segregación de una RA que constituye un negocio siendo la beneficiaria de nueva creación en relación con el tema del valor, hace una interpretación muy interesante (y práctica) de la NRV. Cuando el valor contable precedente del negocio segregado sea negativo, la correcta interpretación de los criterios recogidos en la NRV 21<sup>a</sup>.2 debe llevar a revisar la valoración del activo hasta un importe equivalente al valor del pasivo asumido más la cifra del capital social mínimo establecido para la forma societaria elegida, de forma que se pueda cumplir con lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital. La diferencia entre el capital social emitido y la cifra de capital social mínimo exigido legalmente se reconocerá en una cuenta de reservas. Al respecto, *vid.* ANDRÉS CASLA, A. (2021). “Operaciones entre empresas del grupo (NRV 21.<sup>a</sup>). Escisión parcial mediante segregación de una rama de actividad que constituye un negocio siendo la sociedad beneficiaria de nueva creación: Análisis de la consulta 2 del BOICAC 123, de septiembre de 2020”, en Estudios financieros. *Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm. 458, págs. 221-228.

<sup>407</sup> La Consulta 13 del ICAC de 31 de marzo de 2011 (BOICAC 85/2011), citada con anterioridad respecto de otros aspectos, trata sobre el registro de los efectos contables en una escisión entre empresas del grupo. Independientemente de que la sociedad beneficiaria de la escisión sea una sociedad preexistente u otra de nueva creación, la fecha de efectos contables será la del inicio del ejercicio salvo que el negocio adquirido se hubiera incorporado al grupo durante el mismo, en cuyo caso, la fecha de efectos contables será la fecha de adquisición. Al cierre del ejercicio la sociedad aportante (escindida) no mostrará ningún gasto ni ingreso del negocio escindido en su cuenta de pérdidas y ganancias. Este régimen mercantil aplicable a las escisiones no se extiende a las aportaciones no dinerarias. Por tanto, el tratamiento de los efectos contables en estas últimas seguirá el criterio general regulado en el PGC. Si la sociedad adquiere el negocio a través de una escisión y al mismo tiempo recibe una aportación no

Si entre la fecha de aprobación de la escisión y la de inscripción en el Registro Mercantil se produce un cierre, la obligación de formular cuentas anuales subsiste para las sociedades que participan en la operación.

En las operaciones de reducción de capital, reparto de dividendos y disolución de sociedades siempre que el negocio en que se materializa la operación permanezca en el grupo, la empresa cedente contabilizará la diferencia entre el importe de la deuda con el socio propietario y el valor contable del negocio entregado con abono a una cuenta de reservas. La empresa cesionaria lo contabilizará aplicando los criterios establecidos con anterioridad para la escisión.

#### 9.2.10. Aportación de créditos

Ya hemos visto las dudas doctrinales y jurisprudenciales en torno a si la capitalización de créditos debe considerarse una aportación no dineraria o bien, en el fondo, es otro tipo de aportación.

Desde un punto de vista contable, entendemos que el criterio debería buscarse en los términos de las aportaciones no dinerarias. No obstante, La consulta 4 del BOICAC nº 89, de 31 de marzo de 2012 (BOICAC 89/2012), se ocupó precisamente sobre el tratamiento contable de una ampliación de capital por compensación de créditos, tanto desde la perspectiva de la sociedad prestamista y prestataria.

La sociedad prestataria reconocerá un incremento de sus fondos propios por el valor razonable de la deuda que se da de baja; si hubiese una reducción significativa del valor del activo, la diferencia se contabilizará como ingreso en la cuenta de resultados. Por su parte, la sociedad prestamista registrará los instrumentos de patrimonio recibidos por el valor razonable de la contrapartida entregada y, en su caso, reconocerá la correspondiente pérdida, salvo que el deterioro de valor del activo ya se hubiera contabilizado en la sociedad aportante en aplicación del criterio del coste amortizado.

---

dineraria, deberá contabilizar estos hechos aplicando a cada componente de la transacción el correspondiente criterio.

La propia consulta 2 del BOICAC nº 123 de 30 de septiembre de 2020 (BOICAC 123/2020), en relación con este tema, ha señalado que, dado que la inscripción en el caso presentado se había producido antes de que finalizase el plazo previsto en la legislación mercantil para formular cuentas anuales, la sociedad beneficiaria debía presentar cuentas anuales recogiendo los efectos de la escisión desde el inicio del año en que se aprobó.

La más reciente Consulta 1 del BOICAC 127 de septiembre de 2021 analiza el tratamiento contable de una ampliación de capital por compensación de deudas. Al respecto GONZÁLEZ GARCÍA<sup>408</sup> tras analizar la misma, subraya que el problema de la contabilización se plantea, desde el punto de vista de los socios, cuando el importe de la ampliación de capital fuese superior al valor razonable de lo aportado (en línea con lo establecido en el art. 133 del RRM). Por el contrario, si el precio pagado por las acciones por los socios es inferior al valor razonable de las mismas no provoca ningún apunte contable en los socios.

#### 9.2.11. Resumen y principio de imagen fiel

Aunque en los distintos apartados hemos visto diferentes operaciones que pueden llevar a un mismo resultado, desde el punto de vista contable, únicamente debemos distinguir aquellos supuestos que precisamente distingue el PGC y ello es así porque los criterios del PGC son criterios finalistas. Es decir, no es tan importante la forma de ejecución como el resultado y a ello nos debemos atener. Por ello, no sería correcto que operaciones con un resultado final idéntico tuvieran un tratamiento diferente debido a la forma mercantil a través de la cual se ejecuten. En este sentido, es un buen ejemplo las operaciones de segregación que, si bien mercantilmente, están desarrolladas dentro del Capítulo III del RDL 5/23 destinado a la escisión y, en caso de ejecutarse bajo ese tipo de operación, deberán cumplir los requisitos exigidos al efecto, la realidad, como hemos explicado reiteradamente, es que el resultado final coincide con otro tipo de operaciones, entre ellas, la más extendida, la aportación no dineraria.

El Apartado 1º, titulado “*Cuentas Anuales. Imagen fiel*” de la Primera Parte del PGC dedicado al Marco conceptual de la contabilidad, señala en su párrafo tercero que “*La aplicación sistemática y regular de los requisitos, principios y criterios contables incluidos en los apartados siguientes deberá conducir a que las cuentas anuales muestren la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa. A tal efecto en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica*”.

Precisamente, a esto nos referimos ya que entendemos que la contabilización no dependerá de la forma jurídica de instrumentar la operación sino de la realidad de la

---

<sup>408</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, Á. (2022). “Sobre el tratamiento contable”, *op. cit*, pág. 195.

misma. De manera que todas aquellas operaciones que representen una aportación de bienes a cambio de acciones o participaciones de la entidad adquirente deberán contabilizarse igual. En este sentido, de acuerdo con el PGC, únicamente deberemos distinguir si la permuta se considerará comercial o no, si lo que se aporta es un negocio o no, si se adquiere el control del mismo y si la operación se realiza entre empresas del grupo o no.

De acuerdo con ello, podríamos presentar el siguiente resumen sistemático del tratamiento contable de las aportaciones no dinerarias en cuanto a su valoración en sede de la adquirente y de la valoración de los títulos recibidos a cambio en sede de la transmitente:

**Supuesto 1:**

Elementos: Individuales

Relación entre sujetos: Independencia

Calificación de la Permuta: Comercial

Adquisición de control: Indiferente

Adquirente: Valor razonable a fecha de suscripción (normalmente equivale al valor escriturado).

Aportante: Valor razonable de los bienes aportados más costes de transacción.

**Supuesto 2:**

Elementos: Individuales

Relación entre sujetos: Independencia

Calificación de la Permuta: No Comercial

Adquisición de control: Indiferente

Adquirente: Valor razonable a fecha de suscripción (normalmente equivale al valor escriturado).

Aportante: Valor en libros de los bienes aportados.

**Supuesto 3:**

Elementos: Individuales

Relación entre sujetos: Grupo

Calificación de la Permuta: Comercial

Adquisición de control: Indiferente

Adquirente: Valor razonable a fecha de suscripción (normalmente equivale al valor escriturado).

Aportante: Valor razonable de los bienes aportados más costes de transacción.

**Supuesto 4:**

Elementos: Individuales

Relación entre sujetos: Grupo

Calificación de la Permuta: No Comercial

Adquisición de control: N/A

Adquirente: Valor razonable a fecha de suscripción (normalmente equivale al valor escriturado).

Aportante: Valor en libros de los bienes aportados.

**Supuesto 5:**

Elementos: Negocio

Relación entre sujetos: Independencia

Calificación de la Permuta: Comercial

Adquisición de control: No Control

Adquirente: Valor razonable a fecha de suscripción (normalmente equivale al valor escriturado).

Aportante: Valor razonable de los bienes aportados más costes de transacción.

**Supuesto 6:**

Elementos: Negocio

Relación entre sujetos: Independencia

Calificación de la Permuta: No Comercial

Adquisición de control: No Control

Adquirente: Valor razonable a fecha de suscripción (normalmente equivale al valor escriturado).

Aportante: Valor en libros de los bienes aportados. Los costes de transacción se reconocen en PL.

**Supuesto 7:**

Elementos: Negocio

Relación entre sujetos: Independencia

Calificación de la Permuta: Comercial

Adquisición de control: Control

Adquirente: Valor razonable a fecha de suscripción (normalmente equivale al valor escriturado).

Aportante: Los instrumentos de patrimonio entregados a cambio se contabilizarán por su valor razonable. Si no cotizan, equivaldrán al valor escriturado.

**Supuesto 8:**

Elementos: Negocio

Relación entre sujetos: Independencia

Calificación de la Permuta: No Comercial

Adquisición de control: Control

Adquirente: Valor razonable a fecha de suscripción (normalmente equivale al valor escriturado).

Aportante: Valor en libros de los bienes aportados. Los costes de transacción se reconocen en PL.

**Supuesto 9:**

Elementos aportados: Negocio

Relación entre sujetos: Grupo

Calificación de la Permuta: Indiferente

Adquisición de control: Indiferente

Adquirente: Valor contable de los elementos entregados en las cuentas anuales consolidadas a fecha de la operación.

Aportante: Valor contable de los elementos entregados en las cuentas anuales consolidadas a fecha de la operación.

9.2.12. Contabilización del impuesto diferido

Los impuestos sobre el beneficio que se deben registrar como gasto por impuesto sobre beneficios son los impuestos directos nacionales o extranjeros que se liquidan a partir de un resultado (normalmente el resultado contable corregido con algunos criterios diferentes entre la normativa contable y la fiscal).

Respecto del PGC 1990, SUAREZ MOSQUERA<sup>409</sup> concluye que, con el nuevo PGC, además de un cambio de filosofía, hay un cambio en la nomenclatura de las cuentas, pero todo ello de poca relevancia.

La regulación está determinada por la NRV 13ª y por la Resolución del ICAC de 9 de febrero de 2016. Se clasifican en:

---

<sup>409</sup> SUAREZ MOSQUERA, C. (2008). "Aspectos principales del nuevo plan de Contabilidad y su efecto en el impuesto sobre sociedades", en *Documentos - Instituto de Estudios Fiscales*, núm.1, págs. 1-33, pág. 18.

1. El impuesto corriente: es la cantidad que debe satisfacer la empresa como consecuencia de la liquidación del impuesto (normalmente el IS en España) y en función de los pagos a cuenta y retenciones practicadas determinará una cantidad líquida a ingresar o a devolver, surgiendo un pasivo si es a ingresar (Hacienda Pública acreedora) o un activo si es a devolver (Hacienda Pública deudora).
2. Activos y pasivos por impuesto diferido.  
Las partidas de Hacienda Pública acreedora y deudora son instrumentos financieros sujetos a la NRV nº 9º del PGC y su tratamiento es completamente distinto al de los impuestos diferidos que veremos a continuación.

Las diferencias temporarias son aquellas derivadas de la diferente valoración contable y fiscal de los activos pasivos y determinados instrumentos de patrimonio que, en la medida que afectan a los ingresos y gastos futuros, afectan a la carga fiscal futura. Las diferencias temporarias se producen normalmente por:

1. Diferencias temporales entre la base imponible y el resultado contable antes de impuestos derivado de criterios temporales de imputación diferentes y que, por tanto, revertirán en los periodos siguientes.
2. En otros casos se producen por:
  - En los ingresos y gastos registrados directamente en el patrimonio neto que no se computaron en la base imponible
  - En una combinación de negocios, cuando los elementos patrimoniales se registran por un valor contable que difiere del valor atribuido a efectos fiscales
  - En el reconocimiento inicial de un elemento que no proceda de una combinación de negocios si su valor contable difiere del atribuido a efectos fiscales.

La valoración fiscal de un activo, pasivo o instrumento de patrimonio propio se denomina base fiscal, pudiendo darse el caso de existir algún elemento con base fiscal, pero sin valor contable de manera que pueda no estar reconocido en el balance.

Por tanto, las diferencias temporarias se clasifican en:

1. Diferencias temporarias imponibles, son aquellas que dan lugar a mayores cantidades a pagar o menores cantidades de devolver por impuestos en ejercicios futuros (normalmente, a medida que se recuperen los activos o se liquiden los pasivos de los que deriva).
2. Diferencias temporarias deducibles, son aquellas que darán lugar a menores cantidades a pagar o mayores cantidades a devolver el futuro a medida que se recuperen los activos.



En general se reconocerá un pasivo por impuesto diferido por todas las diferencias temporarias imponibles excepto que provengan de:

1. el reconocimiento inicial de un fondo de comercio.
2. el reconocimiento inicial de un activo o pasivo en una transacción que no es una combinación de negocios y además no afectó ni al resultado contable ni a la base imponible del impuesto.

En cambio, de acuerdo con el principio de prudencia sólo se reconocerán activos por impuesto diferido en la medida en que resulte probable que la empresa disponga de ganancias fiscales futuras que permitan la aplicación de estos activos.

La valoración de los activos y pasivos por impuesto diferido se realizará según los tipos de gravamen esperados en el momento de su reversión (según la normativa que esté vigente o aprobada y pendiente de publicación en la fecha del ejercicio y de acuerdo con la forma en que racionalmente se prevea recuperar o pagar el activo o el pasivo).

El gasto o el ingreso por el impuesto diferido se corresponderá con el reconocimiento y la cancelación de los pasivos y activos por impuesto diferido, así como la imputación en la cuenta de pérdidas y ganancias del ingreso directamente imputado como patrimonio neto.

En el caso de combinaciones de negocios cuando en la contabilización inicial no se reconocieron separadamente activos por impuesto diferido de la empresa adquirida por no cumplir los criterios de reconocimiento y, posteriormente, proceda a reconocerlos se realizará de la siguiente forma:

1. los activos por impuesto diferido que se reconozcan dentro del periodo de valoración al que hace referencia el apartado 2.6 de la NRV 19ª (sobre combinaciones de negocios)<sup>410</sup> y que procedan de nueva información sobre hechos y circunstancias que existían en la fecha de adquisición reducirán, en su caso, el importe del libro del fondo de Comercio relacionado con la adquisición.
2. los activos por impuesto diferido que se reconozcan después del citado periodo de valoración o dentro del mismo pero que traigan causa de hechos que no existían a la fecha de adquisición no darán lugar al importe en libros del fondo de Comercio

---

<sup>410</sup> Se refiere al período, nunca superior a un año, que se puede llegar a necesitar para concluir el proceso de valoración de una combinación de negocios y que puede estar vigente en el momento de formulación de las cuentas anuales, de manera que estas se formularían con valores provisionales y se corregirían después.

debiendo reconocerse en resultados o, si la norma lo requiere, directamente en el patrimonio neto.

Visto un breve resumen del origen y tratamiento que debe aplicarse con carácter general a las diferencias temporarias, procede analizar las operaciones a realizar en el marco del concepto fiscal de aportaciones no dinerarias para ver el posible impacto sobre las mismas.

Como hemos visto, la NRV 13ª del PGC señala que, normalmente, las diferencias temporarias derivan de la existencia de diferencias temporales entre la BI y el resultado contable por diferencias entre criterios temporales y que, por tanto, pasado un tiempo se llegan a compensar.

Precisamente en las transmisiones de elementos en concepto de AND de RA o AND especial, como comprobaremos en el capítulo siguiente, se produce un desfase entre el valor contable y la base fiscal en la entidad aportante y, en ocasiones, también en la adquirente en diferentes momentos dependiendo de si se aplica el RFE o no (o se aplica con la renuncia del art. 77.2 de la LIS). En base a ello veremos en dicho capítulo si procede o no la contabilización del impuesto diferido.

Conviene resaltar que el criterio de contabilización de los impuestos diferidos en el PGC 1990 y de los activos y pasivos por diferencias temporarias en el PGC no es igual. Así, la Consulta 3, BOICAC n.º 72 de enero de 2008 plantea una operación realizada en vigencia del PGC 1990 por la cual una serie de entidades que no formaban grupo realizaron aportaciones no dinerarias consistentes en la mayoría de las acciones o participaciones en otras sociedades, que pasaron a ser sociedades dependientes de la receptora. En virtud de lo establecido en el PGC 1990 se contabilizó el impuesto diferido correspondiente.

Se trataba de AND de participaciones que otorgaron la mayoría del capital social a la beneficiaria y que, por tanto, de acuerdo con el PGC no deberían contabilizarse pasivos por diferencias temporarias.

De acuerdo con la DT 1ª (primera aplicación del Plan) del Real Decreto 1514/2007 obliga a regularizar esta situación. Como señala GONZÁLEZ SAINZA<sup>411</sup> procederá “en el cierre

---

<sup>411</sup> GONZÁLEZ SAINZA, J. (2008). “Cambio de tratamiento contable respecto al efecto fiscal en aportaciones no dinerarias, en *Estudios financieros. Revista de Contabilidad y Tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm. 304, págs. 145-166.

*del ejercicio contable referente a 2007 y posterior transición a la apertura del ejercicio 2008, con regulaciones contables diferentes, se deberá proceder a dar de baja el Saldo acreedor que presente dicho pasivo por impuestos diferidos, con abono a un cuenta transitoria de Reservas (116) Reservas por ajustes al nuevo Plan General Contable, para, posteriormente, finalizado el proceso de adaptación a la nueva normativa contable, cargar la misma con abono a la cuenta (113) Reservas voluntarias.”*

En relación con el régimen transitorio se tiende a asimilar con el primer ejercicio que se inicie a partir de 1 de enero de 2008 pero como señala, acertadamente, COSÍN OCHAITA<sup>412</sup> “, no debe olvidarse que el régimen transitorio fiscal se basa en el contable de primera aplicación, y que este último, puede aplicarse con posterioridad a la fecha de finalización de dicho periodo, retroactivamente en los supuestos de cambios en criterio contables y subsanación de errores. Por estas dos vías, se va a permitir contablemente y fiscalmente la alteración del régimen de primera aplicación «finalizado» en la fecha última del periodo impositivo iniciado en el 2008”.

## **10. Fecha de imputación de rentas: retroacción contable**

### **10.1. Justificación de su existencia**

SANCHEZ MANZANO<sup>413</sup> define como la práctica de datar los efectos contables de una fusión o escisión antes de la eficacia jurídica de la operación a lo que se ha venido a denominar retroacción contable. El término generalmente más usado ha sido retroacción frente a retrodatación, en nuestra opinión, más correcto desde el punto de vista técnico<sup>414</sup>.

Antes de entrar a valorar esas posibilidades, conviene hacer una reflexión respecto a la razón de existir de la posibilidad de que la fecha a partir de la cual determinadas

---

<sup>412</sup> COSÍN OCHAITA, R. (2009). “Régimen transitorios de implantación de la nueva normativa contable”, en *Crónica tributaria*, núm. 130, págs. 9-24, pág. 24.

<sup>413</sup> SÁNCHEZ MANZANO, J.D. (2013). “Asunción fiscal de la retroacción contable para fusiones y escisiones: análisis del artículo 91 del TRLIS”, en *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm. 361, págs. 1-20.

<sup>414</sup> LARRIBA DIAZ-ZORITA, A, MIR FERNÁNDEZ, C. (2010). “Aspectos contables de la ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, en *Revista de derecho de sociedades*, núm. 34, págs. 167-199, recuerda que es una expresión reconocida por el propio ICAB en la Contestación a la Consulta 1 del BOICAC nº 60 de diciembre de 2004 sobre la incidencia de la retroacción contable de la fusión.

operaciones ya se entienden realizadas, desde el punto de vista mercantil (y, de acuerdo con el art. 91 TRLIS 2004, también a efectos fiscales), no coincida con la fecha de ejecución de la operación.

Nada dice la propia regulación legal sobre la razón de que existiera esta posibilidad. Tampoco los autores se plantearon esta pregunta (ni tampoco se plantearon la posibilidad de la retroacción contable). En nuestra opinión la razón obedece a un problema de valoración: en cualquiera de las operaciones previstas por el Cap. VII se produce una valoración de lo que se transmite y de lo que se recibe a cambio (que en todos los casos son participaciones de una sociedad y, en su caso, una pequeña parte en metálico) bien sea por parte de la propia sociedad transmitente (AND) o por sus socios.

Resulta evidente, y en algunas operaciones más que otras, que desde que se dispone de la información necesaria para realizar la valoración tanto de lo que se transmite como de lo que se recibe a cambio hasta que se toma el acuerdo en Junta de Accionistas (cuando así proceda) y se ejecuta mercantilmente transcurre un periodo de tiempo más o menos largo, durante el cual las valoraciones se han podido modificar. En consecuencia, se trataba de adecuar la fecha respecto de la cual se hace la valoración y en base a la cual se toma el acuerdo a los efectos contables y fiscales de la operación.

El ejemplo más claro sería un supuesto de fusión o escisión en los que era necesario el transcurso de unas semanas (a menudo meses) desde la fecha de cierre contable hasta el efectivo cierre que determine un balance a utilizar a efectos de la fusión y escisión. Una vez obtenido el balance debía formularse por parte del órgano de administración el proyecto de fusión o escisión y proceder a su depósito en el Registro Mercantil correspondiente. A partir de entonces debían convocarse y celebrarse las Juntas de accionistas que aprobaran la fusión. En caso de su efectiva aprobación debían publicarse los anuncios y dejar transcurrir el plazo de oposición de acreedores (1 mes) y, entonces, en su caso, se podría elevar a público el acuerdo de fusión y escisión y, una vez obtenido, depositarlo en el Registro Mercantil, fecha a partir de la cual se entendería producida la fusión o escisión, condicionada a la efectiva inscripción definitiva. Es evidente que, las circunstancias desde la fecha de valoración de las compañías hasta la efectividad de la operación pueden haber variado mucho, lo que, en nuestra opinión, aconseja utilizar como fecha de efectos mercantiles (y, por tanto, contables) una fecha diferente a la de efectividad de la operación y esa fecha, normalmente, coincide con la fecha de cierre de los balances en base a los cuales se calcula la ecuación de canje.

En las operaciones de AND realizadas vía aumento de capital, si bien es cierto que hay una serie de trámites que no deben cumplirse (depósito del proyecto y plazo de oposición de acreedores) no es menos cierto que igualmente se produce un transcurso de tiempo considerable desde la fecha de valoración hasta la efectividad de la operación, por lo que, en nuestra opinión, conceptualmente, podría haber cabido, igualmente, la posibilidad de modificar la fecha de efectos mercantiles (y contables) y, por tanto, fiscales en los supuestos de AND. No obstante, desde el punto de vista legislativo era evidente que no existía esta posibilidad.

La cuestión todavía se complicaba más, cuando nos referíamos a los supuestos en los que, derivado de la aportación no dineraria, se producían operaciones entre la sociedad aportante y la sociedad beneficiaria. La cuestión es si dichas operaciones deberán contabilizarse a partir de que la operación fuera mercantilmente efectiva (fecha de inscripción de la escritura pública) o bien deberá realizarse a partir de la fecha de la retroacción contable. Un ejemplo típico sería el supuesto en el que se aportaba dentro de la parte segregada (bien como rama de actividad, bien, como aportación no dineraria especial) un inmueble que a su vez fuera arrendado a la sociedad aportante.

Se trataba de un problema no contemplado por los autores y, por tanto, no resuelto y tampoco nos consta que haya sido objeto resolución judicial o administrativa alguna. La cuestión es compleja por el hecho de que no se trata de operaciones que en cualquier caso se hubieran producido y en los que únicamente se trataría de atribuir la titularidad de las mismas a la sociedad aportante o a la sociedad beneficiaria, sino que se trata de operaciones que de no haberse producido la aportación no dineraria no habrían llegado a producirse al confundirse en la misma persona los dos sujetos intervinientes en la operación.

Nos encontramos, en consecuencia, con operaciones que no han existido en el tráfico mercantil porque en ese momento los intervinientes en la operación eran un único sujeto, pero que se habría producido en el caso de que la efectividad jurídica de la operación coincidiera con la fecha de efectos contables.

Para resolverlo, debemos acudir al concepto de operaciones que estaba recogido en el art. 235.d) de la LSA. La primera aproximación parece que la norma se refería a un concepto que sugiere una efectiva realización. Cuando se hablaba de operaciones parecía referirse a efectivas entregas de bienes o prestaciones de servicios entre dos o más entidades. Sin embargo, nada permitía negar a priori su aplicación también a las operaciones internas.

La conclusión sobre su aplicación o no a estas operaciones debe alcanzarse a partir de la comprensión de la finalidad de la retroacción contable que no es otra, como hemos explicado, que la adecuación temporal entre la fecha de valoración a la hora de establecer la ecuación de canje (aunque en la AND no haya canje propiamente dicho, el efecto es el mismo) y la fecha de efectividad legal de la operación y su reflejo en la contabilidad. No debemos olvidar que la contabilidad pretende reflejar, a partir de unos criterios objetivos, la realidad de una entidad tanto desde el punto de vista estático (balance) como dinámico (cuenta de resultados). Sería absurdo, en consecuencia, que esa realidad se reflejara incluyendo las operaciones reales con terceros realizadas antes de la fecha de efectividad contable y que, sin embargo, no incluyera las operaciones que se hubieran realizado si en aquel momento ya se tratara de dos entidades jurídicamente separadas<sup>415</sup>. Por tanto, entendemos que esas operaciones también debían ser objeto de contabilización.

## 10.2. Régimen original

El artículo 5.e) de la Tercera Directiva<sup>416</sup> exige que el proyecto contenga una indicación acerca de la fecha a partir de la cual las operaciones de la sociedad absorbida se considerarán, desde el punto de vista contable, como realizadas por cuenta de la absorbente

El art. 12 de la Ley 29/1991 establecía que las entidades que se extinguieran a causa de alguna de las operaciones de reestructuración contempladas en la Ley, concluirían un periodo impositivo el día anterior al que se otorgaban las correspondientes escrituras de fusión y escisión (sólo a ellas parecía poder referirse al mencionar las entidades extinguidas)<sup>417</sup>. En vigencia de la LIS 61/1978 no resultaba especialmente claro en qué casos se producía el cierre del período impositivo y, consecuentemente, el devengo del IS. El art. 21 de la LIS 61/78 señalaba que, con carácter general, el periodo impositivo coincidiría con el ejercicio económico de la entidad y en ningún caso excedería de 12

---

<sup>415</sup> Así por ejemplo en el supuesto de que una entidad aportara unos inmuebles que, a su vez, estuvieran financiados con un crédito hipotecario, sería absurdo que en esa rama de actividad se incluyeran con efectos retroactivos el gasto por intereses, pero no el teórico ingreso por alquileres que se hubiera producido si los inmuebles los estuviera utilizando la entidad aportante.

<sup>416</sup> Tercera Directiva del Consejo, de 9 de octubre de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las fusiones de las sociedades anónimas.

<sup>417</sup> La Directiva no hacía referencia alguna a este tema.

meses; sin embargo, también se entendía concluido el periodo impositivo, entre otros supuestos, cuando se liquidara la cuenta de resultados y en los casos de fusión o disolución de Sociedades.

El propio art. 12 señalaba que, también se producía la conclusión del período impositivo cuando se liquidara la cuenta de resultados. De modo que por un lado clarificaba qué ocurría con las sociedades que se extinguían (finalizaban el periodo impositivo el día anterior a la escritura del negocio jurídico que motivaba su extinción) y con las que no se extinguían (concluían un periodo impositivo al liquidar su cuenta de resultados).

Dado que la LSA, en su art. 235 (a la que se remitía la Ley de SRL en su art. 94), contemplaba indirectamente la posibilidad de que los socios de la entidad escindida y los de la beneficiaria establecieran libremente, a efectos contables, la fecha a partir de la cual las operaciones de las sociedades que se extinguieran<sup>418</sup> deberían considerarse realizadas por cuenta de la sociedad beneficiaria, parecía conveniente que la Ley 29/1991 clarificara si los efectos fiscales debían ser los mismos que los regulados en la normativa mercantil y, por ende, contable. La solución adoptada fue mantener la imputación a las entidades extinguidas por todas las operaciones realizadas por ellas mismas hasta la extinción jurídica de las mismas<sup>419</sup>.

En la medida que, a partir de la LIS 61/1978, en todas las sucesivas LIS (también con la LIS 43/1995), la base imponible del IS se calcula a partir del resultado contable, en el caso de que, derivado de las operaciones de fusión o escisión, contablemente la imputación de las operaciones no coincidiera con la extinción de la sociedad, sería necesario practicar ajustes extracontables en la base imponible tanto de la entidad escindida o fusionada como de la beneficiaria de la escisión o fusión.

El art. 91 del TRLIS 2004 (igual que hacía el art. 105 de la LIS 43/1995), contrariamente al criterio mantenido por la Ley 29/1991, se inclinó por atribuir efectos fiscales a la imputación de efectos contables que se realizara a nivel mercantil, manteniendo la posibilidad exclusivamente para las entidades extinguidas.

---

<sup>418</sup> Lo cual, en principio, parecía limitarlo a las operaciones de fusión y de escisión totales, pues sólo en ellas se produce la extinción de algunas de las sociedades intervinientes.

<sup>419</sup> Así lo recogía el apartado 3 del art. 12 de la Ley 29/1991 al señalar que “Los resultados de las actividades realizadas por las entidades extinguidas se imputarán a ellas, cualquiera que fuera la fecha a partir de la cual sus operaciones se consideren realizadas a efectos contables por cuenta de la entidad adquirente”.

De acuerdo con lo expuesto, una interpretación literal nos llevaría a considerar que este artículo respecto de la imputación de rentas, únicamente resultaba aplicable a las operaciones en las que se producía la extinción de una de las entidades intervinientes respecto de las operaciones realizadas por esa entidad (fusión y escisión total). Sin embargo, de acuerdo con la sistemática de la regulación mercantil y fiscal, haciendo una interpretación lógica de la norma, no creemos que esa deba ser la conclusión alcanzada.

Como ya hemos comentado, la primera referencia a este tema aparecía en el art. 235 de la Ley de SA (dentro de la Sección 2ª del Capítulo VIII referida a la Fusión) que, al referirse el contenido del Proyecto de fusión, exigía que éste contuviera la referencia a *“la fecha a partir de la cual las operaciones de las sociedades que se extingan habrán de considerarse realizadas a efectos contables por cuenta de la sociedad a la que traspasan su patrimonio”*. En el marco de una operación de fusión la transmisión de unos bienes, que forman una unidad económica o no, necesariamente implica la extinción de la sociedad que lo transmite, por lo que, en este ámbito, la referencia a la *sociedad extinguida* equivalía a la *sociedad que traspasa su patrimonio*.

Cuando en el art. 255 de la Ley de SA (dentro de la Sección 3ª del Capítulo VIII referida a la Escisión), tras haberse definido en el art. 252 los dos tipos de escisión (total y parcial) y sus características, se refería al Proyecto de escisión, hacía una referencia genérica al contenido del Proyecto de Fusión y añadía aquellos temas específicos de la escisión.

Por eso la referencia realizada en el marco de la fusión a la sociedad que se extinguía, creemos que debía entenderse referida a la sociedad que traspasaba su patrimonio cuando nos situamos en el marco de la escisión, lo cual incluiría los supuestos de escisión total, en los que efectivamente se extingue una sociedad, y los supuestos de escisión parcial donde, propiamente, no se produce una extinción, pero sí una transferencia de patrimonio.

Este error de la normativa mercantil se producía exactamente igual en el ámbito fiscal<sup>420</sup>. Ocurrió ya con la remisión que el art. 14 de la Ley 76/1980 hacía para escisión en relación

---

<sup>420</sup> Además, no es el único supuesto. DE PABLO VARONA, C. (2002). *La tributación del socio en el I.R.P.F.*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, págs. 717 y 718, señala que el art. 102 de la LIS 43/1995, al referirse a la tributación de los socios en las operaciones de escisión, menciona que los títulos recibidos se valorarán por el valor de los entregados, olvidando que en una escisión parcial no necesariamente deben entregarse títulos si en la sociedad escindida el valor patrimonial supera el valor del capital social. Ello obliga a reinterpretar el art. entendiendo que, en el supuesto de que no haya extinción de ninguna sociedad, la referencia a los valores entregados debe realizarse a los valores de la sociedad escindida.



con la fusión y cuando art. 4.1.II de esta ley fue nuevamente redactado por la disposición adicional sexta del RD Ley 7/1989 y por la disposición adicional cuarta de la Ley 5/1990. El equívoco se mantendría incluso con el cambio de criterio introducido por el art. 12.3 de la Ley 29/1991.

De igual forma que en la escisión parcial, se produce una segregación de patrimonio, en las aportaciones no dinerarias se produce exactamente la misma situación (ya hemos visto que la única diferencia hasta la LME radicaba en la atribución de los títulos). Por tanto, en la medida que hemos concluido que a la sociedad que traspasaba su patrimonio le era aplicable lo referido en el art. 91 del TRLIS 2004), igualmente debería ser aplicable para esa entidad con independencia de a quien se atribuirían las participaciones entregadas a cambio de la parte segregada, es decir, con independencia de si se trata de una escisión o de una aportación no dineraria.

De acuerdo con ello, asumido que el art. 235 Ley de SA se refería también a los supuestos de mantenimiento de la sociedad en una escisión, cabía plantearse si, en vigencia de la anterior LIS y de la LSA y LSRL, en los casos de AND cabía con carácter general la posibilidad de retrodatar la fecha de efectos de la operación. El art. 91 de la LIS se refería a los supuestos de las actividades realizadas por las sociedades extinguidas, sin embargo, tal y como hemos concluido con anterioridad se trataba de una errónea referencia derivada de la original redacción de la regulación mercantil de las fusiones (en las que siempre se extingue, al menos, una sociedad) que se había trasladado al ámbito fiscal. La doctrina, en general, había asumido que la literalidad del art. 91 del TRLIS 2004 únicamente permitía la retroactividad contable en los casos de las sociedades extinguidas que, en la práctica, únicamente afectaba a fusiones y escisiones totales que generaban extinción de sociedades, pero no a escisiones parciales o segregaciones ni, por supuesto, AND<sup>421</sup>.

En consecuencia, omitiendo esa referencia a las sociedades extinguidas debíamos atenernos en cuanto a la referencia del art. 91 del TRLIS 2004a lo previsto en las normas mercantiles. Ya hemos comentado que no existe una regulación mercantil de la AND

---

<sup>421</sup> SOTO LÓPEZ, D. (2015). “Las implicaciones fiscales en el Impuesto sobre Sociedades de los efectos contables retroactivos de fusiones y escisiones tras la entrada en vigor de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre”, en *Revista técnica tributaria*, núm. 111, págs. 91-104.

propriadamente dicha, por lo que a la hora de analizar esta posibilidad deberemos estar en cada caso concreto a la forma en que se ha instrumentado la operación<sup>422</sup>.

El TEAC, en resolución de 30 de mayo de 2012, venía a negar la aplicabilidad del art. 91 del TRLIS 2004 en la medida que dejaba a la voluntad de las partes la determinación de la fecha de retroacción. Consideraba, equivocadamente en opinión de SÁNCHEZ MANZANO<sup>423</sup>, que *“el hecho de que en el régimen especial de diferimiento (...) conceda trascendencia fiscal a la retroacción contable mercantil se explica por su evidente irrelevancia en cuanto que en este régimen especial no tributan las plusvalías de fusión o escisión.”* La realidad es que, coincidiendo con SÁNCHEZ MANZANO, lo que trataba de regular este artículo era el destino de las rentas ordinarias de la entidad que iba a extinguirse.

La sentencia de la AN de 28 de septiembre de 2000 entendió que la eficacia retroactiva del no puede tener efectos fiscales por cuanto se refiere a las sociedades extinguidas y éstas solo lo serán una vez inscrita la misma en el Registro Mercantil. Por tanto, la imputación se realizará de acuerdo con lo previsto en las normas mercantiles.

En lo que a nosotros nos afecta, la Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 4 de octubre de 1994 admitió la licitud de la retroacción en relación con una aportación de rama de actividad, precisando que solo ostentaba efectos internos.

En todo caso opina SANCHEZ MANZANO<sup>424</sup> se deben excluir de los contornos del artículo 91 a los negocios que no provocan extinción de la transmitente, aunque la práctica mercantil ha aceptado asiduamente la retroacción en supuestos de escisión parcial en los que no se produce la referida extinción.

Otros autores, como DÍEZ RODRÍGUEZ<sup>425</sup>, son mucho más flexibles y entienden que *“que la normativa contable (y, por tanto, esta consulta del ICAC<sup>426</sup>) es aplicable a todas las fusiones mientras que la norma fiscal lo es sólo a las fusiones «protegidas».* En nuestra

---

<sup>422</sup> De hecho, SÁNCHEZ MANZANO, J.D. (2013). “Asunción fiscal de la retroacción contable”, *op. cit.*, pág. 7, critica la referencia a las sociedades extinguidas por cuanto, precisamente, las sociedades no están extinguidas cuando en el instante de generación de las rentas, en cuyo momento son sujetos pasivos del IS.

<sup>423</sup> *Ibidem*, pág. 4.

<sup>424</sup> *Ibidem*, pág. 19.

<sup>425</sup> DÍEZ RODRÍGUEZ, S. (2005). “Efectos de la retroacción contable en las operaciones de fusión a raíz de la consulta de BOICAC nº 60 de diciembre 2004”, en *Aranzadi Jurisprudencia tributaria*, núm. 13, págs. 9-10.

<sup>426</sup> En referencia a la Consulta publicada en el BOICAC nº 60 de diciembre de 2004.

*opinión, la norma mercantil debiera entenderse suficiente para dar amparo a la retroacción fiscal de resultados en las fusiones y escisiones protegidas y no protegidas, sin necesidad de que existiera el artículo 91 LIS. Más aún, creemos que debiera ser posible, si se alcanzase tal acuerdo societario, poder aplicar la retroactividad fiscal de resultados en operaciones de escisión parcial y aportación no dineraria y la contabilización debiera entenderse sustento suficiente para dar alcance fiscal a dicha retroactividad”.*

### **10.3. El nuevo PGC y la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles**

Hasta la aprobación de la LIS, convivieron durante varios años la LIS anterior, el TRLIS 2004, que mantenía vigente el art. 91 que permitía la determinación de la fecha de eficacia contable en algunas de las operaciones de reestructuración con el PGC (en vigor desde 2007) y, más adelante, la LME. Sin embargo, la nueva normativa contable y mercantil al respecto modificaba sustancialmente la fecha de efectos contables respecto de la regulación anterior.

La LME, en su art. 31 se refería al contenido del Proyecto de fusión. Entre las menciones que debía contener, el apartado 7º exigía que constase *“la fecha a partir de la cual la fusión tendrá efectos contables de acuerdo con lo dispuesto en el Plan General de Contabilidad.”* El art. 73 LME que regulaba la escisión remitía, con carácter general a la normativa de la fusión. Incluso de manera más precisa el art. 74 que se refería al Proyecto de escisión indicaba expresamente que se deberán incluir todas las menciones que se indicaban para el Proyecto de fusión (junto con otras dos adicionales).

Por su parte, el PGC aprobado en 2007, como ha sido analizado con anterioridad, frente a su predecesor hace constar las fechas de efectividad de los acuerdos de fusión y de escisión. En concreto, como hemos visto, dependiendo de si la operación se realiza entre sociedades pertenecientes al mismo grupo de sociedades previamente o no, se aplicará la NRV 19ª o la NRV 21ª.

En caso de combinaciones de negocios realizados entre empresas que no pertenecen al mismo grupo de sociedades, a través de una fusión o una escisión, el apartado 2.2 de la NRV 19ª señala que la fecha de adquisición será la que la empresa beneficiaria adquiere el control de negocio adquirido. Esta fecha se entenderá, con carácter general, la de la celebración de la Junta de accionistas o socios de la empresa adquirida en la que se

apruebe la operación (aunque se podría incluir en el proyecto una mención a una fecha de control posterior).

Dado que la inscripción es constitutiva tanto en la fusión como en la escisión, las obligaciones legales de todo tipo (incluidas las registrales) se mantendrán en la sociedad adquirida hasta el momento de la inscripción. En esa fecha la sociedad adquirente reconocerá los efectos retroactivos de la operación desde la fecha de adquisición.

En caso de que se trate de operaciones entre empresas del grupo será aplicable la NRV 21<sup>º</sup> que establece, siempre que los elementos objeto de transacción sean negocios, una normativa específica incluso respecto de la fecha de efectos contables. En este sentido el apartado 2.2.2. determina que la fecha de efectos contables (y, por tanto, fiscales, a efectos de determinar la BI del IS) será la del inicio del ejercicio en que se aprueba la fusión siempre que sea posterior al momento en que las sociedades se han incorporado al grupo. Si se hubieran incorporado cualquiera de las sociedades intervinientes con posterioridad, la fecha de efectos contables será la fecha de adquisición. Pese a que no es una referencia absolutamente clara, entendemos, por analogía con el resto de NRV, que es la fecha de adquisición del negocio transaccionado y, por tanto, la fecha en que la Junta de accionistas o socios de la entidad adquirida aprueba la operación.

Es necesario destacar que las diferencias expuestas en estos criterios solo son aplicables en los casos de que lo que se traspasa sean negocios, entre empresas del grupo o no. Si no fuera así, cualquier operación de fusión o escisión no estaría sujeta a estos criterios contables sino, en principio, a los criterios generales de las NRV 1<sup>ª</sup> a 6<sup>ª</sup>.

En nuestro caso, las aportaciones no dinerarias instrumentadas vía segregación, dada la necesidad de que, para su aplicación se trate de una unidad económica (equiparable mayoritariamente al concepto de negocio) deberán acogerse a esta normativa, dependiendo de si las entidades forman parte o no del mismo grupo de empresas.

En caso de instrumentarse a través de una ampliación de capital, tanto la NRV 2<sup>ª</sup> como la NRV 2<sup>ª</sup>, como la NRV 19<sup>ª</sup> y la NRV 21<sup>ª</sup> se refieren a las aportaciones no dinerarias sin establecer fecha específica de efectos contables. Debemos entender que será la de la adquisición de la propiedad en el momento de la inscripción del aumento de capital o, en casos de permuta, en la elevación a público del acuerdo.

Respecto de las menciones en el proyecto de fusión o escisión, es necesario destacar que la LSA permitía, con gran libertad, la determinación de la fecha de efectos contables. Si bien siempre se entendió, desde un punto de vista práctico, que esa libertad sólo

alcanzaba al ejercicio en el que se formalizaba la operación, la realidad es que ese límite vino impuesto más por la doctrina y la práctica que por una conclusión derivada de la legislación aplicable.

La LME, en los artículos citados, limitaba claramente la libertad de los intervinientes. De hecho, era una mención obligatoria para el conocimiento general pero que viene impuesta de manera obligatoria por el PGC, tal y como hemos explicado. El art. 31.7º LME , por remisión al 73, exigía que en el proyecto de escisión se indicase la fecha de efectos contables a partir de la cual tendrá efectos. Frente al anterior PGC, supuso una restricción importante para optar por la retroacción contable<sup>427</sup>.

La cuestión era valorar hasta qué punto la normativa fiscal que mantenía, aparentemente, una cierta autonomía en los contribuyentes para determinar la eficacia contable de estas operaciones se debía entender vigente frente a una normativa contable y mercantil que eliminaba esta autonomía.

El ICAC tuvo ocasión de manifestarse sobre esta cuestión en la Consulta 1 del BOICAC 75 del año 2008, manifestando que *“a partir de la entrada en vigor de la normativa que emana de la Ley 16/2007, cabe concluir que, de acuerdo con el contenido del nuevo Plan General de Contabilidad, aprobado por Real Decreto 1514/2007, conforme a la metodología de registro contable de las fusiones que queden ubicadas en el ámbito de aplicación de la norma relativa a combinaciones de negocios, no puede designarse de forma potestativa una fecha de fusión a efectos contables distinta de la fecha de adquisición del control”*.

La cuestión es que una parte de la doctrina<sup>428</sup> defendía que la posibilidad de determinar autónomamente la fecha de efectos contables seguía vigente para las operaciones acogidas al RFE. Otros, en cambio, entendían que desde la aprobación del PGC, era éste el que determinaba la fecha de eficacia contable de la operación.

En nuestra opinión, la polémica fue un tanto exagerada y provocada por una evidente descoordinación entre la normativa fiscal y mercantil, pero, sobre todo, por una interpretación histórica del art. 91 que, a la luz de la nueva regulación, debía ser objeto de replanteo.

---

<sup>427</sup> SEBASTIÁN QUETGLAS, R., JORDANO LUNA, M. (Coord.), (2021). *Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*, WoltersKluwer España, Madrid, pág. 959

<sup>428</sup> Vid. SOTO LÓPEZ, D. (2015). “Las implicaciones fiscales en el Impuesto sobre Sociedades”, *op. cit.*

La realidad es que siempre ha prevalecido la normativa mercantil (no olvidemos que el PGC es normativa de desarrollo del CCo y, por tanto, también normativa mercantil). Hasta la aprobación del PGC, la normativa mercantil daba una gran autonomía a los sujetos involucrados para determinar la fecha de efectos contables y, con posterioridad, está quedó definida de manera mucho más concreta. La aprobación de la LME, en nuestra opinión, clarificó definitivamente el asunto.

Hay que resaltar que lo que estaba en cuestión era distinguir entre la eficacia jurídica de la operación de la eficacia contable (o económica) con consecuencias evidentemente fiscales y, en función del tiempo de duración (si se trata de entidades reguladas que necesitan autorizaciones especiales a aprobaciones por temas de competencia), con consecuencias también prácticas<sup>429</sup>.

La LIS actual trajo como una de sus novedades la eliminación del artículo, dentro del régimen fiscal especial de reestructuraciones, referido a la imputación de rentas, de manera que no se hace ninguna mención respecto de este tema.

En el preámbulo de la Ley, tras referirse a sus predecesoras, LIS 43/1995 y TRLIS 2004, se dice expresamente que la nueva Ley mantiene la misma estructura del IS, en la que el resultado contable sigue siendo el elemento nuclear de la base imponible y pieza clave para su determinación. No obstante, sí se hacen ciertas modificaciones respecto de la base imponible. Entre ellas, en materia de imputación temporal, se actualiza el principio de devengo en consonancia con lo previsto en el PGC aprobado en 2007.

La exposición de motivos de la LIS no se refiere a ello, pero es muy relevante que desde el TRLIS 2004 se habían producido, las ya citadas, dos grandes modificaciones legislativas en el ámbito mercantil, además de la aprobación del nuevo PGC. En efecto, en 2009 se aprobó la LME y en 2010 el Texto Refundido de la LSC.

La reciente derogación de la LME y su sustitución por el RDL 5/2023 manteniendo el contenido de la anterior de manera generalizada, pero con algunas modificaciones, ha introducido, precisamente, una de éstas en la referencia a la fecha de efectos contables. En efecto, el art. 40 que se refiere al contenido del Proyecto de fusión, aunque también aplicable al de escisión (que ahora será común) debe incluir *“la fecha a partir de la cual la fusión tendrá efectos contables.”*

---

<sup>429</sup> SEBASTIÁN QUETGLAS, R., JORDANO LUNA, M. (Coord.), (2021). *Manual de fusiones, op. cit.*, pág. 1115.

La aprobación del RDL 5/23 eliminando la mención a que esta fecha deberá ser la que se establece en el PGC tal vez suscite alguna duda sobre su interpretación en el futuro entre la doctrina. Dada la obligatoriedad en la aplicación del PGC, no creemos que pueda interpretarse esta ausencia en el sentido de eliminar la remisión al PGC que debemos entender hecha de manera no expresa, pero, igualmente, aplicable. No obstante, en estos casos siempre surge la duda cuando se produce un cambio en la redacción tan claro e innecesario respecto de la voluntad del legislador sobre el tema.

## **11. Sujetos pasivos del Régimen Fiscal Especial**

El art. 7 de la LIS establece el concepto de contribuyente a efectos del IS y, si bien, las personas jurídicas son las primeras entidades de la lista no son, ni mucho menos, las únicas. Por tanto, en principio, deberíamos concluir que a todas ellas les resulta, teóricamente, aplicable el RFE de reestructuraciones de la LIS.

El Capítulo VII, al referirse a las diferentes operaciones de reestructuración, utiliza en todo momento la palabra entidades, término suficientemente impreciso como para poder inferir cualquier interpretación.

La DA 7ª se refiere a la aplicación del RFE a las entidades deportivas. En concreto establece que será aplicable en el supuesto de adscripción de un equipo profesional a una SAD de nueva creación.

La DA 8ª establece que el RFE también será aplicable a las operaciones previstas en el art. 76 (por tanto, no a las aportaciones no dinerarias especiales del art. 87) incluidos los efectos en el resto de tributos afectados a las transmisiones de negocio o de activos o pasivos realizadas por entidades de crédito a favor de otra entidad de crédito, aunque no se correspondan con las operaciones mencionadas en los arts. 76 y 87 LIS.

El art. 7 de la LIS 43/1995 establecía que, entre otros, serán sujetos pasivos del impuesto las personas jurídicas (excepto las sociedades civiles) sin establecer ninguna limitación adicional.

Por otra parte, la Disposición Adicional 1ª de la LIS 43/1995 establecía la posibilidad de que este régimen fiscal sea aplicable a operaciones en que intervengan sujetos pasivos de este impuesto que no tengan forma jurídica de sociedad mercantil, siempre que el resultado producido, desde una perspectiva mercantil, sea similar al de las operaciones encuadradas dentro del régimen especial.

Esta posibilidad se entendía referida básicamente a las Cajas de Ahorro (hoy desaparecidas) y a las entidades parcialmente exentas, en la medida que podían obtener rentas sujetas al impuesto como consecuencia de las transmisiones de elementos de su patrimonio.

De todo lo expuesto se desprende que, pese a que, de acuerdo con la tradición mercantil, las operaciones citadas podrían estar previstas para sociedades mercantiles, existen otras entidades, contribuyentes del IS, que también debieran beneficiarse de este régimen especial. Así quedaba expresamente reconocido por la innecesaria, por repetitiva<sup>430</sup>, D.A. 1ª de la LIS 43/1995.

Igualmente, como ya hemos mencionado, el art. 87, introduce la posibilidad de que el régimen previsto sea igualmente aplicable a empresarios individuales siempre que lleven su contabilidad con arreglo a lo dispuesto en el Código de Comercio. Dado que todo empresario (individual o no) está obligado a llevar la contabilidad en los términos establecidos en el CCo, de acuerdo con la normativa mercantil, parece que todos los empresarios podrían acogerse al régimen especial previsto para estas operaciones, siempre que no incumplieran con las obligaciones establecidas por la normativa mercantil.

Finalmente, el régimen será aplicable a personas físicas, no empresarios, en cuanto a las operaciones de aportación de acciones o participaciones sociales con los requisitos previstos en el apartado 87.1.c).

### **11.1. Sociedades civiles**

Ya hemos visto que el art. 7 del TRLIS 2004 no considera sujetos pasivos del IS a las sociedades civiles (recordemos que tributaban en régimen de atribución de rentas según la LIRPF).

Por otra parte, tanto la Directiva 90/434/CEE como la Directiva 2009/133/CE, según el Anexo, entre las formas de sociedades a las que deberá aplicarse la misma, contempla, junto a las sociedades mercantiles anónima, comanditaria por acciones y limitada, las sociedades nacidas al amparo del derecho administrativo.

---

<sup>430</sup> Esta referencia ya no se incorporó en el TRLIS 2004.



De acuerdo con lo expuesto, parece que en ningún caso debería ser aplicable a las sociedades civiles el régimen protegido de reestructuraciones empresariales. No obstante, entendemos que era posible instrumentar las operaciones deseadas de forma indirecta (i.e. liquidación de la sociedad civil hacia los socios y posterior aportación no dineraria por parte del empresario individual).

No obstante, la DGT en resolución de 21 de julio de 1998 señaló que el régimen previsto en el art. 108 de la LIS 43/1995 (aportaciones no dinerarias especiales) era aplicable a la aportación de la totalidad del patrimonio de una sociedad civil con personalidad jurídica (art. 1669 CC) a otra sociedad mercantil.

El actual art. 7 LIS considera contribuyentes a las sociedades civiles que tengan objeto mercantil, interpretación realizada a partir de la exclusión expresa de las sociedades civiles que no tengan objeto mercantil. Este objeto mercantil, tal y como señala LÓPEZ GETA<sup>431</sup>, se refiere al ámbito de aplicación del CCo, quedando fuera de la aplicación del IS las actividades no reguladas en dicho Código.

El propio López Geta critica amargamente la poco expresiva redacción del art. 7 de la LIS al respecto y de la DT 34 de la propia LIS que dejó el tema de las sociedades civiles totalmente falto de clarificación respecto de la forma de tributación en el IS y que motivó numerosas consultas tributarias cuyas respuestas fueron poco clarificadoras y que acabó motivando una Nota en la página web de la AEAT bajo el título “Novedades 27 de enero de 2016 Cuestiones censales en relación con las sociedades civiles”<sup>432</sup>.

## **11.2. Entidades en régimen de transparencia fiscal**

A partir de la redacción del art. 4<sup>a</sup>.1.a), último párrafo de la Ley 29/1991 se generaron una serie de discusiones respecto de la posibilidad de que las entidades que tributaban

---

<sup>431</sup> LÓPEZ GETA, J.M. (2016). “Las sociedades civiles como contribuyentes en el Impuesto sobre Sociedades”, *Carta tributaria. Revista de opinión*, núm. 12, págs. 95-102.

<sup>432</sup> La propia Nota anunciaba la modificación del artículo 3 de la Orden EHA/451/2008 que finalmente fue instrumentada a través de la Orden HAP/5/2016, de 12 de enero dictada por el ministro de Hacienda y Administraciones públicas, por la que se regula la composición del número de identificación fiscal de las personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica. Concretamente se establece que, para las entidades españolas, el número de identificación fiscal comenzará con una letra, que incluirá información sobre su forma jurídica de acuerdo con las claves que en el propio artículo 3 se relacionan.

en régimen de transparencia fiscal<sup>433</sup> quedaran excluidas de la posibilidad de que les fuera aplicable el régimen protegido establecido en la propia Ley.

La razón de estas discusiones era el debate en torno a si los elementos del patrimonio de estas sociedades contribuían o no a la obtención de rentas que tuvieran que tributar efectivamente en el Impuesto sobre Sociedades. Recordemos que originariamente, las rentas de las sociedades sometidas al régimen de transparencia fiscal se imputaban íntegramente a sus socios de modo que estas entidades, pese a presentar declaración-liquidación por el IS no liquidaban cuota alguna.

Esta redacción de la Ley 29/1991 dio lugar también a numerosas y diversas interpretaciones sobre cómo debía aplicarse el requisito de que los elementos transmitidos contribuyeran a la obtención de rentas que hubieran de tributar por el IS en relación con los elementos no afectos a actividades empresariales.

ARNAU ZOROA<sup>434</sup> entendía que el aplazamiento en la tributación de las rentas puestas de manifiesto en las operaciones que prevé el RFE no podía alcanzar a aquellos patrimonios no destinados a la obtención de rentas (fincas de recreo, embarcaciones deportivas, vehículos automóviles no destinados a la actividad, ...).

En cambio, LÓPEZ IRANZO<sup>435</sup> entendía que, en realidad, los rendimientos de las sociedades transparentes sí integraban la base imponible del IS que, en lugar de ser satisfecho por la propia sociedad, se imputaba a los socios (personas físicas o jurídicas) por lo que el impuesto se traslada y se paga. En la misma línea, LÓPEZ-SANTACRUZ<sup>436</sup> entendía que, dado que las rentas obtenidas no están exentas, sino que tributan a nivel de los socios, el régimen establecido por la Ley 29/1991 era perfectamente aplicable.

---

<sup>433</sup> Este régimen desapareció para los ejercicios iniciados a partir de 1 de enero de 2003, en virtud de las modificaciones introducidas por la Ley 46/2002.

<sup>434</sup> ARNAU ZOROA, F. (1992). "Régimen fiscal de las fusiones, escisiones, *op.cit.*, págs. 200 y ss.

<sup>435</sup> LÓPEZ IRANZO, F. (1992). Adaptación del régimen fiscal de las fusiones y escisiones de empresas, aportaciones no dinerarias de ramas de actividad y canjes de valores a la directiva comunitaria de 23 de julio de 1990, en *Carta tributaria*, núm. 55, pág. 7.

<sup>436</sup> LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J.A. (1992). "Régimen fiscal de las fusiones, escisiones, aportaciones no dinerarias de ramas de actividad y canje de valores", en *Tribuna Fiscal: Revista Tributaria y Financiera*, núm. 19, págs. 54-70.

CADARSO GARGALLO<sup>437</sup>, tras realizar un completo análisis de la norma, concluye en el sentido de que si los socios eran personas jurídicas no tenía sentido negar la aplicación de la norma por cuanto las rentas sí tributaban efectivamente. Por otra parte, si los socios eran personas físicas, la aplicación del art. 19.4 de la LIS 61/1978 debía necesariamente provocar la aplicación de la Ley 29/1991.

ANTÓN BASANTA<sup>438</sup> señalaba que con la redacción de la LIS 43/1995, se abandonó la ambigua exigencia de la Ley 29/91 de que los elementos transmitidos contribuyan a la obtención de rentas que hayan de tributar por el IS. Adicionalmente, en relación con el supuesto de las entidades que tributaban bajo el régimen de transparencia fiscal, la cuestión perdió importancia al señalar el art. 75 de la LIS 43/1995 que las sociedades transparentes debían tributar por este impuesto e ingresar la cuota correspondiente en las mismas condiciones que cualquier otro sujeto pasivo del impuesto (con independencia de que tanto las bases imponibles como las cuotas satisfechas se imputaran a los socios) de forma que para este tipo de entidades, no cabía duda que resultaba de aplicación, si así se deseaba, el régimen fiscal especial.

### **11.3. Sociedades y Entidades patrimoniales**

No cabe duda de que a las sociedades patrimoniales (reguladas en el TRLIS 4/2004) debe serles de aplicación el régimen fiscal especial en la medida que se trata de sociedades mercantiles sin ninguna especialidad y de que son sujetos pasivos del IS que tributan por este impuesto, con independencia que para la determinación de una parte de su base imponible se remitan a la normativa del IRPF.

Sin embargo, precisamente estas especificidades en el cálculo de su base imponible y los tipos que se aplican suponen un tratamiento posterior de la distribución de estos resultados. Por tanto, en la medida que estos resultados se integren en otra entidad que no tributa por este régimen (como reservas o como capital) deberá mantenerse el régimen correspondiente de igual forma a lo que ocurriría si la propia sociedad dejara de tributar bajo el régimen de las sociedades patrimoniales.

---

<sup>437</sup> CADARSO GARGALLO, P. (1993). "La Ley 29/1991: consideraciones al Título I. Procesos de fusión, escisión y aportaciones no dinerarias de ramas de actividad.", en *Actualidad tributaria*, núm. 34, págs. D-561 y ss.

<sup>438</sup> ANTÓN BASANTA, A. (1998). "Capítulo 28. Régimen especial de las fusiones, escisiones, ", *op. cit.*, pág. 1858.

Respecto de las entidades patrimoniales (reguladas en el art. 5 de la LIS), la conclusión sería la misma. Se trata de entidades mercantiles corrientes que, por las características de sus activos y de su actividad, tienen un tratamiento diferenciado en el IS en algunos aspectos pero que, en definitiva, son sujetos pasivos del IS por lo que el RFE les debe resultar plenamente aplicable.

#### **11.4. Sociedades de inversión mobiliaria**

LÓPEZ-SANTACRUZ<sup>439</sup> opina que, en relación a las aportaciones a este tipo de sociedades, que tributan en el tipo reducido del 1% en el IS, como regla general, no se integrará en la base imponible de la entidad transmitente la renta generada con ocasión de la realización de dichas relaciones. El régimen fiscal de diferimiento se justifica en que dicha renta se puede gravar con posterioridad en sede de la entidad adquirente en base al criterio de conservación de valores. En cambio, si la entidad adquirente estuviera exenta en el IS, no existiría posibilidad de grabar aquellas rentas por lo que deben excluirse del régimen de diferimiento.

En los períodos impositivos que se iniciaron a partir del 1 de enero de 2000 se excluyeron de la base imponible las rentas derivadas de la realización de las operaciones amparadas en el régimen especial, aunque la entidad adquirente disfrutase de la aplicación de un tipo de gravamen distinto de la transmitente (como consecuencia de un régimen tributario especial). La renta derivada de la transmisión de estos elementos aportados previamente se entiende generada de forma lineal, salvo prueba en contrario, durante todo el tiempo de tenencia del elemento transmitido. De esta manera la parte de renta generada hasta el momento de realizarse la operación se debe aplicar al tipo de gravamen general y la otra parte en función del tipo correspondiente a la entidad adquirente.

En el caso de las aportaciones dinerarias realizadas a sociedades de inversión mobiliaria, según la regla general, se excluye de la base imponible la renta generada en el momento de la aportación, aunque la entidad adquirente disfrute de un tipo reducido en el IS. No obstante, en el momento en que se produzca la transmisión de sus elementos deberá calcularse que parte de la renta generada, de acuerdo con un criterio lineal, corresponde

---

<sup>439</sup> LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, JA. (2000). *Operaciones de reestructuración empresarial*, op.cit.. pág. 373.

al tiempo de permanencia de elemento en la entidad transmitente, a cuyo tipo deberá tributar esa parte, y que en parte corresponde a la entidad adquirente aplicándose respecto de esa parte del tipo que le corresponde.

La aplicación del criterio de linealidad respecto de la generación de la renta y que prueba en contrario sería admisible, de manera que el sujeto pasivo podrá probar la parte de renta que realmente corresponde a cada uno de los diferentes períodos impositivos mediante cualquier medio de prueba admitido en derecho<sup>440</sup>.

### **11.5. Entidades de tenencia de valores extranjeros**

Los arts. 116 y ss. del TRLIS 4/2004 contemplaban la existencia de las llamadas entidades de tenencia de valores extranjeros (ETVE). Se trataba de entidades cuyo objeto social era la gestión y administración de participaciones en los fondos propios de entidades residentes en territorio español que desarrollen actividades empresariales en el extranjero<sup>441</sup>.

Su régimen fiscal consistía, básicamente, en la no integración en la base imponible de la entidad de las rentas procedentes de sus entidades participadas residentes en el extranjero en la medida en que aquellas rentas deriven de beneficios empresariales contenidos por estas últimas (dividendos o transmisión de dichas participaciones).

Aunque el art. 94 TRLIS 4/2004 (referido a la extensión del régimen a otro tipo de entidades y operaciones) no hacía ninguna referencia, el art. 119.2 del mismo cuerpo legal contemplaba la extensión del régimen previsto en el citado art.94 a las aportaciones no dinerarias de valores representativos de fondos propios de entidades no residentes en territorio español que desarrollasen actividades empresariales en el extranjero, flexibilizando el porcentaje de participación que derivado de dicha aportación se alcance.

---

<sup>440</sup> Con anterioridad a la redacción citada introducida por la Ley de Acompañamiento para el año 2000, la DGT (respuestas a consultas de 1 de marzo de 1998, 10 de septiembre de 1998, 15 de septiembre del 98 y 26 de diciembre del 98) había considerado que no resulta aplicable el régimen especial a la aportación no dineraria realizada a una SIMCAV., No obstante, con la nueva redacción del art. 98.1 de la LIS, parece que estas aportaciones pudieran tener amparo en el régimen especial.

<sup>441</sup> LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, JA. (2000). *Operaciones de reestructuración empresarial, op.cit.* pág.379.

NAVARRO EGEA<sup>442</sup> consideraba que la finalidad última de esta regulación era la política de crecimiento de las empresas españolas en una línea concreta, la creación de sociedades holding por empresas españolas que tengan una presencia significativa en el exterior. Para ello dispensa de la tributación en el momento de la aportación trasladándola a un momento posterior.

Las aportaciones no dinerarias a una ETVE de los valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español disfrutaban del régimen previsto en el TRLIS 4/2004, en el art. 94, cualquiera que sea el porcentaje de participación que dichas aportaciones confieran a los sujetos que realizaban la aportación en el capital de la entidad de tenencia de valores (art. 119.2 de la TRLIS 4/2004). Dicho régimen sólo se aplicaba respecto de la aportación de las participaciones en entidades no residentes a las que fuera aplicable el régimen de exención (art. 21 del TRLIS 4/2004) por los dividendos y plusvalías derivados de dichas participaciones.

En definitiva no se integraban la base imponible de la entidad aportante y la renta puesta de manifiesto con ocasión de la aportación de la entidad de tenencia de valores extranjeros y de las participaciones que aquella otra entidad tenían en el capital de otras entidades no residentes, cumpliendo todas las condiciones establecidas con la excepción de que no se requiere que una vez realizada la aportación se tenga al menos el 5% de participación en el capital de la entidad de tenencia de valores extranjeros. Debíamos entender que incluso cuando las aportaciones sean realizadas por residentes en el extranjero a las mismas les era de aplicación el régimen establecido para las aportaciones no dinerarias especiales del art. 94 del TRLIS 4/2004.

La aprobación de la LIS supuso el mantenimiento del régimen fiscal especial de las ETVE pero algún cambio de redacción en la normativa que los regulaba. De hecho, desapareció el art. 119 relativo a la aplicación del régimen incluyendo la referencia a las aportaciones no dinerarias y la aplicación del RFE.

Dicha desaparición no ha sugerido trabajos ni comentarios doctrinales o administrativos al respecto. En nuestra opinión, dicho cambio debe interpretarse como el mantenimiento de la aplicación del RFE a las ETVE, entre otras razones, porque no hay ninguna que justifique su no aplicación. Sin embargo, si parece perderse la ventaja respecto de que se aplicaría el RFE con independencia del porcentaje que tras la

---

<sup>442</sup> NAVARRO EGEA, M. (1997). *Fiscalidad de la reestructuración empresarial*, op.cit., pág. 96.

aportación obtenga en la entidad participada, teniendo que participar ahora en, al menos, el 5 por ciento para poder acogerse al RFE.

## CAPÍTULO IV. SUCESIÓN RESPECTO DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES TRIBUTARIAS

### 1. Introducción

En el marco de los procesos de reestructuración, la transmisión de una serie de elementos que pueden suponer una rama de actividad, la totalidad de los elementos de la empresa o, simplemente, un conjunto de ellos, obliga a reflexionar sobre la situación de aquellos derechos y obligaciones tributarios de los que fuera titular la entidad transmitente. En este sentido, a modo introductorio, cabe valorar de modo genérico tres destinos posibles sobre estos derechos y obligaciones: su extinción, su transmisión junto con los bienes transmitidos o bien su permanencia en la entidad transmitente si es que ésta subsiste tras la operación.

Con independencia de la existencia del régimen fiscal especial y la referencia que a este tema realiza, se trata de una cuestión que debe valorarse al margen de la aplicación o no de este régimen y, con posterioridad, analizar las diferencias que de la aplicación del régimen pudieran derivarse.

La LGT, dentro del Capítulo II del Título II, dedicado a los Obligados tributarios, incluye dos artículos (arts. 39 y 40), dentro de la Sección 2ª, titulada Sucesores (y antes de la Sección 3ª, titulada Responsables), dedicados a establecer qué ocurre respecto de las obligaciones tributarias a la muerte de las personas físicas, desaparición de las personas jurídicas y entidades sin personalidad.

La LGT 1963, dentro del Capítulo V dedicado a la deuda tributaria del Título II incluía un artículo, el art. 72, dentro de la Sección 5ª dedicada a las garantías, relativo a la sucesión de empresa y que fue objeto de un importante debate doctrinal. Dicho artículo, que será analizado con posterioridad, establecía el régimen de las deudas y responsabilidades tributarias para los supuestos de sucesión en la titularidad de explotaciones y actividades económicas.

Dentro del régimen fiscal especial, el art. 84 de la LIS establece, respecto de las operaciones reguladas en el art. 76 y 87, es decir, fusión, escisión, canje de valores y aportaciones no dinerarias de rama de actividad y aportaciones no dinerarias especiales<sup>443</sup> que, cuando estas operaciones determinen una sucesión a título universal,

---

<sup>443</sup> En vigencia del TRLIS 2004 (también de la LIS 43/1995) el artículo equivalente (en la última redacción, el art. 90) se refería únicamente a las operaciones del art. 83 (actualmente, art. 76) lo que podría



se transmitirán a la sociedad adquirente los derechos y obligaciones tributarias de la entidad transmitente. En caso de que las operaciones no determinen una sucesión a título universal, la transmisión se producirá respecto de los derechos y obligaciones que se refieran a los bienes transmitidos.

Este artículo no es más que el reflejo en la Ley española de lo dispuesto en los arts. 5º y 6ª de la Directiva 90/434/CEE. El citado art. 5º establece que las provisiones o reservas constituidas con exención del impuesto por la sociedad transmitente en su estado de residencia deberán mantenerse en las mismas condiciones por los establecimientos permanentes de la sociedad beneficiaria situados en ese mismo estado miembro asumiendo la sociedad beneficiaria todos los derechos y obligaciones derivados de la operación.

Por su parte, el art. 6º, respecto de las operaciones contempladas en la Directiva, obliga a los Estados a reconocer el derecho a compensar fiscalmente las BIN a los establecimientos permanentes de la sociedad beneficiaria, siempre que también se aplique en el supuesto de que las operaciones fueran realizadas entre entidades de ese mismo Estado.

La Ley 29/1991 tenía un redactado idéntico al de la LIS 43/1995 con una importante diferencia que será objeto de análisis posterior: expresamente no permitía la transmisión de las BIN pendientes de compensar.

La LIS, en sus términos actuales, utiliza dos términos como son “sucesión” y “transmisión” que exigen valorar adecuadamente si se utilizan, desde un punto de vista semántico, de manera precisa, teniendo en cuenta, de manera expresa, lo establecido por la Directiva 90/434/CEE<sup>444</sup>. Por otro lado, junto a lo establecido en el art. 90 de la LIS, la LGT 1963 y el RGR prevén la figura conocida doctrinalmente como “sucesión de empresa” en referencia a la posible exigencia de las deudas y responsabilidades tributarias al sucesor, por cualquier concepto, en la titularidad de una empresa. Deberá

---

entenderse que, en una interpretación literal, dejaría fuera a las aportaciones no dinerarias especiales ya que en el artículo referido éstas no estaban contempladas.

<sup>444</sup> El art. 5 de la Directiva señala: “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que las provisiones o reservas regularmente constituidas con exención parcial o total del impuesto por la sociedad transmitente, a excepción de las procedentes de establecimientos permanentes en el extranjero, sean asumidas, en las mismas condiciones de exención del impuesto, por los establecimientos permanentes de la sociedad beneficiaria situados en el Estado miembro de la sociedad transmitente, en cuyo caso la sociedad beneficiaria asumirá los derechos y obligaciones de la sociedad transmitente”.

analizarse si se trata de dos figuras que se superponen o bien en qué casos será aplicable una o la otra.

## 2. La sucesión en Derecho privado y la autonomía del Derecho Tributario

El concepto de sucesión es un concepto de naturaleza civil. Sin embargo, antes de entrar a analizarlo a partir de esa rama del Derecho y compararlo con el concepto contenido en el Derecho tributario, es necesario valorar si el Derecho tributario tiene la suficiente autonomía para, frente a un mismo concepto jurídico, otorgarle unos efectos diferentes a los que podría otorgarle el Derecho civil. La recepción de conceptos de derecho privado en Derecho tributario significa que la norma tributaria incorpora conceptos propios del derecho civil, pero les da un tratamiento diferente a como lo hace la ley civil, especialmente respecto de la configuración de conceptos civiles como hechos imposables, incluso afectando a conceptos esenciales de la institución jurídica. La cuestión, pues, es si caben en derecho tributario calificaciones autónomas de conceptos civiles.

Coincidimos con Ruibal Pereira<sup>445</sup> en que, en la actualidad, la autonomía del derecho tributario es un hecho evidente, sin que ello suponga desconocer el resto del ordenamiento jurídico en su interpretación. La autonomía del derecho financiero (para algunos sólo del derecho tributario), valorando la necesaria coherencia del ordenamiento jurídico, debe permitir al derecho financiero, ante conceptos jurídicos elaborados por otras ramas del ordenamiento, calificarlos de manera autónoma siempre que esta distinta calificación obedezca a finalidades de naturaleza tributaria.

El mundo del derecho ha debido preocuparse desde el primer momento de regular una situación en la que uno de los sujetos de la relación obligacional desaparecía, de manera que debía buscarse una solución para el conjunto de derechos y obligaciones de los que

---

<sup>445</sup> Ruibal Pereira, L. *“La sucesión en derecho tributario. Especial referencia a la sucesión de empresa”*. Ed. Lex Nova. Valladolid, págs. 42 a 37. La autora señala, en relación al tema de la autonomía del derecho financiero y, de forma más concreta, del derecho tributario, que, si bien en otro tiempo se produjeron encendidas polémicas sobre este aspecto, hoy en día, desde un punto de vista doctrinal, la autonomía de esta disciplina jurídica es admitida de modo generalizado, lo que permite que al mismo tiempo los conceptos iusprivatistas puedan tener significados específicos en derecho tributario. Sin embargo, sí que deben tenerse especialmente en cuenta el análisis de los supuestos en los que el legislador tributario utiliza un concepto civil sin pronunciarse expresamente sobre su alcance en la norma tributaria.

era titular. En los países del *common law*, al fallecimiento de una persona, un liquidador, bajo la supervisión de los tribunales, se encarga de pagar las deudas, cargas e impuestos y, una vez determinado el activo líquido, entregarlo a los beneficiarios. En cambio, en el sistema romano, que es el que sigue nuestro CC, el sucesor va a ocupar el puesto del difunto, y como consecuencia de esta subrogación adquiere tanto los derechos como las obligaciones, el activo y el pasivo (art 661 CC). Las relaciones jurídicas, de esta forma, no se modifican, siguen siendo idénticas, con la sola modificación de haber sido sustituido su titular por otro<sup>446</sup>.

## **2.1. Concepto de sucesión**

Fallecida una persona física se extingue su personalidad de acuerdo con lo previsto en el art. 32 CC, pero sus relaciones jurídicas, sus derechos y obligaciones, subsisten ya que gozan de un determinado grado de autonomía que permite su transmisión, con ciertos requisitos, y según su contenido a sus sucesores, operándose un cambio meramente subjetivo. El heredero, derivado de una transmisión a título universal (en contraposición a la transmisión a título particular) es sucesor de las relaciones jurídicas, activas o pasivas del causante, que no se extinguen por su muerte, o no tengan un destino predeterminado<sup>447</sup>.

De hecho, el concepto de herencia se refiere a todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extinguen por su muerte (art. 659 Cc), esto es, todas aquellas relaciones jurídicas transmisibles que corresponden al causante y no se extinguen por su fallecimiento. Como bien señala GALVÁN GALLEGO<sup>448</sup>, el título de heredero otorga un carácter expansivo y exhaustivo a la herencia, lo que hace que ésta comprenda todas las relaciones jurídicas de las que era titular el causante y que no se extingan por su muerte.

La STS de 17 de febrero de 1981 estableció que, de acuerdo con el art. 661 del Cc, los herederos suceden al difunto, por el solo hecho de su muerte, en todos los derechos y obligaciones, pero puso de manifiesto la falta de una normativa específica sobre un aspecto muy relevante como es la posibilidad de que algunos de los derechos y

---

<sup>446</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. y HERRERA CAMPOS, R. (Directores) *“Sistema de Derecho Civil: Sucesiones”*. Ed Dykinson Madrid 2002 págs. 26 y 27

<sup>447</sup> Vid LLEDÓ YAGÜE, F y HERRERA CAMPOS, R *“Sistema de Derecho ...” op.cit* pág. 335

<sup>448</sup> GALVÁN GALLEGOS, A *“La herencia: contenido y adquisición”* Ed. La Ley. Madrid 2000, pág. 17

obligaciones puedan no ser transmisibles. En este sentido, la jurisprudencia ha venido estableciendo a título enunciativo como excepciones al principio general de la transmisibilidad *“los que en atención a su naturaleza han de tenerse como intransmisibles, como lo han de ser los de carácter público, los intuitu personae, o personales, en razón a estar ligados a una determinada persona, en atención a cualidades que le son propias, como parentesco o confianza, y otras, que por ley o convencionalmente acompañan a la persona durante su vida”*.

Así se excluirían de la sucesión, entre otros, los derechos políticos, los derechos de la personalidad –como el honor, la libertad, la integridad física, etc, aunque sí sea transmisible el ejercicio de acciones para reparación de su daño- el derecho a obtener resarcimiento por daños y perjuicios a causa de la muerte de una persona, cualidades familiares, determinados derechos de carácter vitalicio (i.e. usufructo) o intransmisibles (i.e. derechos de uso y habitación), el derecho de opción personalísimo, etc.

La STS 30 de octubre de 1995 insiste en el concepto de intransmisibilidad al señalar que el derecho a suceder es a título universal, por tanto, *“... la transmisión hereditaria alcanza a todos los derechos consolidados o en vía de consolidación, con ciertas salvedades, como los de carácter público intransmisibles, personalísimos, y los derechos patrimoniales de duración limitada, bien por ley, bien por contrato, a la vida de una persona”*.

RIVAS MARTINEZ<sup>449</sup>, además de establecer los derechos que no pueden integrar la herencia, los clasifica en atención a la causa que motiva esta exclusión:

- a) Por su duración vitalicia: el usufructo (art. 513 CC), el uso (art. 525 CC) y la habitación (art. 529 CC), la renta vitalicia (art. 1808 CC); los derechos obtenidos como beneficiarios en virtud de la legislación de accidentes del trabajo (STS 17 de abril de 1969, Sala de lo Social).
- b) Por su carácter personalísimo:
  - 1- Los derechos de carácter familiar, la patria potestad, la tutela
  - 2- Los derivados de relaciones contractuales consideradas *intuitu personae* como el contrato de trabajo, arrendamiento de obra, mandato, comisión mercantil, comodato, ...

---

<sup>449</sup> RIVAS MARTINEZ, JJ *“Derecho de Sucesiones. Común y Foral”* Ed Dykinson Madrid 1997. pág. 21

- 3- La condición de socio en las sociedades civiles, compañías mercantiles colectivas, ...
- c) Por tener un destino predeterminado, entre otros:
- 1- Bienes donados con pacto de reversión, bienes sometidos a sustitución fideicomisaria.
  - 2- Los bienes referidos en el art. 1321 Cc que se entregarán al cónyuge superviviente.
  - 3- Bienes en los que se verifique la reversión legal o retorno sucesorio (art. 812 Cc)
  - 4- Los derechos políticos (sufragio activo y pasivo), derechos a la función pública (Notaría, registro de la Propiedad) o los derechos inherentes a la condición de nacional o de vecino (referido a los montes comunales) según la STS de 1 de febrero de 1947.

Quedarían otra serie de derechos como los derechos de la personalidad que, conforme hemos visto, si bien no son transmisibles, sí lo son las acciones para obtener la reparación de los daños materiales o morales que se puedan haber causado a los mismos.

Si bien, tanto las STS citadas como la doctrina continúan hablando de intransmisibilidad, en nuestra opinión, no se trataría tanto de la intransmisibilidad de estos derechos como la imposibilidad de su transmisión al extinguirse en el momento del fallecimiento del titular de los mismos. Hablar de intransmisibilidad supone entender que los derechos subsisten a su titular, aunque no puedan ser objeto de transmisión mientras que lo que realmente se produce es una extinción de los mismos en el momento del fallecimiento.

El concepto de sucesión civil vinculado tradicionalmente a los supuestos de sucesión hereditaria ha evolucionado con el paso de los años de forma que se ha ido configurando un concepto genérico de sucesión. La doctrina coincide en un concepto de sucesión en el que los aspectos determinantes de la misma son, sustancialmente, los mismos en todos los casos. La sucesión, desde el punto de vista estrictamente civil, para LÓPEZ y LÓPEZ<sup>450</sup> consiste en el cambio de un sujeto por otro en cualquiera de los polos, activo o pasivo, de una relación jurídica o de un conjunto de ellas: cambio de sujeto que no

---

<sup>450</sup> LÓPEZ y LÓPEZ, A.M. y otros “*Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*” Ed Tirant lo Blanch Valencia, 1999 pág. 25.

afecta al contenido de dicha relación (o relaciones) que continúa siendo el mismo. La sucesión universal consiste en la asunción por parte de un nuevo sujeto pasivo de una vez (*uno actu*) de todas las relaciones jurídicas transmisibles encabezadas por otro titular anterior; esta definición, en opinión de LÓPEZ y LÓPEZ, supone que hay relaciones jurídicas intransmisibles que bajo ningún concepto pueden ser objeto de sucesión, ni siquiera en una sucesión global o universal.

Para RIVAS MARTINEZ<sup>451</sup>, el concepto genérico de sucesión no es otra cosa que colocarse una persona en lugar de otra en una relación jurídica que permanece inmutada en los demás elementos. Por tanto, suceder significa ocupar el lugar anteriormente ocupado por otra persona. Entiende que es necesario que no haya extinción de las relaciones jurídicas anteriores y nacimiento de otras nuevas, sino que la relación debe ser la misma: no puede haber novación.

Como bien señala RUIBAL PEREIRA<sup>452</sup>, tanto el legislador como la doctrina utilizan los términos sucesión o suceder con demasiada vaguedad, lo que conduce en ocasiones a equívocos. Usualmente se utiliza la palabra sucesión para referirse a situaciones que generan un seguimiento en el tiempo de un hecho, cosa o persona que entra en lugar de otro de forma consecutiva desde el punto de vista temporal. Junto a este aspecto temporal existe una dimensión subjetiva determinante: existe un cambio puramente subjetivo en una relación de derecho.

Pese a que RUIBAL PEREIRA<sup>453</sup> señala que la doctrina no es unánime respecto del hecho de que, tras la sucesión, la relación jurídica permanezca idéntica o bien se trata de dos

---

<sup>451</sup> RIVAS MARTINEZ, JJ “*Derecho de Sucesiones...*” *op.cit.* pág. 11

<sup>452</sup> RUIBAL PEREIRA, L. “La sucesión en derecho tributario ...” *op.cit.* pág. 39.

<sup>453</sup> RUIBAL PEREIRA, L. “*La sucesión en derecho tributario ...*” *op.cit.* pág. 44. En este sentido se producen dos corrientes doctrinales:

- a) La primera de ellas estima que la sucesión en sentido amplio puede referirse a una o varias relaciones jurídicas, pero en sentido estricto la sucesión se refiere a la sucesión mortis causa. El concepto amplio estaría basado en la sustitución temporal de un sujeto por otro.
- b) La segunda corriente doctrinal entiende que dentro del concepto amplio de sucesión se integran dos instituciones diferentes: la sucesión y la transmisión. Sólo la sucesión mortis causa es en sí sucesión; los demás supuestos son sólo transmisiones de derechos la distinción entre un supuesto y otro se produce por diversas razones según los autores que lo consideran. Por un lado, algunos autores entienden que en la sucesión deben mantenerse inalterados todos los elementos excepto el sujeto modificado; excepto en la sucesión mortis causa la mutación de sujetos va acompañada de una modificación en el título constitutivo, lo que impide afirmar en estos casos que la relación se mantenga inalterada. Otros autores basan la diferenciación en el objeto sobre el que recae la sucesión o la transmisión; siempre que el objeto fuese una relación jurídica habría sucesión mientras que sí lo que se transmite son derechos se trataría de una transmisión.

relaciones jurídicas distintas pero de contenido similar, mayoritariamente, la doctrina (civilista y tributarista) se inclina por la subsistencia de la relación jurídica original con el único cambio subjetivo inevitable.

VARONA ALABERN<sup>454</sup> se ocupa de la misma discusión para, tras analizar los diferentes argumentos que sostienen cada postura, concluir que no existe una novación extintiva en la medida que la permanencia del régimen jurídico y de la reglamentación de intereses de la obligación originaria impide la sustitución de una obligación por otra. En los mismos términos, para CORTÉS<sup>455</sup>, la sucesión en términos jurídicos supone la transmisión de la titularidad de un derecho de una persona a otra por algún título; de alguna manera supone la continuidad de ese derecho transformándose el titular del mismo. Sucesión es el cambio meramente subjetivo de una relación de derecho, que sigue siendo la misma a pesar de la transmisión. Para MORENO QUESADA<sup>456</sup>, la sucesión opera la sustitución en la titularidad de las relaciones jurídicas que, por lo demás, permanecen idénticas. La sucesión, por tanto, es la subrogación de una persona en los bienes y derechos transmisibles dejados a su muerte por otra.

Así, desde un punto de vista técnico-jurídico, la sucesión se configura como un cambio puramente subjetivo en una relación de derecho sin que ésta sufra variación alguna como consecuencia de la propia sucesión<sup>457</sup>. La sucesión tan solo afecta a los sujetos de una relación jurídica manteniendo invariable el resto de los elementos de la misma y afectando a las situaciones jurídicas derivadas de la propia relación. Este efecto se producirá, además, con independencia de la causa que motive la modificación subjetiva: en todos los casos se tratará de una sucesión. Sin embargo, para que se pueda hablar propiamente de sucesión, el elemento subjetivo modificado debe desaparecer de la

---

En España, tradicionalmente, la doctrina ha utilizado los términos transmisión y sucesión no para diferenciar categorías jurídicas sino para referirse al mismo fenómeno jurídico enfocado desde perspectivas diferentes. Cuando habla de transmisión de derechos se está poniendo énfasis en el derecho que se traspaşa mientras cuando se habla de sucesión de derechos lo que adquiere relevancia es la sustitución de un sujeto por otro; es decir la transmisión y sucesión no se diferencian conceptualmente sino, más bien, por los efectos jurídicos que pueden concurrir con ocasión de la modificación de una relación jurídica.

<sup>454</sup> VARONA ALABERN, J.A. *“Extinción de la obligación tributaria: novación y confusión”* Ed. Lex Nova. Valladolid 1998 (pag 77).

<sup>455</sup> CORTÉS, J.A. *“Responsabilidad tributaria por sucesión en la actividad económica”*. Carta Tributaria (Monografías) número 219 del 15 de febrero de 1995 Ed.: Información y Documentación Tributaria S. L. (pág. 2).

<sup>456</sup> MORENO QUESADA, B (Coordinador) Curso de D Civil T IV D de familia y sucesiones Ed Tirant Lo Blanch Valencia 2002 (pag 363)

<sup>457</sup> RUIBAL PEREIRA, L. *“La sucesión en derecho tributario...”* op.cit. pág. 39.

propia relación jurídica; no se trata de ampliar la posición subjetiva o de priorizar entre ambas, sino que la parte que es sustituida debe desaparecer totalmente de la propia relación.

Podríamos establecer una serie de características en la sucesión que nos ayudarán a determinar su existencia:

- 1.- La sucesión exige el mantenimiento de la relación jurídica originaria; cualquier hecho que permita concluir en una relación jurídica nueva, aunque pueda ser idéntica, impide hablar estrictamente de sucesión.
- 2.- Únicamente es posible introducir una modificación en alguno de los elementos subjetivos de la relación, indistintamente, en la parte activa o pasiva de la misma.
- 3.- El elemento subjetivo modificado exige una sustitución del mismo, desapareciendo por completo de la relación el elemento originario.

En realidad, la utilización poco precisa del término ha supuesto que con la palabra sucesión se esté haciendo referencia a dos categorías diferentes; por un lado, podemos hablar de sucesión en cuanto institución jurídica y, por otro, en cuanto a efectos jurídicos. El efecto sucesorio operará sobre situaciones jurídicas y sobre relaciones jurídicas; estamos hablando de una institución jurídica (sucesión), en cuanto afecta a las primeras, y de un efecto jurídico (efecto sucesorio), en cuanto nos referimos a las segundas.

En la herencia, sucesión más habitual y típica, la adquisición de la cualidad personal de heredero es la causa del fenómeno de la sucesión por el cual el heredero no sólo adquiere los bienes de su causante y sus derechos, sino que también responde de las deudas, incluso con su patrimonio, adquiere la posesión de los bienes e incluso puede intervenir respecto de determinados derechos personales del causante. Todo ello se produce no por un negocio traslativo sino por efecto de la ley.

El efecto sucesorio no debe confundirse con la sucesión como categoría jurídica. Es precisamente esta confusión la que justifica un uso incorrecto del término sucesor para referirse, por ejemplo, al adquirente de cosas y derechos, aplicándolo a las adquisiciones singulares de derechos. El concepto de sucesión no abarca toda sustitución de un sujeto por otro en un derecho objeto de transmisión y, por tanto, el término sucesor no se debe utilizar, por ejemplo, para referirse a adquirentes de cosas y derechos. Así, cuando la ley dice que, en una compraventa, en una cesión de créditos o deudas o en un legado



se produce una sucesión, no se está refiriendo a la institución sino al efecto jurídico. La sucesión no se limita a una transferencia de derechos, sino que implica un colocarse por parte de los herederos en las relaciones jurídicas de que era titular el difunto.

Tanto la muerte de un sujeto como un negocio jurídico pueden producir el llamado efecto sucesorio; es decir, ante una situación jurídica cualquiera, cualquier modificación que en ella produzcan hechos como un legado, una compraventa o cualquier negocio jurídico puede provocar un efecto sucesorio consistente en la sustitución de un sujeto por otro en la situación jurídica, de tal modo que la diferencia entre los elementos jurídicos de la situación inicial y los de la final se produzcan exclusivamente respecto del elemento subjetivo. Cuestión distinta es la determinación de las consecuencias jurídicas y las consecuencias tributarias que pueden derivar de las distintas situaciones en las que se produce un efecto sucesorio, en la medida que en algunas de ellas la relación jurídica se mantendrá mientras que en otras se producirá una novación de la misma.

Como tal efecto jurídico, el efecto sucesorio que puede producirse en una situación jurídica preexistente, se producirá con ocasión de un hecho jurídico, afectando a una o varias situaciones jurídicas. En el caso de la sucesión, el efecto sucesorio tendrá como presupuesto la muerte del causante.

Sin embargo, para parte de la doctrina tampoco es tan evidente la distinción entre sucesión y transmisión, en la medida que el resultado final es idéntico, aunque parece que en el supuesto de la transmisión se incide en mayor medida en el traspaso de derechos de un sujeto a otro mientras que en el caso de la sucesión se incide en la sustitución subjetiva de uno de los elementos integrantes de la relación jurídica.

Otra lamentable confusión que se produce con frecuencia entre dos fenómenos jurídicos distintos es la que destaca BARBERENA BELZUNCE<sup>458</sup>: la transmisión o sucesión en la obligación tributaria y la extensión de la responsabilidad tributaria. El primero de ellos se produce cuando un nuevo deudor se coloca en la posición del anterior que desaparece del lado pasivo de la relación jurídica tributaria. Dos son por tanto las notas esenciales de este fenómeno: subrogación y liberación del anterior titular de la obligación. Por el contrario, la extensión de la responsabilidad tiene lugar en todos

---

<sup>458</sup> BARBERENA BELZUNCE, I. "La responsabilidad tributaria del adquirente de explotaciones económicas y el nuevo Reglamento General de Recaudación". Impuestos (Compendio). Año 1991 Tomo II. Ed: Distribuciones La Ley, S.A., pág. 247.

aquellos casos en los que, en virtud de una norma tributaria, un deudor (sustituto o responsable) entra en la relación jurídica tributaria quedando obligado al pago de la deuda junto a o en lugar del sujeto pasivo contribuyente.

## 2.2. La indisponibilidad del crédito tributario

Desde el punto de vista del encaje en el Derecho Tributario de las conclusiones civilistas respecto a la sucesión, uno de los aspectos más problemáticos es el principio de indisponibilidad de las situaciones jurídicas subjetivas. La vertiente activa de este principio denominado "indisponibilidad del crédito tributario" consiste en que el acreedor no puede disponer del crédito tal como normalmente pueda hacerlo en las relaciones obligatorias de derecho privado. La obligación tributaria es una obligación *ex lege* y ello como consecuencia de los principios de legalidad y reserva de ley que nuestro ordenamiento reconoce al amparo de artículo 31.3 de la Constitución. Dado que la aplicación de la ley es obligatoria para la Administración, ésta estará obligada a cobrar el tributo<sup>459</sup>. Por tanto, la Administración no va a poder adquirir el crédito tributario por una vía diferente a la legal. Desde una perspectiva negativa, este carácter legal impide que la Administración, en cuanto acreedora del crédito tributario, pueda disponer en modo alguno de él, es decir, limita las facultades dispositivas que corresponderían a un acreedor normal. Por tanto, la primacía de la ley en materia tributaria exige que no sea suficiente prohibir todo tributo que no esté previsto por ley, sino que debe extenderse al campo de la aplicación del mismo impidiendo al ente impositor disponer del crédito.

La deuda tributaria es indisponible como así lo consagra el art. 18 LGT<sup>460</sup>, lo que impide, en teoría, su transmisión *intervivos*<sup>461</sup>. Sin embargo, fruto de las operaciones de reestructuración que comentábamos se produce *de facto* una transmisión de esta deuda, por lo que deberá analizarse si estamos ante una transmisión *intervivos* o, propiamente, ante una sucesión *mortis causa*.

---

<sup>459</sup> RUIBAL PEREIRA, L. "La sucesión en derecho tributario ..." op.cit. págs. 74 y 75.

<sup>460</sup> También en el art. 36 de la antigua LGT se indicaba esta indisponibilidad aunque de manera indirecta al prohibir la alteración por actos o convenios entre particulares de la posición del sujeto pasivo y demás elementos de la obligación tributaria.

<sup>461</sup> CAZORLA PRIETO, LUIS M<sup>a</sup>. "Derecho Financiero y Tributario. Parte General" Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra) 2002 3<sup>o</sup> edición pág. 366

La naturaleza indisponible del crédito tributario es esencial en la configuración del concepto de sujeto pasivo. MENÉNDEZ MORENO<sup>462</sup> la incluye dentro de dicho concepto, al señalar que *“son sujetos pasivos quienes por su relación con el hecho imponible resultan obligados por la ley con carácter indisponible al cumplimiento de las prestaciones materiales y formales del tributo”*. Dicha definición permite poner de manifiesto que, como resalta el autor, la ley otorga la condición de sujeto pasivo a sujetos con relaciones jurídicas muy diversas (ejemplos de situaciones muy diferentes serían el IVA y el IP) sin que sea sencillo establecer una regla genérica de asunción; en todo caso, el principio de capacidad económica que debe presidir todo tributo, afectará al concepto de contribuyente<sup>463</sup>.

En esta misma línea MARTIN QUERALT<sup>464</sup> resalta que la nota característica del sujeto pasivo es la de quedar obligado por ley al cumplimiento de las prestaciones tributarias; se caracteriza, por tanto, por su vinculación frente a la Hacienda Pública con independencia de la causa de dicha obligación y, más en concreto, con independencia de si se debe o no a la realización del hecho imponible.

MARTIN QUERALT<sup>465</sup> subraya igualmente la indisponibilidad de las obligaciones y deberes que integran el instituto del tributo si bien señala que diversos preceptos de la LGT 1963 han suscitado dudas al respecto. Los supuestos de responsabilidad del art. 72 de la LGT 1963 o de afección de los arts. 41 y 74 de la misma ley son ejemplo de ello, pero el supuesto más remarcable es el contenido en el art. 89.4 de la LGT 1963 referido a la responsabilidad de los socios o partícipes de sociedades disueltas. Los elementos ciertamente peculiares de este supuesto son, por un lado, la limitación de responsabilidad a la cuota de liquidación por lo que se configura como un supuesto de responsabilidad limitada. Por otro lado, se trata de un responsable en ausencia del sujeto pasivo dado que se ha disuelto, lo que supone una situación novedosa en la medida que, habitualmente, el responsable se sitúa al lado del sujeto

---

<sup>462</sup> MENÉNDEZ MORENO. A. *“Derecho Financiero y Tributario. Parte General”*. Ed. Lex Nova Valladolid 2002. 3ª Ed. pág. 242.

<sup>463</sup> PÉREZ DE AYALA, JL. *“Fundamentos de Derecho Tributario.”* Edersa Madrid 2002 5ª Edición pág. 120 establece una distinción entre sujeto pasivo del tributo (que identifica con contribuyente y sujeto pasivo de la obligación tributaria).

<sup>464</sup> MARTÍN QUERALT, J y otros. *“Curso de Derecho Financiero y Tributario”*. Ed. Tecnos Madrid 2003 14ª Edición. pág. 266.

<sup>465</sup> MARTÍN QUERALT, J y otros. *“Curso de Derecho Financiero ...” op.cit.* pág. 284.

pasivo. MARTIN QUERALT<sup>466</sup> entiende que en este caso no estamos ante un supuesto de responsabilidad sino de auténtica sucesión de la deuda tributaria como así lo confirman los arts. 10.3 y 15.1 RGR al encuadrarlo dentro de los supuestos de sucesión de las deudas tributarias.

Como resalta ARIAS ABELLÁN<sup>467</sup> respecto de la indisponibilidad de las obligaciones tributarias, la Administración, en la relación jurídico-tributaria, ejerce un conjunto de potestades regladas cuando aplica la ley tributaria, sin disponer de ninguna potestad discrecional. El contribuyente, por su parte, debe cumplir, en los términos establecidos por el legislador, su deber de contribución, sin disponer de los elementos que permiten la identificación de un tributo.

Admitir la disponibilidad sería tanto como dejar a la voluntad de los sujetos acreedor y deudor el cumplimiento de la obligación; sólo se permite la disponibilidad respecto de algún elemento no esencial como el aplazamiento del pago, la condonación parcial en casos de insolvencia o una flexibilización en el pago (la dación en pago). Cuestión distinta es que la obligación tributaria pueda conocer una alteración en su deudor por el juego de mecanismos legales o el establecimiento de sujetos pasivos distintos del deudor. Incluso, para CALVO ORTEGA<sup>468</sup>, la indisponibilidad en Derecho Tributario se aplica a la totalidad de las situaciones subjetivas tanto a los sujetos acreedor y deudor como a la prestación propiamente dicha.

APARICIO PÉREZ<sup>469</sup> sistematiza los objetivos del art. 36 de la LGT 1963 que establece la indisponibilidad de las situaciones jurídico-subjetivas con los sujetos pasivos<sup>470</sup>: (i) evitar la traslación contractual pactada por los sujetos pasivos (ii) dar seguridad jurídica a las relaciones entre la Administración y los particulares, (iii) evitar la imposición de condiciones abusivas por parte de los sujetos más fuertes (iv) que los tributos cumplan los fines para los que fueron establecidos (v) conservar la naturaleza del tributo y (vi) disminuir los costes de la Administración.

---

<sup>466</sup> MARTÍN QUERALT, J y otros. "Curso de Derecho Financiero ..." *op.cit.* pág. 285

<sup>467</sup> ARIAS ABELLÁN M<sup>a</sup> D. (AAVV) "Comentarios al LGT y líneas para su reforma" Vol. I Instituto de Estudios Fiscales Madrid 1991. pág. 622.

<sup>468</sup> CALVO ORTEGA, "Derecho Tributario. Parte General" Ed Civitas 5<sup>a</sup> edición Madrid 2001 pág. 75.

<sup>469</sup> APARICIO PÉREZ, A "Sujetos pasivos y responsables tributarios" (AAVV) Ed Marcial Pons. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1997, pág 223.

<sup>470</sup> Dichos objetivos serían plenamente aplicables al actual art. 18 LGT.

No obstante, dicha indisponibilidad debe ser objeto de matización. En opinión de este autor<sup>471</sup> resulta cuestionable que los pactos o convenios entre particulares no surtirán efectos ante la Administración si partimos de que todas las referencias a la indisponibilidad deben realizarse a la luz del art. 24.1 de CE<sup>472</sup>. Por tanto, cualquier persona que tenga un interés legítimo (entre otros supuestos, por haber asumido una obligación por pacto o convenio) deberá, aun no siendo sujeto pasivo, ser considerada como legítima parte frente a la Administración.

Dado que tan legítimo es el interés que proviene de la Ley como de un pacto o contrato se debe concluir que los pactos entre particulares posibilitan a éstos, aun no siendo sujetos pasivos, a intervenir frente a la Administración<sup>473</sup>.

En este sentido la STS de 13 de marzo de 1987, referente al ITPAJD y a la posible traslación voluntaria de la carga impositiva a través de pactos ente particulares, señala que carecen de eficacia para alterar la posición jurídica configurada por la LGT pero ello no significa que en el plano procesal pueda negarse la legitimación para impugnar las liquidaciones a quien ha asumido contractualmente la obligación de pagar la deuda tributaria<sup>474</sup>.

Por otro lado, pese a que tradicionalmente se ha aceptado como un hecho la indisponibilidad de la obligación tributaria, como afirma BERLIRI<sup>475</sup>, no puede considerarse como una característica esencial de la obligación tributaria pues hay numerosos supuestos en los que se produce por parte de la Administración una cierta disposición del crédito<sup>476</sup>; en todo caso, el problema de la indisponibilidad de la obligación tributaria, entendida como la capacidad o incapacidad de dicha

---

<sup>471</sup> APARICIO PÉREZ, A *“Sujetos pasivos ...” op.cit.* pág. 228.

<sup>472</sup> Art. 24.1 CE “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

<sup>473</sup> Vid art. 7.3 de la LOPJ que, apartándose en dicho precepto, constitucional ha dado entrada a los derechos e intereses legítimos de carácter colectivo y no sólo individual.

<sup>474</sup> Vid. también STS de 23 de junio de 1986.

<sup>475</sup> BERLIRI, A. *“Principios de Derecho Tributario”* Vol. II. Editorial de Derecho Financiero, Madrid 1971, pág. 158 y ss.

<sup>476</sup> BERLIRI señala numerosos supuestos de la legislación italiana que permite a la Administración una cierta negociación respecto del crédito tributario. En nuestra legislación podríamos encontrar supuestos similares respecto de los aplazamientos en el pago e incluso en los procedimientos concursales; en este sentido MUÑOZ MERINO, A. *“Privilegios del crédito tributario”* Aranzadi Editorial Pamplona 1996 pág. 201 y ss y también GÓMEZ CABRERA, C *“La concurrencia del crédito tributario: Aspectos sustantivos y Procedimentales”*. Aranzadi Editorial Pamplona, 2000 pág. 222 y ss.

obligación para ser objeto de negocios jurídicos, no debe confundirse con la discrecionalidad de la Administración respecto de la obligación tributaria.

De hecho, GARDE ROCA<sup>477</sup> señala que en el ámbito tributario se pueden encontrar algunos precedentes que, de un modo u otro, con mayor o menor intensidad, aparentan un cierto contenido convencional. Así señala, entre otros:

- a) Los planes de amortización del art. 11.1.d) del TRLIS 2004
- b) Las propuestas de valoración de operaciones vinculadas del art. 16.6 de la LIS
- c) Los convenios recaudatorios del art. 39.2 del Texto Refundido de la LGP y art. 96 del RGR
- d) La tasación pericial contradictoria del art. 52 de la LGT 1963 (que subsiste en el art. 57 LGT)

En la misma línea, ACOSTA ESPAÑA<sup>478</sup> señala que, como resulta del propio art. 36 de la LGT 1963, la indisponibilidad de la Ley Tributaria no es total; no significa que esta relación se convierta en cosa extra comercio. Rechaza, así, la tesis que ve en la indisponibilidad la exclusión plena de cualquier disposición sobre los elementos diversos de la obligación tributaria. Por el contrario, entiende que con el nacimiento de la relación tributaria nace un conjunto de derechos y obligaciones cuyo contenido esencial no puede ser dispuesto, pero que admite una serie de negocios jurídicos sobre algunos aspectos de los mismos, siempre que se mantengan las relaciones inderogables. Por ejemplo, si un testador declara un legado libre de impuestos, ello no significa que el legatario deje, en su caso, de ser contribuyente del impuesto, pero sí que deberá ser reembolsado del importe del mismo.

En lo que a nosotros respecta, nos interesa tanto la disponibilidad o no del crédito tributario como los efectos que la Ley asigna respecto de estos créditos a determinados actos jurídicos. Se trataría en este segundo supuesto de analizar los efectos que supone respecto de los derechos y obligaciones tributarias determinados actos jurídicos en el marco de la autonomía de la voluntad de los sujetos, pero a los

---

<sup>477</sup> GARDE ROCA, JA. (AAVV) *“Convención y arbitraje en el Derecho Tributario”* IEF Marcial Pons, Madrid 1996 pág. 14.

<sup>478</sup> ACOSTA ESPAÑA, R. *“Comentarios a las Leyes Tributarias y Financieras”* Tomo I Editorial de Derecho Financiero EDESA Madrid 1982. pág. 322 y 324.

que la Ley les asigna unas determinadas consecuencias jurídicas, especialmente, en lo que atañe a los créditos y deudas tributarias.

Por tanto, los principios de legalidad y reserva de ley previstos en la Constitución<sup>479</sup>, suponen no sólo que el establecimiento de los tributos debe realizarse por Ley, sino también que la aplicación de los mismos y de las obligaciones que se deriven de ellos debe estar sometida igualmente a la Ley. Como decíamos, ello supone una diferencia importante respecto de las relaciones jurídico-obligacionales derivadas del Derecho Privado en la medida que la Administración no va a tener autonomía alguna para actuar respecto de las mismas, es decir, deberá someterse a lo establecido legalmente y exigir en todo caso el pago de la deuda, teniendo en cuenta las matizaciones realizadas respecto de dicha indisponibilidad. Quiere ello decir que el efecto sucesorio en las relaciones tributarias vendrá derivado exclusivamente del mandato legal sin que la propia Administración y, aún menos, el sujeto pasivo pueda interferir con su voluntad en el propio efecto.

No debe ser objeto de este trabajo analizar la posible sucesión de una de las partes de la obligación jurídico-tributaria como es la Administración en la medida que ello no derivará en ningún caso de las operaciones objeto de estudio. En cambio, si lo es en lo que respecta a la otra parte, el sujeto pasivo.

Respecto a ello, cabe decir, como señala RUIBAL PEREIRA<sup>480</sup>, que la sucesión no sólo puede producirse respecto de la situación de contribuyente, sino también respecto de cualquier otra posición jurídico tributaria posible, como podrían ser los casos de sustituto o responsable de la deuda tributaria. Desde este punto de vista, el análisis a realizar no va a distinguir entre cada una de estas situaciones, sino que se ocupará de la sucesión en cuanto concepto general.

En el caso concreto de la sucesión de las personas jurídicas, es evidente que no podemos hablar de muerte que dé lugar a una sucesión a título universal. No obstante, la personalidad jurídica de estas entidades se las otorga el derecho, de manera que existe un inicio en su existencia jurídica. Paralelamente, cuando se extinguen por las causas legalmente tasadas podemos hablar de una “muerte jurídica”. Sin embargo, como

---

<sup>479</sup> El art. 31 de la Constitución Española de 1978 establece que sólo podrán establecerse prestaciones patrimoniales con arreglo a la Ley.

<sup>480</sup> RUIBAL PEREIRA, L. “La sucesión en derecho tributario ...” op.cit. pág. 104.

señala ARRIBAS LEÓN<sup>481</sup>, para hablar de sucesión de las personas jurídicas, no basta con la desaparición de la entidad, sino que, además, es fundamental que la actividad se mantenga, que continúe ejercitándose bajo una titularidad distinta. Siguiendo a RUIBAL PEREIRA<sup>482</sup>, podemos hablar de sucesión de personas jurídicas cuando una persona jurídica desaparece, siempre que sus situaciones activas y pasivas no se extingan, sino que continúen idénticas salvo la modificación subjetiva operada, lo que significará que otro sujeto pase a ocupar su posición jurídica a todos los efectos.

Dentro de los procesos de reestructuración, la desaparición de la persona jurídica se produce en la fusión y en la escisión total, tal y como ha señalado la doctrina<sup>483</sup>. El Derecho positivo español se refiere únicamente a los casos de disolución y liquidación de las sociedades<sup>484</sup>. Por su parte, la LIS habla de transmisión de todos los derechos y obligaciones en los casos de sucesión universal (entendiendo que se transmiten todos los elementos) y de transmisión de los derechos y obligaciones relativos a los elementos transmitidos en los casos en los que la sucesión no sea a título universal.

Esbozado el concepto de sucesión y su incidencia en el campo del Derecho tributario conviene verificar su traslación al derecho positivo desde dos vertientes. Por un lado, el concepto tradicional de sucesión de empresa y, por otro, el concepto de subrogación contemplado en el Capítulo VII del Título VII de la LIS.

### 3. La sucesión tributaria en la LGT 1963

Con anterioridad a la LGT 1963 ya se plantearon los supuestos de sucesión, aunque de forma individual en la legislación aplicable de cada uno de los tributos. AMORÓS<sup>485</sup> destaca, antes de la vigencia de la LGT 1963, como supuestos de sucesión la sucesión mortis causa civil y los supuestos de cesión de negocio, destacando como ejemplos el

---

<sup>481</sup> ARRIBAS LEÓN, M. "Sucesión de empresas ..." *op.cit.* pág. 87.

<sup>482</sup> RUIBAL PEREIRA, L. "La sucesión en derecho tributario ..." *op.cit.* pág. 224.

<sup>483</sup> Vid. NAVARRO EGEA, M. Tesis Doctoral "El régimen tributario de la Ley 29/91. Una opción para la reestructuración de empresas". Universidad de Murcia. 1995. pág. 504.

<sup>484</sup> El art. 89.4 de la LGT establece que en los casos de sociedades o entidades disueltas o liquidadas sus obligaciones tributarias pendientes se transmiten a los socios que responden de ellas solidariamente y hasta el límite del valor de la cuota de liquidación adjudicada. El art. 15 del RGR, con un tenor similar, establece que los socios responden del pago de las deudas tributarias de las entidades disueltas o liquidadas.

<sup>485</sup> AMORÓS, NARCISO. "Derecho Tributario" Ed. De Derecho Financiero, Madrid 1963, pág. 328 y ss.



Impuesto Industrial (cuota de licencia) en el que este tipo de sucesión se recogía en la Regla 81 de la Instrucción Provisional de 15 de diciembre de 1960 (aunque, en realidad, se trataría de un supuesto de responsabilidad), el Impuesto de Consumos de Lujo (art. 62 de su Reglamento de 6 de junio de 1947) o el Reglamento del Timbre de 22 de junio de 1956 (art. 220.4)

Sin embargo, no fue hasta la LGT de 1963 cuando se elaboró un concepto de sucesión a efectos tributarios de carácter genérico, aunque las referencias que contenía al respecto se realizaron de una forma muy poco sistemática. Por un lado, el art. 89 en sus apartados 3 y 4 se refería a los supuestos de fallecimiento de las personas físicas y de disolución y liquidación de las sociedades. Dicho artículo se encontraba dentro del Capítulo VI del Título I, referido a las infracciones y sanciones tributarias, de manera que la regulación se refería en todo caso a los supuestos de infracciones desconociendo los supuestos de sucesión sin existencia de infracción.

Por otro lado, el art. 72, dentro de la Sección 5ª del Capítulo V, referida a las garantías, se ocupaba de los supuestos de transmisión de las explotaciones y actividades económicas en lo que doctrinalmente se ha venido a denominar *sucesión de empresa*. Su ubicación dentro de la norma ya induce a pensar que, como luego comprobaremos, no se puede hablar de sucesión en estos supuestos.

El RGR (RD 1684/1990), en sus arts. 10.5 y 15, trató de paliar de alguna manera las ausencias de la LGT 1963 sin alcanzar tampoco una regulación completa<sup>486</sup>.

### **3.1. Los supuestos de sucesión**

Definidos los caracteres esenciales de la sucesión, su estudio en el ámbito tributario obliga al traslado de las relaciones entre contribuyente y Administración al ámbito de las relaciones jurídico-obligacionales. Desde el punto de vista subjetivo, la posición activa, normalmente, la ostentará la Administración Tributaria y la posición pasiva el contribuyente, en relación con las deudas tributarias. No obstante, puede perfectamente ser a la inversa en relación con situaciones de ingresos indebidos o incluso con diferentes créditos frente a la Hacienda Pública a ejercer ante la existencia

---

<sup>486</sup> El art. 10.5 establece los límites de responsabilidad de los sucesores mortis causa y de los socios de las entidades disueltas y liquidadas. El art. 15 establece la gestión recaudatoria relativa a los sucesores de entidades o personas fallecidas.

futura de deudas tributarias (bases imponibles negativas, deducciones, bonificaciones, etc.). Nada impide, en principio, que las conclusiones que se alcancen se apliquen por igual respecto de estas obligaciones y derechos tributarios.

El art. 89.3 de la LGT 1963 establecía los efectos de la sucesión *mortis causa* en el ámbito tributario que suponían el reflejo en materia tributaria de la legislación civil. Fruto del principio de personalidad de las sanciones es su exclusión de la deuda tributaria transmitida, como recogía el citado art. 89.3 de la LGT 1963 y el 10.4 RGR.

Respecto de las sucesiones *mortis causa*, MARTÍN QUERALT<sup>487</sup> señala, con buen criterio, que el art. 89.3 de la LGT 1963 que establecía los efectos a la muerte del sujeto pasivo, no era una cláusula genérica para la sucesión *mortis causa* dado que se encuadraba dentro del título genérico regulador de las infracciones, de modo que sería necesario clarificar que ocurre en los supuestos de sucesión *mortis causa* donde no concurren infracciones. Aún sin amparo legal, el art. 10 RGR estableció estos efectos.

No obstante, la aplicación de los arts. 1084 y 1085 CC, aplicables no sólo por la supletoriedad del Derecho Común que establecía el art. 9.2 de la LGT 1963, sino también directamente en cuanto reguladores de la sucesión, permitía configurar un régimen jurídico de la sucesión *mortis causa* en el ámbito tributario. Dicho régimen jurídico, en lo que afecta a las entidades mercantiles, se complementaba con lo previsto en la legislación mercantil, especialmente en la LSA.

Al margen de la regulación concreta del sistema jurídico aplicable, existe una cierta discusión doctrinal respecto de si la transmisión de las deudas tributarias debe estar sujeta al Derecho civil o bien al Derecho Tributario<sup>488</sup>. GONZÁLEZ SÁNCHEZ<sup>489</sup> sistematiza las posturas doctrinales en torno a la autonomía del concepto de sucesión en Derecho Tributario respecto del mismo concepto del Derecho Civil. Así, habría una primera postura sostenida por MIRBACH-RHEINFELD<sup>490</sup> en el que no

---

<sup>487</sup> MARTÍN QUERALT, J y otros. “Curso de Derecho Financiero ...” *op.cit.* pág. 285.

<sup>488</sup> En este sentido LÓPEZ GETA, J. M<sup>a</sup> (“Responsabilidad y sucesión de las deudas tributarias” Rev. Impuestos, Compendio 1989 Ed. Distribuciones La Ley, S.A. pág. 1224) señala que el Derecho tributario acude a conceptos de Derecho privado, pero con la diferencia que la causa de su aplicación no es un acuerdo entre las partes, sino la voluntad de la Ley.

<sup>489</sup> GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M. “La sucesión en la deuda...” *op.cit.* pág. 48 y ss.

<sup>490</sup> MIRBACH-RHEINFELD “*Precis de Droit Financere*” 5<sup>a</sup> Edición (trad. E Bouuche-Leclerq) Giardet Briere. París 1910, págs. 145 y ss. Citado por GONZÁLEZ SÁNCHEZ en “La sucesión en la deuda...” *op.cit.* pág. 48.

habría ninguna diferencia entre una deuda originada en virtud de normas del Derecho Tributario y cualquier otra deuda.

En cambio, BLUMENSTEIN<sup>491</sup>, defiende la equiparación en los supuestos de deudas tributarias ya liquidadas pero su diferenciación en el caso de deudas tributarias pendientes de liquidación, debiendo buscarse el fundamento de la sucesión no en el Derecho Civil sino en la ley tributaria.

Finalmente, Schneider defiende que la sucesión en el Derecho Tributario sólo puede fundamentarse en la propia ley tributaria, ya que las relaciones que las generan exceden al Derecho Civil<sup>492</sup>.

CALVO ORTEGA<sup>493</sup> considera que en la sucesión mortis causa debe aplicarse la legislación civil por lo que concluye que la asunción de esas deudas tributarias no es forzosa en la medida que se puede rechazar la herencia o incluso, aceptarla a beneficio de inventario (todo ello corroborado por la legislación tributaria). Algunos preceptos (art. 71 de la LGT 1963 y 15.2 RGR 1684/90) permitirían sostener que, incluso tras la sucesión, la deuda conserva su carácter público, pero es una afirmación que no resulta clara dado lo anterior.

GALIANO ESTEBAN e IZQUIERDO RIVAS<sup>494</sup> también se plantearon en vigencia de la LGT 1963 qué régimen de responsabilidad se aplicaría a la adquisición por herencia de una explotación económica. Se trata de una cuestión trascendente en la medida que el régimen de responsabilidad es diferente, dado que el heredero:

- Puede limitar su responsabilidad utilizando el beneficio de inventario (aunque el art. 72 de la LGT 1963 también se refiere a esta posibilidad)
- No responde de las sanciones

---

<sup>491</sup> BLUMENSTEIN, E. *“Sistema de diritto delle imposte”* Giuffrè Milano 1954 (trad. Francesco Forte) pags. 59 y ss citado por GONZÁLEZ SÁNCHEZ en *“La sucesión en la deuda...” op.cit.* pág. 48

<sup>492</sup> En *“La successione nei rapporti tributari”* (Casa Editrice. Dott.. E. Jovene. Napoli, 1964), Potito señala que Schneider entiende como autónomas las normas que regulan la sucesión civil y la sucesión tributaria, entre otras razones, porque a normativa civil no contempla en absoluto supuestos derivados de relaciones tributarias. Citado por González Sánchez en *“La sucesión en la deuda...” op.cit.* pág. 49.

<sup>493</sup> CALVO ORTEGA *“Derecho Tributario. Parte General”* Ed Civitas 5ª edición Madrid 2001 pág. 190

<sup>494</sup> GALIANO ESTEBAN, J y Izquierdo Rivas, J *“La responsabilidad tributaria”* Ed. CISS Valencia 1997 (pág. 129).

- Responde de todas las deudas tributarias mientras que el sucesor sólo responde de aquellas derivadas del ejercicio de las explotaciones.

A favor de la aplicación del art. 72 de la LGT 1963 podría argumentarse:

- El art. 72 de la LGT 1963 expresamente se refiere a esta posibilidad.
- El art. 15.2 RGR 1684/90 prevé que el heredero solicite la certificación de deudas prevista en el art. 13 RGR.

A favor de las normas de la legislación civil cabe decir:

- El art. 10.5.b) RGR 1684/90 se remite a la legislación civil para regular la transmisión de las deudas tributarias a los sucesores mortis causa
- El art. 89.3 de la LGT 1963 hace la misma remisión

Finalmente concluyen que debe regirse por la legislación civil por:

- Si el art. 72 de la LGT 1963 es una garantía de pago no tiene sentido que el heredero responda sólo de las deudas de la explotación económica y no de todas porque no respondería a su finalidad.
- El art. 72 de la LGT 1963 está dirigido a prevenir conductas fraudulentas por lo que no cumpliría con su finalidad
- La solicitud de certificación de deudas carece de sentido en la sucesión mortis causa existiendo la posibilidad del beneficio de inventario.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ<sup>495</sup> opina que la obligación tributaria, aunque se transmita, nunca pierde sus características esenciales y las peculiaridades normativas que la acompañan y por ello se ha de operar de acuerdo con su naturaleza y fundamento. En este sentido, entiende que el art. 89.3 de la LGT 1963 sería cuestionable desde el punto de vista constitucional en la medida que, con independencia de la aceptación a beneficio de inventario de la herencia, la transmisión de la obligación tributaria debería tener como límite el patrimonio del causante, no sólo por el principio de capacidad económica, sino por la prohibición del carácter confiscatorio del sistema tributario.

---

<sup>495</sup> GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M. "La sucesión en la deuda..." *op.cit.* pág. 60

Sin embargo, ROMERO GARCÍA<sup>496</sup> considera que esta polémica ya está totalmente superada a favor de la llamada tesis civilista, de forma que las normas que deben aplicarse serían las del Derecho Privado. Pese a que sin duda deben tenerse en cuenta las reglas específicas de Derecho Tributario aplicables a cada supuesto, en este caso confirman las normas de Derecho civil que resultan de aplicación.

En lo que al objeto del presente trabajo se refiere, no cabe duda que esta discusión se simplifica en la medida que una serie de conceptos aplicables desde el punto de vista civilista a las personas físicas no van a ser aplicables a las personas jurídicas. Así, pese a la evidente necesidad de utilizar los conceptos básicos de Derecho Civil aplicables a la sucesión, deberemos valorar en el encaje de éstos en el Derecho Tributario junto a lo establecido en la normativa mercantil.

Parte de la doctrina ha utilizado, en nuestra opinión, erróneamente, el art. 72 de la LGT 1963 en la configuración del régimen jurídico de las sucesiones que, como analizaremos con posterioridad no contempla un supuesto de sucesión pese a su equívoca denominación. Así, por ejemplo, para CARRETERO PÉREZ<sup>497</sup> la sucesión tributaria de personas físicas quedaba regulada por el Derecho Civil y, adicionalmente, el art. 72 de la LGT 1963 admitía que la sucesión se produjera tributariamente sin perjuicio de las limitaciones establecidas por el CC para la herencia aceptada a beneficio de inventario; pero en el caso de la sucesión *intervivos* el art. 72 de la LGT 1963 admitiría el fenómeno.

FERREIRO LAPATZA<sup>498</sup> entiende que la obligación tributaria (entendida desde la doble perspectiva de obligado de la Administración y del administrado en función de las relaciones que el derecho tributario provoca y de los derechos y obligaciones que se derivan de cada uno de ellos) no puede ser analizada a partir de esquemas idénticos a los utilizados en las obligaciones de Derecho Privado, ahora bien, en la medida que la obligación tributaria es una parte del derecho obligacional cuyas raíces son el Derecho privado resulta evidente que el Derecho Privado aportará al estudio la base para su análisis.

---

<sup>496</sup> ROMERO GARCÍA, F. “*Los periodos infraanuales en el Impuesto sobre la Renta*” Ed. Aranzadi. Pamplona 1998. pág. 222.

<sup>497</sup> CARRETERO PÉREZ, A. “*Derecho Financiero*”, Ed. Santillana, Madrid 1968, pág. 426

<sup>498</sup> FERREIRO LAPATZA, JJ. “*Curso de Derecho Financiero español*”. Ed. Marcial Pons. 14ª edición, Madrid 1992, pág. 334.

Respecto de las personas jurídicas, CARRETERO<sup>499</sup> entiende que, a priori, no debería existir sucesión tributaria en la medida que la empresa no tiene personalidad jurídica diferente de su titular. Sin embargo, la propia redacción del art. 72 que, insistimos, no hace referencia a un supuesto de sucesión, le hace concluir que también cabe la sucesión en Derecho Mercantil.

Para PÉREZ ROYO<sup>500</sup>, en el caso de personas jurídicas, la disolución de la sociedad con extinción de su personalidad puede equipararse a la muerte a efectos de la sucesión de los derechos y obligaciones de los mismos. La legislación sobre sociedades y el CCo se ocupa de estos supuestos, pero de manera muy específica de las deudas de estas entidades, es decir, de sus obligaciones, pero no de los derechos de que pudieran disfrutar. La LGT 1963 (y también la nueva) se refieren a los supuestos en los que se haya producido la liquidación y disolución de la sociedad y, sin embargo, no se hayan satisfecho todas las deudas (básicamente, por no haber sido liquidadas, no ser firmes o por ser desconocidas)

El propio FERREIRO<sup>501</sup> indica que existe transmisión de la obligación tributaria cuando un nuevo deudor se coloca como titular de la misma desapareciendo el anterior de la obligación tributaria. Tras recordar que, de acuerdo con el art. 36 de la LGT 1963, la transmisión *intervivos* no puede ser voluntaria, sí puede producirse, en cambio, una transmisión *intervivos* por ministerio de la Ley a partir de una determinada actividad voluntaria a la que la Ley le asigna este efecto transmisivo, como sería el caso de las sociedades disueltas y liquidadas (art. 89 de la LGT 1963).

Siguiendo a SAINZ DE BUJANDA<sup>502</sup>, en el ámbito tributario, por relación jurídica en sentido amplio, debemos entender aquella comprensiva de cuantos vínculos jurídicos produce la aplicación de las normas tributarias entre el ente público y los contribuyentes, distinguiéndola de la relación jurídica en sentido estricto (u obligación tributaria) que sólo comprende el crédito entre el ente público y la consiguiente deuda tributaria a cargo de la persona obligada al pago. Se trata, en

---

<sup>499</sup> CARRETERO PÉREZ, A. “Derecho Financiero”. *op.cit.* pág. 427

<sup>500</sup> PÉREZ ROYO, F. “Derecho Financiero y Tributario. Parte General”, Ed. Civitas, 13ª edición, Madrid 2003, pág. 193

<sup>501</sup> FERREIRO LAPATZA, JJ “Curso de Derecho Financiero español”, Ed. Marcial Pons, 14ª edición, Madrid 199,2 pág. 392

<sup>502</sup> SAINZ DE BUJANDA, F. “Lecciones de Derecho Financiero”, Universidad Complutense de Madrid, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho, Madrid 1993, pág. 194

definitiva, de una relación jurídica de contenido complejo, dentro de la cual deben contemplarse, por el lado activo de las relaciones tributarias, que a las diferentes situaciones de obligación existentes corresponden otros tantos derechos.

En relación con la sucesión en la titularidad de explotaciones (art. 72 de la LGT 1963), SAINZ DE BUJANDA<sup>503</sup> entiende que no se produce una verdadera transmisión de la deuda al no desaparecer de la relación jurídica el obligado al pago original. En cambio, en el supuesto de sociedades disueltas y liquidadas, si se produce una verdadera transmisión al desaparecer la sociedad disuelta de la relación jurídica. La regulación que de este tema se ha producido reglamentariamente choca con los preceptos mercantiles que regulan el régimen de responsabilidad de los socios en las sociedades capitalistas en el que queda excluida la solidaridad propia de las sociedades personalistas.

SAINZ DE BUJANDA<sup>504</sup> sostiene que hay que distinguir entre la potestad del Estado de establecer los tributos y la de exigirlos. En esta segunda parte, el derecho a la percepción de un tributo es de idéntica naturaleza al derecho de cualquier acreedor a una conducta determinada del deudor. No cabe hablar de preeminencia del ente público frente al particular deudor tributario fuera del que representa en sí mismo el derecho subjetivo.

Por tanto, pese a que la sucesión afecta principalmente al lado pasivo de la relación, también puede afectar al activo aunque con un carácter impropio o atípico<sup>505</sup>. Siendo lo habitual la sucesión respecto del obligado tributario, nada impide que la sucesión se produzca respecto del sujeto titular de los derechos tributarios que, tal y como hemos comentado, normalmente será la Administración pero que también puede ser el sujeto pasivo (puede producirse sucesión de derechos tributarios como es el caso del derecho a la devolución de cantidades indebidamente ingresadas<sup>506</sup>).

---

<sup>503</sup> SAINZ DE BUJANDA, F. *“Lecciones de Derecho Financiero” op.cit.* pág. 241 y ss.

<sup>504</sup> SAINZ DE BUJANDA, F. *“Notas de Derecho Financiero”*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid 1975, pág. 38.

<sup>505</sup> Vid. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M. *“La sucesión en la deuda tributaria”*, Ed. Aranzadi. Pamplona 1993, pág. 20 (810.1-47)

<sup>506</sup> GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M. *“La sucesión en la deuda...” op.cit.* pág. 42

### 3.2. La llamada sucesión de empresa

En el marco de la actividad empresarial las referencias a la sucesión en las responsabilidades tributarias se habían producido tradicionalmente a la llamada sucesión de empresa anteriormente referida. Este concepto, ajeno a la teoría jurídica, hace referencia a los supuestos en los que de un modo fáctico (acompañado de un negocio jurídico típico o atípico) se produce una continuidad en la empresa (en el sentido más amplio del término) sustituyéndose el titular de la misma.

La regulación de estos supuestos se encontraba en la LGT 1963<sup>507</sup> y en el RGR<sup>508</sup>. El artículo 72 de la LGT 1963 establecía que las deudas y responsabilidades tributarias

---

<sup>507</sup> - Artículo 72 LGT

“Las deudas y responsabilidades tributarias derivadas del ejercicio de explotaciones y actividades económicas por personas físicas, sociedades y entidades jurídicas, serán exigibles a quienes les sucedan por cualquier concepto en la respectiva titularidad, sin perjuicio de lo que para la herencia aceptada a beneficio de inventario establece el Código Civil.

El que pretenda adquirir dicha titularidad, y previa la conformidad del titular actual, tendrá derecho a solicitar de la Administración certificación detallada de las deudas y responsabilidades tributarias derivadas del ejercicio de la explotación y actividades a que se refiere el apartado anterior. En caso de que la certificación se expidiera con contenido negativo o no se facilitara en el plazo de dos meses, quedará exento de la responsabilidad establecida en este artículo”.

<sup>508</sup> - Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre, que aprueba el Reglamento General de Recaudación, artículo 13:

“1. Las deudas tributarias y responsabilidades derivadas del ejercicio de explotaciones y actividades económicas por personas físicas o jurídicas, o por aquellas Entidades a que se refiere el artículo 33 de la Ley General Tributaria, serán exigibles a quienes les sucedan por cualquier concepto en la titularidad o ejercicio de las mismas.

La responsabilidad alcanza a las deudas liquidadas y a las pendientes de liquidación, originadas por el ejercicio de explotaciones o actividades, incluso las rentas obtenidas de ellas.

2. Esta responsabilidad no es exigible a los adquirentes de elementos aislados de las Empresas respectivas, salvo que las adquisiciones aisladas, realizadas por una o varias personas, permitan la continuación de la explotación o actividad.

3. La responsabilidad del adquirente no releva al transmitente de la obligación de pago. Ambos solidariamente responden de éste.

4. El que pretenda adquirir la titularidad de una explotación o actividad económica, previa la conformidad del titular actual, tendrá derecho a solicitar de la Administración tributaria certificación detallada de las deudas tributarias derivadas del ejercicio de la actividad o explotación de que se trate. En caso de que la certificación se expidiera con contenido negativo o no se facilitara en el plazo de dos meses, quedará el adquirente exento de la responsabilidad establecida en este artículo.

5. No producirán efecto las certificaciones, cualquiera que sea su contenido, si la fecha de presentación de la solicitud para su expedición resultase posterior a la de adquisición de la explotación o actividad económica de que se trate.

6. La exención de responsabilidad, derivada de estas certificaciones, surtirá efectos únicamente respecto de las deudas tributarias para cuya liquidación sea competente la Administración tributaria de la que se solicita la certificación.



derivadas del ejercicio de explotaciones y actividades económicas por personas físicas, sociedades y entidades jurídicas serían exigibles a quienes les sucedieran por cualquier concepto en la respectiva titularidad.

La mención al término sucesión ha suscitado entre la doctrina una cierta controversia en relación a la posibilidad de que fuera este artículo el que de modo efectivo hubiera regulado la sucesión a efectos tributarios. Si bien, en el mejor de los casos, asumiendo que efectivamente estuviera tratando la sucesión en sentido estricto, sólo se estaría refiriendo a una de las vertientes de la relación jurídica puesto que únicamente atiende a los supuestos de obligaciones del sujeto pasivo, pero no a los supuestos de derechos del mismo.

### 3.2.1. Existencia de sucesión

Tradicionalmente, se ha entendido que la sucesión en la titularidad de la explotación de una actividad económica viene matizada por la concurrencia de dos requisitos: una sucesión real por parte del adquirente en el ejercicio de la explotación económica y que la empresa como unidad económica conserve sus características de autonomía.

De acuerdo con la redacción del artículo 72 de la LGT 1963 la sucesión allí definida exigía un relevo en la titularidad de la explotación económica. Debía transmitirse un todo organizado que permitiera un funcionamiento empresarial, es decir, que facilitase la continuidad de la actividad. Para ALLER<sup>509</sup>, el sucesor era el continuador de la industria o actividad, que disfruta de los beneficios derivados del previo funcionamiento de la misma de forma que esta continuidad debía traducirse también en una continuidad tributaria.

Para BARBERENA<sup>510</sup>, el supuesto de hecho que determinaba la aplicación de la norma contenida en el artículo 72 LGT era la sucesión en la titularidad de las explotaciones o actividades económicas, es decir, la transmisión de la titularidad de la empresa, entendida ésta como unidad económica, como conjunto de elementos personales y patrimoniales adscritos a una finalidad de naturaleza económica y que constituían una

---

7. El procedimiento para exigir la responsabilidad a que se refiere este artículo será el regulado en el apartado 3 del artículo 12 de este Reglamento”.

<sup>509</sup> ALLER, C. “La responsabilidad por sucesión en el ejercicio de explotaciones o actividades económicas”. Carta Tributaria, 1974, pág. 25.

<sup>510</sup> BARBERENA BELZUNCE, Í. “La responsabilidad tributaria del adquirente ...” op.cit. pág. 267)

unidad orgánica en funcionamiento. Así pues, no era suficiente la transmisión de elementos aislados de la empresa por muy importantes o esenciales que fueran para el desarrollo de la actividad, sino que debía tratarse de la transmisión de la empresa en bloque, es decir, entendida en sentido unitario u organicista.

BARRACHINA<sup>511</sup> insistía en que el objeto de la transmisión era siempre una explotación o actividad económica, entendiendo por tales un concepto de empresa e identificado por la doctrina con la idea de universalidad, es decir, con un conjunto o complejo organizado y en funcionamiento de bienes servicios personales dirigidos, con la característica de habitualidad, a la obtención de un lucro derivado de la actividad mercantil. No podía existir sucesión empresarial cuando la pretendida sucesión empresarial tenía lugar por medio de un contrato de arrendamiento, pues en este caso, no existía cambio alguno de titularidad, sino que existiría dicho cambio en el ejercicio de la actividad como explotación económica, pero se exigía un cambio en la titularidad jurídica de la empresa, aun incluso cuando se continuase la misma actividad, en el mismo local, con el mismo nombre comercial y con los mismos empleados debía acreditarse pues, un verdadero traspaso en sentido jurídico y no estrictamente económico de la titularidad aparente<sup>512</sup>. De acuerdo con esta interpretación restrictiva del título en base al cual se llevó a cabo la sucesión, la sucesión empresarial, en los términos regulados en el artículo 72.1 de la LGT 1963, exigía el traspaso jurídico y efectivo de la dirección y gestión de un negocio de una persona a otra, tanto física como jurídica.

Así, en principio, la transmisión de bienes aislados no representaba la sucesión de responsabilidad. Hemos de convenir, no obstante, que cuando las adquisiciones aisladas realizadas por una o varias personas permitían la continuación de la explotación o actividad también existía sucesión de la responsabilidad tributaria por el adquirente. En este sentido, la adquisición de elementos aislados podría encubrir la adquisición de la totalidad de la actividad empresarial y, por tanto, resultaría exigible la responsabilidad al adquirente por las deudas de la transmitente. Es evidente, no obstante, que, en los supuestos de adquisición de una serie de elementos, la determinación de la sucesión se hacía más difícil de concretar, ya que resultaba difícil probar que dichos elementos transmitidos provocaban una “solución de continuidad” en el ejercicio de las actividades

---

<sup>511</sup> BARRACHINA JUAN, E. “Responsabilidad tributaria del adquirente de una empresa: supuesto regular de sucesión”. Gaceta Fiscal. Número 169 del 1 de octubre de 1998. Ed. Gaceta fiscal, S.A. pág. 71.

<sup>512</sup> En este sentido, también la STS de 8 de marzo de 1995.

(personal, altas en Hacienda y Seguridad Social, identidad de proveedores, etc.). En estos casos, se planteaba un grave problema de determinación de si los elementos del activo empresarial adquirido constituían los más importantes elementos integrantes de la Empresa o permitían la continuación de la explotación de la actividad.

Los pronunciamientos de los Tribunales y la Administración determinaron que no bastaba para la existencia de la sucesión de la responsabilidad la adquisición de un elemento aislado y solo del negocio, aunque fuera importante y esencial, si con él no se podía continuar el ejercicio de la actividad realizada anteriormente. Si no se diera esa “solución de continuidad”, la simple adquisición de activos y pasivos no determinaría la sucesión en la responsabilidad de las deudas y responsabilidades tributarias.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de fecha 25 de febrero de 1984, tras considerar que la sucesión debía tener carácter jurídico, es decir, que existiera una relación jurídica por la que el sucesor reciba todo o parte de la titularidad del transmitente, entendió que “ (...) *habrá sucesión de empresa cuando subsista la misma actividad y la misma universalidad de los elementos que la integran aunque haya cambiado la titularidad, y siempre que ese cambio de titularidad sea consecuencia de un negocio jurídico perfeccionado entre la empresa sucedida y la sucesora*”<sup>513</sup>.

En términos similares, la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 7 de diciembre de 1994, consideró que para que se entendiera producida la sucesión era necesaria la concurrencia de determinados requisitos como son<sup>514</sup>:

- Subsistencia de la ubicación.
- Mismo domicilio social y clase en la actividad.
- Identidad del objeto social.
- Identidad de los elementos personales de la empresa (trabajadores, clientes, etc.).

Asimismo, la STS de fecha 31 de octubre de 1992 especificaba que para que se produjera la sucesión en las deudas tributarias era necesaria la existencia de una sucesión en la

---

<sup>513</sup> En idéntico sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de fecha 11 de mayo de 1995.

<sup>514</sup> El TEAC ha mantenido un criterio similar. Así, las resoluciones de fechas 06/04/1994, 25/10/1995, 23/07/1996 o 4/12/1996 exigían para hablar de sucesión de empresa los mismos requisitos referidos por la Audiencia Nacional. Sin embargo, previamente, en resolución de 10/06/1992 exigió además del concepto genérico de relación directa entre el obligado al pago y el sucesor en la titularidad, que se tratara de deudas y responsabilidades tributarias (aspecto éste evidente).

titularidad que pudiera identificarse con una sucesión en la empresa, esto es “(...) en el conjunto de bienes personales y materiales que la constituyen, lo que evidentemente no puede ser equiparado a la mera sucesión en un contrato de arrendamiento, pero con bienes, personal y organización totalmente distintos de la antigua empresa, que es la deudora a la Hacienda Pública”<sup>515</sup>.

De acuerdo con las disposiciones de la LGT y los principios del Derecho Civil, la sucesión en la titularidad de los derechos (y responsabilidades) se produce por diversos títulos jurídicos entre los que se encuentran la donación, la sucesión testada e intestada y los contratos<sup>516</sup>.

BARBERENA<sup>517</sup> señalaba que, si bien la generalidad de los autores admitía la finalidad de garantía a que responde el instituto de la responsabilidad tributaria, existía también una clara divergencia entre unos sectores que concebían la responsabilidad tributaria como una medida de aseguramiento del crédito pero en sentido amplio, y aquellos otros que, por el contrario, no dudaban en calificarla como garantía en sentido técnico, más en concreto, como un derecho accesorio de garantía que guardaba profundas semejanzas con la típica garantía de naturaleza personal que opera en el ámbito contractual: la fianza.

Otro tema controvertido y objeto de discusión era determinar si cuando el artículo 72 de la LGT 1963 hablaba de sucesión se estaba refiriendo a la sucesión por cualquier concepto en la titularidad de la empresa o bien a la sucesión en el ejercicio de la explotación o actividad. La discusión no era intrascendente en la medida que titularidad y ejercicio no siempre debían coincidir pudiendo estar dissociadas en dos sujetos o incluso producirse una sin la otra. El art. 72 de la LGT 1963, con cierta imprecisión,

---

<sup>515</sup> En otros términos, la citada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de fecha 11/05/1995, dispone asimismo que “En consecuencia, habrá sucesión de empresa cuando subsista la misma actividad y la misma universalidad de los elementos que la integran aunque haya cambiado la titularidad, y siempre que ese cambio de titularidad sea consecuencia de un negocio jurídico perfeccionado entre la empresa sucedida y la sucesora”.

<sup>516</sup> A este respecto, señala Cortés (CORTÉS, J.A. “Responsabilidad tributaria por sucesión en la actividad económica” Carta Tributaria (Monografías) número 219 del 15 de febrero de 1995 Ed: Información y Documentación Tributaria S. L. pág. 2) que la sucesión en la titularidad de los derechos se produce por diversos títulos jurídicos en este sentido el artículo 609 del código civil señala que “la propiedad de los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada intestada y por consecuencia de ciertos contratos mediante la adición”.

<sup>517</sup> BARBERENA BELZUNCE, Í. “La responsabilidad tributaria del adquirente de explotaciones económicas y el nuevo Reglamento General de Recaudación” Impuestos (compendio). Tomo II. Año 1991 Ed: Distribuciones La Ley, S.A., págs. 247.

utilizaba ambos conceptos al referirse a “(...) quienes les sucedan (...) en la respectiva titularidad (...)”.

La Doctrina Científica que a ello se refería<sup>518</sup> se manifestaba en el sentido de que en ambos supuestos, tanto si se sucedía en la titularidad como si se sucedía en el ejercicio de la explotación, sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 72 de la LGT 1963, si bien Sánchez Galiana matizaba que en un caso de disociación de ambas figuras lo justo sería que fuera el continuador de las actividades quien sucediera en la responsabilidad.

Señalaba CORTÉS<sup>519</sup> que en el texto del RGR 1990 se agregó a la sucesión en la "titularidad" de las explotaciones y actividades la referencia al "ejercicio de las mismas". Es decir, la responsabilidad alcanzaría a quienes sucedieran por cualquier concepto en "el ejercicio" de las actividades correspondientes. La interpretación del alcance de ésta redacción generó una serie de dudas. Consideraba el autor, que quién ejerciera la actividad sería el titular de la misma, por lo que parecía que el texto era redundante. Sin embargo, podía pensarse en la diferencia entre el titular de los medios empresariales y el efectivo titular de la actividad en sí misma. Tal sería el caso de un arrendamiento de la actividad, lo cual no cambiaba la exigencia de la sucesión, pero sí si se producía respecto al titular de la actividad o a quien la ejercía. No tenía en cuenta Cortés, sin embargo, la importancia de determinar si la sucesión debía producirse respecto del ejercicio de la actividad o de la titularidad insinuando que era igual que se produjera en uno u otro concepto.

Para BARRACHINA<sup>520</sup>, para que operase el artículo 72.1 de la LGT 1963, debía existir una subrogación del adquirente en la titularidad de la explotación económica, pero sin que ello pudiera significar una sucesión en el sentido gramatical de la palabra, porque las instituciones jurídicas no deben calificarse simplemente en función del nombre que les da la ley. Por ello, la utilización del término "suceder" no era suficiente para poder

---

<sup>518</sup> Vid. SÁNCHEZ GALIANA, JA “Problemática en la sucesión de las deudas tributarias por transmisión de negocios” Impuestos (Compendio 1985) Ed. Distribuciones La Ley, S.A., pág. 389. y Aller, C “La responsabilidad por sucesión en el ejercicio de explotaciones o actividades económicas” Carta Tributaria, 1974, pág. 25.

<sup>519</sup> CORTÉS, J.A. “Responsabilidad tributaria por sucesión en la actividad económica”. Carta Tributaria (Monografías) número 219 del 15 de febrero de 1995 Ed. Información y Documentación Tributaria S. L. pág. 3.

<sup>520</sup> BARRACHINA JUAN, E. “Responsabilidad tributaria del adquirente de una empresa: supuesto regular de sucesión”. Gaceta Fiscal. Número 169 del 1 de octubre de 1998. Ed. Gaceta fiscal, S.A., pág. 73.

fundamentar la existencia de una sucesión de deuda en lugar de un supuesto de responsabilidad tributaria.

BARBERENA<sup>521</sup> se preguntaba si la continuidad de la empresa era condición necesaria para que naciera la responsabilidad del adquirente. CALVO ORTEGA<sup>522</sup>, entendía que la respuesta era negativa por varias razones: (1) el artículo 72 se refería únicamente al sucesor en la titularidad, por lo que no parece que se exigiera la sucesión en el ejercicio de la actividad. (2) dicho precepto se refería a la sucesión por cualquier concepto, por lo que englobaba el concepto de adquisición (3) el propio artículo 30.2 del RGR (en referencia al aprobado 1968) aludía indistintamente a los cesionarios o sucesores. Sin embargo, Barberena no compartía la distinción que hacía Calvo Ortega entre titularidad de la actividad y titularidad del ejercicio pues siendo la actividad algo esencialmente dinámico su titular no podía ser nadie distinto al que la ejerciera. Simón Acosta<sup>523</sup> consideraba que la titularidad de una explotación económica podía identificarse con el ejercicio de una empresa y, desde esta perspectiva, estimaba que carecía de trascendencia alguna la innovación contenida en el artículo 13.1 del RGR 1990 consistente en hacer responsable de las deudas y demás responsabilidades tributarias derivadas del ejercicio de actividades económicas a quienes sucedieran por cualquier concepto en la titularidad o ejercicio de las mismas. En este sentido la responsabilidad prevista en artículo 72 de la LGT 1963 se encontraría condicionada a un doble requisito (1) subjetivo, consistente en que el adquirente no sólo asumiera la titularidad de la empresa, sino que sucediera en el ejercicio de la misma al transmitente y (2) objetivo, que la empresa, como objeto del tráfico, subsistiera como la misma cosa que existía en manos del anterior titular.

Tanto los Tribunales como la doctrina administrativa evolucionaron en su concepción respecto del contenido del art. 72 de la LGT 1963. Si bien en un primer momento<sup>524</sup> parecieron entender que lo que importaba era que existiera sucesión en la titularidad, sin que se tuviera por qué exigir la sucesión en la continuación de la explotación, de modo que si la titularidad se hubiera extinguido (por ejemplo, por haber sido cerrada y

---

<sup>521</sup> BARBERENA BELZUNCE, Í. “*La responsabilidad tributaria del adquirente ...*” op.cit. pág 268.

<sup>522</sup> CALVO ORTEGA, R. “*La responsabilidad tributaria subsidiaria*”. HPE, nº 10, 1971 pág.156, citado por Barberena en “*La responsabilidad tributaria del adquirente ...*” op.cit. pág. 268).

<sup>523</sup> SIMÓN ACOSTA, E. “*Las retenciones sobre los nuevos impuestos sobre la renta en la quiebra*” HPE, 57. 1979 pág. 227, citado por Barberena en “*La responsabilidad tributaria del adquirente ...*” op.cit. pág. 268.

<sup>524</sup> En este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 08/10/1982 y 26/04/1985

abandonada la explotación), no sería posible la sucesión en la titularidad, por lo que no sería de aplicación el artículo 72 de la LGT 1963, con posterioridad, parecieron compartir la opinión de que en ambos casos se trasladaba la responsabilidad<sup>525</sup>.

Entendemos que, en todo caso, la sucesión debería operar respecto de la continuación en la explotación, puesto que éste era el elemento continuador que permitía exigir el cumplimiento de unas obligaciones. Es decir, en la medida que el nacimiento de las obligaciones tributarias se producía como consecuencia de la realización de una actividad económica (exigible a quién la realizaba y no al titular de la misma), la sucesión en esas obligaciones se debía producir respecto de quien mantuviera el ejercicio de esa explotación económica, con independencia de que coincidiera o no con el titular de la misma<sup>526</sup>.

En consecuencia, existiría igualmente sucesión, aún en el caso de que se mantuviera el titular de la explotación, pero siempre que se produjera una modificación en el ejerciente de la explotación. Por el contrario, una simple modificación en el titular de la explotación manteniéndose idéntico el sujeto que ejerce la explotación económica, no hubiera permitía exigir las deudas tributarias al sucesor en la titularidad porque, entre otras razones, ya no le eran exigibles al que se la transmitió.

La sentencia del TSJ de Castilla La Mancha de 25 de febrero de 1993 reconoció, en el supuesto que analizaba, la existencia de sucesión de empresa porque se siguieron realizando las mismas actividades dejadas por la anterior empresa sin que en ningún momento hubiera paralización de las mismas, manteniéndose la misma publicidad, nombre y rótulos con absorción de la gran mayoría del personal de la plantilla<sup>527</sup>.

Para finalizar este apartado, baste comentar la existencia de una Sentencia del TSJ del País Vasco de fecha 30 de octubre de 1995 que dispuso que no existía sucesión en la deuda tributaria en los supuestos en que la continuación de la actividad empresarial la

---

<sup>525</sup> En este sentido, las Sentencias del TS de fechas 26/04/1985 y 31/10/1992, la reseñada Sentencia del TSJ de Murcia de fecha 11/05/1995 o, entre otras, las Resoluciones del TEAC de fechas 10/06/1992 ó 01/04/1993.

<sup>526</sup> En este sentido se pronunció también el TEAC en Resolución de fecha 21/02/1996 respecto de un supuesto de una explotación hotelera en el que el titular del inmueble no era el propio empresario. Razonó el Tribunal que no existiendo ningún elemento que pudiera hacer pensar que el titular del inmueble continuaba realizando la actividad (no mantuvo el personal ni se dio de alta en la Licencia Fiscal) no era posible entender que se le transmitieran determinadas deudas.

<sup>527</sup> Vid. EUGENIO SIMÓN ACOSTA, CLEMENTE CHECA GONZÁLEZ, EUSEBIO GONZÁLEZ GARCÍA y CARMELO LOZANO SERRANO. *“Alcance de la responsabilidad por sucesión en una explotación”* Jurisprudencia Tributaria Aranzadi (compendio) año 1993 Tomo I Ed. Aranzadi, S.A. (pág. 1182 a 1183).

llevaran a cabo los propios trabajadores, puesto que los mismos no se habían transmitido con el resto de la organización empresarial, de modo que habían dejado de ser un elemento más acumulativo de la organización empresarial para trastocarse en la propia titularidad social de la empresa, es decir, dejaron de ser el objeto y se convirtieron en el sujeto de la sucesión.

Las características propias de la sucesión de empresa que establecía el art. 72, llevaron rápidamente a la doctrina a cuestionarse la naturaleza de esta transmisión de responsabilidades. Y es que, propiamente dicho, no existía una sucesión en la responsabilidad, sino más bien una ampliación del círculo de obligados. Es decir, además de al propio deudor original el cumplimiento de la obligación podría exigirse (con carácter solidario o subsidiario) al sujeto que continuase la explotación económica (en la medida que la deuda derivase de la propia explotación), pero el deudor original mantendría su condición pudiéndosele exigir igualmente el cumplimiento de la misma. Hemos visto que para que se pueda hablar realmente de sucesión es necesario que el elemento subjetivo modificado debe desaparecer de la relación jurídica, por lo que en este caso parece evidente que no se trataba de una sucesión en el sentido estricto de la palabra.

De idéntica opinión, aunque no unánimemente, es la mayoría de la doctrina, entendiendo que el art. 72 de la LGT 1963 contemplaba realmente un supuesto de responsabilidad y no de sucesión<sup>528</sup>.

Para BARBERENA<sup>529</sup>, la imposibilidad de que se produjera una transmisión en términos de la obligación tributaria venía determinada no sólo por el principio de indisponibilidad de las relaciones jurídico-tributarias, en cuya virtud la posición del sujeto pasivo y los demás elementos de la obligación tributaria no podían ser alterados (con eficacia frente a la Administración) por pactos o convenios de los particulares, sino también, por el principio de capacidad contributiva, el cual sería objeto de transgresión si se admitiese la posibilidad de que el sujeto pasivo, es decir, la persona poseedora de la capacidad contributiva que se pretendía gravar, desapareciera del mundo de los obligados

---

<sup>528</sup> Vid. LÓPEZ GETA, JM. *“Responsabilidad y sucesión en las deudas tributarias”* Impuestos (compendio) 1989 Tomo II. Distribuciones La Ley, S.A. (pág. 1233) o Sánchez Galiana, JA. *“Problemática de la sucesión ...” op.cit.* (pág. 384 y ss).

<sup>529</sup> BARBERENA BELZUNCE, Í. *“La responsabilidad tributaria ...” op.cit.* pág. 249.



tributarios pasando a ocupar su lugar una tercera persona, ajena al principio de capacidad contributiva gravada.

En opinión de BARBERENA, el artículo 72 LGT 1963 regulaba únicamente un supuesto de cesión de la responsabilidad al adquirente intervivos de la titularidad de explotaciones y actividades económicas de las que se hubieran originado deudas tributarias no extinguidas con anterioridad a transmisión, y ello a pesar de las referencias que en él se contenían a la sucesión por cualquier título y a la herencia aceptada a beneficio de inventario. Las razones que permitan defender esta opinión eran: (1) si se interpretaba el artículo 72 en su tenor literal, considerando por tanto que regulaba la sucesión mortis causa en las deudas tributarias, dicha regulación sería sumamente defectuosa, pues la sucesión no podía quedar reducida a las deudas derivadas del ejercicio de una explotación o actividad, sino que alcanzaba a cualesquiera deudas, y, en general, a situaciones jurídicas con excepción de las personalísimas (incluyendo también los derechos) (2) la norma contenida en su apartado segundo carecía de sentido, como es obvio, en relación con la sucesión mortis causa (3) la sucesión mortis causa respecto de las relaciones tributarias aparecía ya regulada en los artículos 10.4 y 15.2 del RGR 1990, el cual se remite a las disposiciones del CC.

Aunque se regulara dentro de las garantías, CAZORLA PRIETO<sup>530</sup> entendía que el art. 72.1 LGT 1963 debía interpretarse como un supuesto de responsabilidad, como había reiterado la jurisprudencia<sup>531</sup>. Se trataría de un supuesto de responsabilidad subsidiaria, criterio mantenido por la jurisprudencia y consagrado en la STS de 15 julio 2000 que, como veremos en el siguiente apartado, declaró la nulidad del art. 13.3 RGR que establecía el carácter de solidaria de esta responsabilidad.

GRAU RUIZ<sup>532</sup> comparte la idea de la inexistencia de sucesión en el art. 72 (pese a su tenor literal) ya que ese vocablo implicaría la liberación del transmitente y dicho precepto no la establecía; se trataba, por tanto, de un supuesto de responsabilidad.

Sin embargo, MARTIN QUERALT<sup>533</sup> consideraba que el art. 72 LGT 1963 abarcaba tanto a los supuestos de transmisión *mortis causa* como *inter vivos*, de manera que en el

---

<sup>530</sup> CAZORLA PRIETO, LUIS M<sup>a</sup>. “Derecho Financiero y Tributario. Parte General” Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra) 2002, 3<sup>o</sup> edición, pág. 356

<sup>531</sup> Por todas, STS 16 mayo 1991

<sup>532</sup> GRAU RUIZ, M<sup>a</sup> A. “Estudios de D Financiero y Tributario”, AAVV, Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense Madrid 1996, pág. 199

<sup>533</sup> MARTIN QUERALT, J y otros. “Curso de Derecho Financiero ...” *op.cit.* pág. 282

primer supuesto había una verdadera sucesión (al desaparecer el sujeto pasivo que la devengó) mientras que en el segundo el anterior titular no perdía nunca su condición de sujeto pasivo, por lo que el adquirente se convertía en responsable del tributo. En contra de esta postura podría argumentarse, además del hecho propiamente dicho de que la relación jurídica inicial no se mantenía, que las deudas del fallecido podían ser exigidas a los sucesores mortis causa con carácter general y no específicamente a los que les hubieran sucedido en la explotación económica, siendo el sucesor un responsable adicional.

Tal y como ya hemos indicado, en nuestra opinión el art. 72 de la LGT 1963 no se refería realmente a un supuesto de sucesión, sino que se trataba de un supuesto de responsabilidad. Y es en los supuestos de sucesión, no era necesario invocar el art. 72 de la LGT 1963, por cuanto nada añadía que no estuviera regulado por el Derecho mercantil. Pese a ello, merece la pena continuar el análisis de este precepto en la medida que ha sido desarrollado ampliamente por la doctrina y sus conclusiones pueden ser de interés en el análisis de la auténtica sucesión tributaria.

RUIBAL PEREIRA<sup>534</sup> puntualiza que *“...mientras el art. 72 LGT establece una responsabilidad tributaria para el adquirente de la explotación económica que responde, en consecuencia, al lado del sujeto pasivo, el art. 104.2 LIS (en referencia a la LIS 43/1995) prevé que, de la transmisión de los derechos y obligaciones tributarias referidas a los bienes y derechos transmitidos, se deriva una especie de subrogación de la entidad adquirente en los derechos y obligaciones de la transmitente, convirtiéndose en un único sujeto deudor frente a la Administración Tributaria)”*. Además, entendiendo que en las aportaciones no dinerarias de rama de actividad no hay sucesión universal, por la no desaparición de la transmitente, la beneficiaria se subroga en los derechos y obligaciones tributarias vinculadas a los bienes y derechos transmitidos sin que se limiten a los derivados del IS, siendo aplicable a cualquier otro impuesto.

Precisamente la precisión de la actual LGT, como veremos con posterioridad, al referirse a que la sucesión puede ser en la titularidad o en el ejercicio viene derivada de las dudas que generó en este sentido al art. 72 de la LGT 1963 al referirse solo a la titularidad. Mientras la jurisprudencia venía a exigir la existencia de un título jurídico material de

---

<sup>534</sup> RUIBAL PEREIRA, LUZ MARÍA. *“Concepto y régimen jurídico de la operación de aportación de rama de actividad.”* Jurisprudencia Tributaria Aranzadi. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 1997. Consulta Digital.

sucesión (por todas, STS de 8 de marzo de 1995), la doctrina administrativa admitía las sucesiones de hecho (entre otras, resolución del TEAC de 14 de enero de 1999)<sup>535</sup>. Señala CALVO VÉRGEZ<sup>536</sup> que al amparo de la vigente redacción no se requiere que el responsable ostente un título jurídico específico que le otorgue la titularidad dominical, bastando tener la disponibilidad del negocio o explotación económica para poder derivar la responsabilidad<sup>537</sup>.

### 3.2.2. Naturaleza de la responsabilidad

Una vez establecido que se trataba de un supuesto de responsabilidad de los adquirentes de explotaciones económicas, cabe preguntarse si esta responsabilidad tenía carácter solidario o subsidiario. El artículo 72 de la LGT 1963 no establecía de qué tipo de responsabilidad se trataba<sup>538</sup>.

---

<sup>535</sup> MARÍN BENÍTEZ, G. *“La sucesión de empresa...”* op.cit. pág. 55.

<sup>536</sup> CALVO VÉRGEZ, JUAN. *“La responsabilidad tributaria solidaria derivada de la sucesión en la titularidad o ejercicio de explotaciones o actividades económicas”*. Crónica Tributaria. Nº 143/2012. Madrid. pág. 17.

<sup>537</sup> Se adoptó, como señala CALVO VÉRGEZ, un criterio similar al del Estatuto de los Trabajadores quien en su art. 44 regula la sucesión de empresa. El criterio, mucho más laxo, no exige ningún título de propiedad o de uso de los bienes materiales que constituyen la empresa, siendo suficiente la capacidad de dirección y gestión que se equipara a la titularidad del negocio.

<sup>538</sup> CARMEN FERNÁNDEZ GONZÁLEZ (*“Un apunte sobre el concepto de responsabilidad solidaria”* Crónica Tributaria. nº 62. 1992. Ed. Instituto de Estudios Fiscales. (pág. 15 a 26)) apuntaba que la LGT no establecía en ningún sitio cuál es el concepto de responsabilidad solidaria. Por contraposición al concepto de responsabilidad subsidiaria que, según algunos autores, hace referencia a quien responde en primer o segundo lugar: el responsable subsidiario sólo responde en defecto del sujeto pasivo y, por tanto, se exige la previa declaración de fallido, cuando la responsabilidad sea de carácter solidario parece evidente que tal insolvencia no deberá ser acreditada por la Hacienda Pública acreedora para dirigir su acción contra el responsable solidario. Ahora bien, esta característica con ser determinante, no parece condición suficiente para establecer con claridad el concepto de responsabilidad solidaria. Las notas básicas deberían centrarse en el propio concepto jurídico de solidaridad; la solidaridad implica la existencia de un vínculo entre dos o más personas por el cual todas ellas están igualmente obligadas al cumplimiento de determinada obligación. Además, están obligadas en un mismo plano de coexistencia, esto es, no una en primer lugar y otra en segundo o en defecto la anterior. Siguiendo con este razonamiento un responsable solidario deberá responder junto al sujeto pasivo en el mismo plano de igualdad sin necesidad de que dicho sujeto pasivo haya incumplido su obligación. Así pues, según este razonamiento, la Administración Pública, el acreedor, puede elegir libremente el sujeto contra el cual va a dirigir su pretensión de ver cumplidas la obligación tributaria, escogerá, pues, entre el propio sujeto pasivo y el responsable solidario. Sin embargo, de acuerdo con la redacción del RGR, en su artículo 12.1, la situación planteada no era esta ya que únicamente podía dirigirse la Hacienda Pública contra los responsables solidarios cuando faltase el pago por parte del deudor principal. Por tanto, el sujeto pasivo y responsable solidario no se encontraban en un mismo plano de igualdad. Se planteaba entonces la posibilidad de que la responsabilidad solidaria no fuera tal y que se tratara, en los casos así previstos por las leyes, de una responsabilidad subsidiaria. El aspecto fundamental de la cuestión, en este caso, radicaría el tema de la accesoriadad y dependencia de la obligación principal del sujeto pasivo: la obligación del responsable sería

De acuerdo con el redactado del artículo 13 del RGR 1990, la responsabilidad asumida por el adquirente de una explotación económica tenía el carácter de solidario. La Instrucción General de Recaudación<sup>539</sup> indicaba de forma muy clara lo mismo. A partir de estos preceptos, una parte de la doctrina se había manifestado a favor del carácter solidario de la responsabilidad derivada del art. 72 de la LGT 1963.

No obstante, otra parte de la doctrina<sup>540</sup> valoraba la existencia de argumentos que permitían defender que la sucesión determinaba una responsabilidad de tipo subsidiario. En este sentido, ante la falta de pronunciamiento del artículo 72 de la LGT 1963 sobre el tipo de responsabilidad que nace de la sucesión en la explotación de actividades económicas era necesario acudir a los principios generales de la responsabilidad establecidos en la LGT 1963.

Una primera aproximación a la cuestión, se centraba en el artículo 37 de la citada norma que establecía que la responsabilidad era siempre subsidiaria, salvo precepto expreso en contrario. La redacción de esta norma sufrió una variación por la Ley 25/95 de indudable relevancia. Originalmente el artículo permitía el establecimiento de responsabilidad solidaria a través de un precepto que lo estableciera expresamente; tras la modificación se exigió que este precepto fuera legal, es decir, que se tratara de una Ley y no de otro tipo de disposición<sup>541</sup>. Así, tras esta nueva redacción, se entendió que la naturaleza de la responsabilidad tributaria está sometida al principio de reserva de Ley. En virtud de ello, el establecimiento de la responsabilidad solidaria debería estar contemplado en una norma con rango formal de ley. Como el RGR 1990 no tenía dicho carácter, el artículo 13 de dicho texto, que establece la solidaridad podía ser considerado contrario a la LGT 1963 y, produciéndose un exceso reglamentario, ser considerado

---

accesoria respecto a la obligación principal del sujeto pasivo porque no nace de la realización del hecho imponible, sino de la realización del presupuesto de hecho de la responsabilidad (el impago en este caso). Siguiendo esta línea, la responsabilidad solidaria es aquella en virtud de la cual el acreedor puede exigir del responsable el cumplimiento de la obligación, el pago de la deuda, una vez que el sujeto pasivo no lo haya realizado, pero sin necesidad de llegar a la declaración de insolvencia de éste. Así, esta autora considera que el Reglamento distingue entre deudores principales y otros deudores, entre los que figurarían tanto los responsables subsidiarios como los solidarios; en el caso de los subsidiarios, su inclusión como deudores exige la previa declaración de fallido de los deudores principales.

<sup>539</sup> Instrucción de 2 de noviembre de 1995, Del Departamento de Recaudación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria relativa a los responsables en el pago de las deudas tributarias.

<sup>540</sup> Vid. SÁNCHEZ GALIANA, JA. "Problemática en la sucesión ..." op.cit. pág. 392.

<sup>541</sup> La redacción original del art. 37.2 era la siguiente: "Salvo precepto expreso en contrario, la responsabilidad será siempre subsidiaria." Tras la modificación operada por la Ley 25/95 el redactado pasó a ser el siguiente "Salvo precepto legal expreso en contrario, la responsabilidad será siempre subsidiaria."

inaplicable, con lo que la responsabilidad derivada del artículo 72 de la LGT 1963 sería subsidiaria por aplicación de la cláusula general del artículo 37 de la LGT 1963.

La doctrina mayoritariamente reconoció el vicio en el que incurría el RGR 1990 respecto de su ilegalidad pero, sin embargo, no era unánime respecto de si la constitución de supuestos responsabilidad y su calificación como solidaria o subsidiaria debían estar sometidas al principio de reserva de ley o si, por el contrario, la LGT se limita a establecer en relación con esta figura una mera preferencia en el momento de exigir la deuda tributaria<sup>542</sup>.

CALVO ORTEGA<sup>543</sup> consideraba que el artículo 37 de la LGT 1963 se limitaba a establecer una preferencia de ley. Estimaba Calvo Ortega que, si se consideraba que la reserva de ley tributaria tenía una finalidad de garantía y, por tanto, que sólo cubría los elementos del tributo que hacen surgir la obligación tributaria, la cuantifican y determinan su imputación a un sujeto, la responsabilidad subsidiaria quedaría fuera de la reserva citada. En ese caso el restablecimiento patrimonial del responsable siempre sería posible a través del ejercicio de la acción de regreso lo que supone que el responsable en cuestión no iba a ser definitivamente perjudicado.

BARBERENA<sup>544</sup> se inclinaba por defender la tesis de Calvo Ortega en base a que la mera dicción gramatical del artículo 37.1 de la LGT 1963 no era suficiente para poder afirmar que la figura del responsable estuviera sometida al principio de reserva de ley máxime si se considera que una ley ordinaria, como es la LGT 1963, no puede ser cauce idóneo para establecer una reserva de ley, pues tal principio es indisponible para el legislador ordinario. De acuerdo con su opinión, el único lugar donde realmente puede residir la reserva de ley tributaria son los artículos 31.3 y 133.1 de la Constitución. En su opinión,

---

<sup>542</sup> Las tesis que sobre este particular son mantenidas por los autores son las siguientes: Pérez Royo considera que debe entenderse incluida en el ámbito de la reserva de ley; Rufián Lizana también se inclina por sometimiento al principio de reserva de ley absoluto a que se rigen para la materia penal; Pavón de Acuña estima que existe una reserva formal de ley implícitas; Cortés Domínguez y Martín Delgado consideran que la imposibilidad de crear supuestos responsabilidad por medios distintos a la ley no sólo se deduce de la propia dicción del artículo 37 sino que además viene impuesto por la lógica jurídica; Bayod Pallares partiendo de la base de que el responsable no sujeto pasivo de la obligación tributaria, estima que ni la creación de supuestos responsabilidad ni la calificación de las responsabilidades tributarias son materias sometidas a reserva de ley pues las materias reservadas aparecen determinadas en el artículo 10 LGT y entre ellas no figura la responsabilidad. Vid. Barberena Belzunce, Í. *“La responsabilidad tributaria ...” op.cit.* (pág. 269).

<sup>543</sup> CALVO ORTEGA, R. *“La responsabilidad tributaria subsidiaria” op.cit* (págs. 146-147). Citado por BARBERENA BELZUNCE (*“La responsabilidad tributaria ...” op.cit.* (pág. 271)).

<sup>544</sup> BARBERENA BELZUNCE, Í. *“La responsabilidad tributaria ...” op.cit.* pág. 267 y ss.

la LGT 1963 consideraba al responsable como mero garante personal del crédito de que es titular la Hacienda Pública frente al sujeto pasivo, pero no como sujeto pasivo de la obligación tributaria. Barberena no tenía duda de que se trataba de responsabilidad subsidiaria, dado que, de acuerdo con artículo 37.2 de la LGT 1963, la responsabilidad era siempre subsidiaria, salvo precepto expreso contrario. Precepto en contrario que, aunque el citado artículo 37 no lo dijera, debía tener rango de ley. Es decir, el RGR 1990 no podía alterar el régimen establecido por la LGT 1963 con independencia que el citado artículo 72 se encontrara colocado sistemáticamente dentro de las garantías del crédito tributario.

Para ALLER<sup>545</sup> el sucesor debía considerarse responsable subsidiario en la medida que no parecía existir fundamento alguno para que se dirija contra él la acción de cobro sin demostrar antes la insolvencia del deudor principal. Adicionalmente, estimaba que considerando que el artículo 72 de la LGT 1963 se encontraba incluido dentro de la Sección relativa a “Las Garantías” y no en la Sección de los “Responsables del Tributo”, siendo en esta última donde se trataban los responsables solidarios, la LGT 1963, en el fondo, tan sólo estableció una garantía de cobro del tributo para el supuesto de que el responsable principal no pudiera hacer frente a ella. De la Hucha Celador<sup>546</sup> también consideró que el artículo 72 de la LGT 1963 no podía ser contradicho por el RGR 1990 (artículo 13.3) que declaraba el carácter solidario de la responsabilidad ahí establecida; por tanto, el artículo debía ser ilegal por vulnerar el principio de jerarquía normativa<sup>547</sup>.

ESCRIBANO<sup>548</sup> explicaba que en el ámbito tributario la diferencia esencial entre solidaridad y subsidiariedad radica en que en el segundo caso es necesaria la excusión del patrimonio del deudor principal, cuya declaración de fallido es presupuesto necesario para la derivación de la acción contra el responsable. Como elemento ilustrativo de esta idea bastaba con ver que el responsable subsidiario aparecía como un sujeto de un procedimiento distinto del que se seguía contra el deudor principal

---

<sup>545</sup> ALLER, C. “*La responsabilidad por sucesión ...*” op.cit. pág. 27.

<sup>546</sup> DE LA HUCHA CELADOR, F. “Reflexiones para una redefinición dogmática de la responsabilidad en derecho tributario” *Cívitas Revista Española de Derecho Financiero*. Número 94 de abril a junio de 1998. Ed. Cívitas, S.A., págs. 165 a 183.

<sup>547</sup> El autor considera que, en todo caso, la distinción entre la responsabilidad solidaria y subsidiaria que propugna la LGT no debe buscarse sobre la base de una remisión al régimen de las obligaciones solidarias contenido en el código civil, dado que no existe ninguna relación entre la dicotomía solidaridad-mancunidad de aquel y la dicotomía solidaridad-subsidiariedad del artículo 37 de la LGT.

<sup>548</sup> ESCRIBANO, F. “*Notas sobre la futura regulación de responsabilidad tributaria*”. *Quincena Fiscal* (revista de actualidad fiscal). Número 13 del 1 de julio de 1995. Ed. Aranzadi, S.A., pág. 9.

(artículos 37.3 y 37.4 de la LGT 1963). La diferencia entre ambos tipos de responsabilidad estriba en el orden que ha de seguirse por parte de la administración para exigir el pago. La función dada por el legislador en la configuración de la responsabilidad tributaria era garantizar la deuda, por consiguiente, era evidente la función de garantía que se buscaba por el legislador: se trataba de ampliar el espectro de sujetos a los que se les podía exigir la deuda. La jurisprudencia se hizo eco de esta perspectiva de la corresponsabilidad tributaria de manera temprana calificándola como una obligación accesoria de la obligación tributaria principal, con clara finalidad de garantía de cumplimiento de aquélla<sup>549</sup>.

Para BARRACHINA<sup>550</sup> el artículo 72.1 de la LGT 1963 establecía un supuesto de responsabilidad derivada que debía interpretarse en función de lo que disponía el artículo 37.2 de la misma ley en el sentido de que, salvo disposición legal en contrario, la responsabilidad debía entenderse siempre subsidiaria. No era, por tanto, admisible la aplicación de la solidaridad proclamada en el artículo 34 de la LGT 1963 pues ello implicaría confundir la categoría de titulares en el hecho imponible. Para Barrachina<sup>551</sup> los titulares del hecho imponible eran verdaderos sujetos pasivos y los últimos eran terceros que se colocan "junto al sujeto pasivo" pero no desplazándolo de la relación tributaria ni ocupando un lugar preferente, sino apareciendo junto al sujeto pasivo como un deudor más, aun cuando fuera por motivos distintos y con un régimen jurídico diferenciado. El artículo 13.3 del RGR 1990 al imponer la responsabilidad solidaria del adquirente vulneraba claramente el principio de reserva de ley, con las consecuencias jurídicas de nulidad de pleno derecho que ello supone.

No obstante, inicialmente las sentencias y resoluciones evacuadas por los Tribunales<sup>552</sup> se inclinaron en favor de la aplicabilidad del artículo 13 del RGR 1990 y, en consecuencia, de la responsabilidad solidaria del adquirente de una explotación económica.

---

<sup>549</sup> En este sentido la STS de 16 de mayo de 1991.

<sup>550</sup> BARRACHINA JUAN, E. *“Responsabilidad tributaria del adquirente de una empresa: supuesto regular de sucesión”*. Gaceta Fiscal. Número 169 del 1 de octubre de 1998. Ed. Gaceta fiscal, S.A., pág. 68.

<sup>551</sup> BARRACHINA JUAN, E. *“Responsabilidad tributaria ...” op.cit. pág. 65 a 77.*

<sup>552</sup> En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1987 o la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 07/12/1994. También las Resoluciones del TEAC de fecha 30/09/1992, 01/04/1993, 09/06/1993, 09/02/1994, 21/02/1996, o 23/07/1996, Sin embargo, una más reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de fecha 23/01/1997, ha entendido que para exigir la responsabilidad al sucesor es necesario en primer lugar declarar la insolvencia del obligado principal y posteriormente efectuar el correspondiente acto de derivación de responsabilidad, lo cual equivaldría a una responsabilidad de tipo subsidiario.

Básicamente, el razonamiento se centraba en que el artículo 37.2 de la LGT 1963 establecía que, salvo precepto expreso en contrario, la responsabilidad será siempre subsidiaria, teniendo en cuenta que este artículo pertenecía a la Sección 2ª, del Capítulo III, del Título II, “Responsables del Tributo”, el precepto no debía afectar a lo previsto en el art. 72 referido a las garantías de que goza la Administración Tributaria, de forma que el transmitente y el adquirente contemplados garantizaban solidariamente los débitos contraídos por aquél con la Hacienda Pública. No se trataba, siguiendo con el mismo argumento, de un adquirente de la explotación o actividad económica responsable de los tributos, sino de un adquirente que, por virtud de la adquisición realizada, como sucesor, garantizaba solidariamente los derechos del Tesoro Público.

BARBERENA<sup>553</sup>, a propósito de la STS de 26 de enero de 1994, que confirmó, expresamente, pero con carácter general, en su fundamento tercero, la naturaleza subsidiaria de la responsabilidad del sucesor en la titularidad de la empresa, planteó de nuevo el tema del carácter solidario o subsidiario de la responsabilidad que establecía el artículo 72 de la LGT 1963 en relación con el sucesor en la titularidad de explotaciones y actividades económicas. En su opinión la figura del responsable no se encontraba cubierto por el principio de reserva de ley pues no se trataba de un elemento esencial del tributo y el artículo 37.2 de la LGT 1963 estableció el principio general de que la responsabilidad era siempre subsidiaria, pero en su opinión lo que estaba estableciendo es una preferencia de ley por la subsidiariedad, por lo que sólo una norma con rango de ley podía contradecir dicho principio. La STS de 16 de mayo de 1991 sin llegar a pronunciarse expresamente sobre la verdadera naturaleza de la responsabilidad del sucesor en la empresa vino a dar a entender que ésta era subsidiaria.

Con independencia de que el art. 72 de la LGT 1963 estableciera una reserva de ley o una preferencia de ley por la subsidiariedad, lo cierto es que, desde un punto de vista estricto de la ley parecía evidente que el RGR se extralimita al calificar de solidaria la responsabilidad del sucesor de una explotación, cuando la LGT 1963, ante la ausencia de pronunciamiento expreso, obligaba a considerar la subsidiariedad como principio general. Por otro lado, no tenía sentido alguno que un mecanismo de garantía para el cobro de deudas tributarias de la Administración, no obligase a asegurarse primero de

---

<sup>553</sup> BARBERENA BELZUNCE, I. “Naturaleza de la responsabilidad tributaria del sucesor en la empresa. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1994” *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi* (compendio) Tomo II. Año 1994. Ed. Aranzadi. S.A., pág. 1281 y ss.



que, efectivamente, el sujeto pasivo no es capaz de responder a sus deudas, antes de dirigirse contra el sucesor.

No fue hasta la STS de 15 de julio de 2000, cuando el TS declaró expresamente nulo de pleno derecho el inciso del art. 13.3 RGR 1990 que indicaba la responsabilidad solidaria del titular y del sucesor, poniendo fin a la discusión sobre este extremo.

### 3.2.3. Demás cuestiones relativas a la sucesión

#### Posición jurídico-tributaria del sucesor

La definición legal (artículo 37 de la LGT 1963) de los responsables tributarios era sumamente genérica. DE LA HUCHA CELADOR<sup>554</sup>, en una primera aproximación, extraía las siguientes notas características: (1) el responsable no es sujeto pasivo de la obligación tributaria; (2) el responsable se sitúa junto al sujeto pasivo o junto al deudor principal de manera que necesariamente presupone la existencia de éstos, de ello cabe deducir la imposibilidad de una existencia autónoma del responsable tributario; (3) la determinación del responsable tributario sólo puede hacerse a través de una norma legal en la que deberá tipificarse de forma inexcusable el presupuesto de hecho al que la ley asocia el nacimiento de la responsabilidad; (4) el responsable sólo responde de la deuda tributaria, lo cual supone que, en principio, no responde del cumplimiento de los deberes formales que el artículo 35 de la LGT 1963 impone a los sujetos pasivos así como tampoco de los deberes tributarios que el ordenamiento jurídico impone a los retenedores cual terceros obligados a suministrar información o a prestar colaboración para la gestión tributaria; (5) la condición de responsable va ligada a la de persona (natural o jurídica); (6) la responsabilidad puede ser de dos tipos, solidaria o subsidiaria, presuponiéndose la subsidiariedad y siendo necesario un precepto legal expreso en contrario para declarar la responsabilidad subsidiaria.

Para este autor los responsables no son en nuestro ordenamiento sujetos pasivos de la obligación tributaria existiendo, por tanto, una radical incompatibilidad entre la condición de responsable y la de sujeto pasivo. Los responsables tributarios no pueden ser calificados como sujetos pasivos ya que se colocan junto a éstos (sería imposible

---

<sup>554</sup> **DE LA HUCHA CELADOR**, F. "Reflexiones para una redefinición dogmática de la responsabilidad en derecho tributario" *Cívitas Revista Española de Derecho Financiero*. Número 94 de abril a junio de 1998. Ed. Cívitas, S.A., págs. 165 a 183.

colocarse junto a sí mismo). La figura del responsable colocado junto al sujeto pasivo de una obligación se configura como una garantía sobre añadida a la representada por la citada obligación.

Sin embargo, la resolución del TEAC de 25 de octubre de 1995, estimó que el sucesor es considerado sujeto pasivo a partir del momento en que sucede a otra empresa, sin justificar como llega a esta sorprendente conclusión. No obstante, esta misma conclusión le permite explicar que el artículo de la LGT 1963 destinado a regular este precepto se coloque fuera de los preceptos que regulan el régimen de la responsabilidad tributaria<sup>555</sup>.

Para ESCRIBANO<sup>556</sup>, precisamente una de las incoherencias de la LGT 1963 era la de negar el carácter de sujeto pasivo a los responsables tributarios. En efecto, una de las más llamativas de sus notas características es que el responsable se ponía junto a los sujetos pasivos, por tanto, no es un sujeto pasivo.

La resolución del TEAC de 4 de diciembre de 1996, planteaba como núcleo principal si la responsabilidad del sucesor de empresa era un verdadero supuesto de responsabilidad tributaria o, por el contrario, una figura especial distinta de la responsabilidad; el TEAC optó por la segunda respuesta, pero no aportó ningún argumento válido en apoyo de su tesis. El TEAC basaba su argumentación en dos motivos (1) El artículo 72 de la LGT 1963 utiliza la palabra suceder, sin embargo, eso no es suficiente para entender que se habla

---

<sup>555</sup> EUGENIO SIMÓN ACOSTA, CLEMENTE CHECA GONZÁLEZ, EUSEBIO GONZÁLEZ GARCÍA y CARMELO LOZANO SERRANO (*"Sucesión en las deudas tributarias"* Jurisprudencia Tributaria Aranzadi (compendio) año 1995 Tomo III Ed. Aranzadi, S.A. (pág. 1145 a 1147)) critican esta resolución por cuanto incurre en una serie de contradicciones como la de considerar que existe una sucesión en la deuda permaneciendo como obligado el anterior titular, o la ya referida de definir al responsable como un deudor junto al sujeto pasivo principal y decir que el sucesor en la titularidad de la empresa no es responsable sino sujeto pasivo. En ningún momento dice el artículo 72 que el sucesor de la empresa sea sujeto pasivo. El artículo 72, al hablar de sucesión intervivos, plantea un supuesto de responsabilidad tributaria pero nunca de transmisión puesto que el primer titular que transfiere la explotación o actividad no desaparece como obligado tributario. Otra afirmación del TEAC que llama la atención de los autores es que se está en presencia de una asunción de deuda establecida ex lege, y por su propia esencia ha de entenderse que lleva implícita la referencia a la totalidad de las deudas de la empresa anterior; al respecto, los autores, manifiestan que la responsabilidad del adquirente no alcanza a todas las deudas pendientes del transmitente sino sólo a las derivadas de ejercicio de las actividades de explotaciones económicas lo cual restringe en gran medida las deudas tributarias de las que se responde; por otro lado, no se suceden las sanciones, pues lo contrario conculcaría un principio fundamental del derecho sancionador, como es el principio de personalidad de la sanción; la misma expresión de "asunción ex lege" de la deuda es por sí misma incorrecta, ya que asumir una deuda significa aceptarla voluntariamente.

<sup>556</sup> ESCRIBANO, F. *"Notas sobre la futura regulación de responsabilidad tributaria"*. Quincena Fiscal (revista de actualidad fiscal). Número 13 del 1 de julio de 1995. Ed. Aranzadi, S.A., pág. 9.

de una sucesión puesto que las cosas son lo que son y no lo que legislador dice que son (2) El artículo 72 de la LGT 1963 estaba colocado dentro del capítulo de las garantías, en lugar de en el capítulo dedicado a los responsables. Algunos autores<sup>557</sup> criticaron la resolución puesto que el artículo 72 de la LGT 1963 no calificaba el título por el que las deudas eran exigibles, sino que sólo decía que eran exigibles al que sucediera en la titularidad de la actividad. Para los autores la sucesión no es otra cosa que la subrogación de una persona en la posición jurídica que ocupaba otra dentro de una relación jurídica. En la sucesión existe un sucesor que ocupa la posición del sucedido y el sucedido que deja de ser parte en la relación jurídica. Por tanto, en la sucesión intervivos de la empresa no hay sucesión en la deuda, dado que el anterior titular sigue siendo deudor principal. En consecuencia, el sucesor de empresas no es un sucesor de la deuda, sino que es un obligado al pago cuya naturaleza resta por determinar. El título de su obligación era, por supuesto, la ley.

Los mismos autores criticaron la sistemática de RGR 1990 ya que no colocó al sucesor de empresas dentro del capítulo dedicado a las garantías del pago (artículos 33 a 43), sino en el artículo 13 que va a continuación del 12 (responsables solidarios) e inmediatamente antes del 14 (responsables subsidiarios). Es decir, para el autor del Reglamento el sucesor de empresa es una especie de responsable híbrido, al que se ha atrevido a calificar como "solidario" en el artículo 13.3 del RGR 1990 (aunque con posterioridad el TS declarara nulo este inciso). La resolución del TEAC citada, a juicio de los autores, cometió errores de bulto al entender que el sucesor en la empresa debía ser considerado sujeto pasivo, y, todavía más, al intentar justificar en él la capacidad económica gravada por el tributo.

Para BARRACHINA<sup>558</sup> la responsabilidad del adquirente no relevaba al transmitente de la obligación de pago sino que la finalidad del artículo 72.1 de la LGT 1963 era ofrecer más garantías para el cumplimiento de la deuda, ampliar el círculo de los obligados tributarios con el fin de que la deuda tributaria se pagase. En consecuencia, como ya

---

<sup>557</sup> Vid. EUGENIO SIMÓN ACOSTA, CLEMENTE CHECA GONZÁLEZ, EUSEBIO GONZÁLEZ GARCÍA y CARMELO LOZANO SERRANO. *“Responsabilidad por sucesión de empresa; toda una doctrina administrativa a revisar”* Jurisprudencia Tributaria Aranzadi (compendio) año 1996 Tomo III Ed. Aranzadi, S.A., pág. 1560 y ss.

<sup>558</sup> BARRACHINA JUAN, E. *“Responsabilidad tributaria del adquirente de una empresa: supuesto regular de sucesión”*. Gaceta Fiscal. Número 169 del 1 de octubre de 1998. Ed. Gaceta fiscal, S.A., pág. 74.

hemos repetido, lo que regulaba dicho precepto es una garantía y no una verdadera sucesión, lo que suponía que el sujeto pasivo mantenía tal condición.

El sucesor de empresa es un mero garante del cumplimiento de las obligaciones tributarias, por su relación con la explotación económica que las ha motivado. En ningún caso puede ser considerado como sujeto pasivo puesto que, entre otras razones, en ningún caso realiza el hecho imponible que motive la obligación tributaria. La falta de claridad de la LGT 1963 a la hora de definirlo no evita que, de sus características, pueda inferirse su verdadera naturaleza.

#### Alcance de la responsabilidad

La obligación principal de todo sujeto pasivo consiste en la asunción de la carga tributaria y su satisfacción mediante el pago. Como señala BARRACHINA<sup>559</sup>, el fundamento de la figura del responsable, solidario o subsidiario, es la traslación de la carga tributaria a otra persona que no ha realizado el hecho imponible cuando se produce la realización del presupuesto de hecho al que la ley asocia el nacimiento de la obligación tributaria para el responsable. MAZORRA MANRIQUE DE LARA<sup>560</sup> establece el presupuesto de hecho a partir de los requisitos necesarios para que la obligación sea exigible al responsable solidario: (1) existencia de una obligación tributaria derivada del hecho imponible (2) existencia de una obligación de responsabilidad derivada de la realización del presupuesto de hecho previsto en la ley (3) la falta de pago de la deuda tributaria durante el período voluntario por parte del sujeto pasivo (4) acto administrativo de derivación de la responsabilidad y la notificación del mismo al responsable. En el caso del responsable subsidiario además es necesaria la previa declaración de insolvencia del sujeto pasivo y del responsable solidario.

Para delimitar el alcance de esta responsabilidad es necesario valorar a qué elementos de la deuda tributaria afectaba, si la propia deuda debía estar liquidada en el momento de la sucesión, si la responsabilidad afectaba a aquellas obligaciones que no derivan de

---

<sup>559</sup> BARRACHINA JUAN, E. *“Responsabilidad tributaria ...” op.cit.* pág. 65 a 77. Considera el autor que el artículo 72 LGT ha sido muy criticado por la doctrina, tanto por el capítulo y sección donde se encuentra, como por la redacción del mismo. De todas formas, no considera una labor difícil determinar el verdadero alcance de dicho precepto legal, pues siempre en el fondo late su verdadera naturaleza jurídica de la institución que pretende regular, aún a pesar de su defectuosa situación en la ley o también de su redacción.

<sup>560</sup> MAZORRA MANRIQUE DE LARA, S. *“Régimen jurídico de la responsabilidad tributaria”*. Crónica Tributaria nº 64 de octubre a diciembre de 1992, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, pág. 69.

su condición de sujeto pasivo y, en general, a qué formalidades específicas debía sujetarse el procedimiento.

En relación al alcance de las responsabilidades del sucesor, el artículo 13.1 del RGR 1990 establece que la responsabilidad del adquirente de explotaciones o actividades económicas alcanza a las deudas tributarias y a las responsabilidades derivadas del ejercicio de la propia explotación. La utilización de estos dos términos amplió (a nivel reglamentario) el elenco de las responsabilidades más allá del mero pago de la deuda tributaria en relación al contenido de la LGT 1963. En cualquier caso, respecto de las deudas, el RGR 1990 aclara que se incluyen tanto las liquidadas como las pendientes de liquidación.

El concepto legal de deuda aparecía definido en el art. 58 de la LGT 1963, integrando tanto lo que podríamos denominar parte básica de la deuda, es decir, la cuota impositiva, pagos a cuenta, cantidades que debieran retenerse e ingresos a cuenta, como la parte agravada de la deuda (precisamente surgida por el incumplimiento en el pago de la parte básica) integrada por los diferentes recargos (por ingreso fuera de plazo o por apremio), el interés de demora y las sanciones pecuniarias.

Con una deficiente técnica legislativa, el RGR 1990 establecía en su art. 12 que, en el supuesto de responsabilidad solidaria, la Hacienda Pública podrá reclamar a los responsables solidarios el pago de la deuda para a continuación establecer que alcanza a todos los conceptos previstos en el art. 58 de la LGT 1963. Por el contrario, para el supuesto de responsabilidad subsidiaria, el art. 14 del RGR 1990, tras indicar de nuevo que los responsables subsidiarios están obligados al pago de las deudas tributarias, limitaba el alcance de éstas al señalar que no alcanzaban a las sanciones pecuniarias (salvo que haya sido partícipe en la infracción tributaria de la que se derivan).

Con anterioridad a la Reforma parcial de la LGT 1963 operada en 1995<sup>561</sup>, parte de la Doctrina Científica<sup>562</sup> reflejaba las dudas existentes respecto al hecho de que fueran todos los componentes de la deuda contenidos en este precepto los susceptibles de verse afectados por la sucesión de responsabilidad en la medida que algunos conceptos o elementos como el interés de demora, recargos de aplazamiento, prórroga y apremio

---

<sup>561</sup> Con anterioridad a la citada modificación, el art. 58 LGT establecía la deuda tributaria estaba formada, básicamente, por la cuota tributaria tal y como se definía en la propia LGT. A partir de 1995, se incluyeron en la parte “básica” de la deuda, además de la cuota, los pagos a cuenta o fraccionados, las cantidades retenidas o que se hubiesen debido retener y los ingresos a cuenta.

<sup>562</sup> Vid. SÁNCHEZ GALIANA, JA “*Problemática de la sucesión ...*” *op.cit.* pág. 394.

y las sanciones pecuniarias serían imputables a una conducta negligente del primer deudor y por tanto a un aspecto subjetivo diferenciable de lo que es el ejercicio de la actividad o explotación económica. En este caso, en la medida que la extensión de la responsabilidad obedece a un aspecto objetivo, como es la transmisión de la empresa, los aspectos subjetivos, derivados de la conducta del transmitente, no debieran verse afectados<sup>563</sup>.

Sin embargo, la redacción posterior del artículo 37 de la LGT 1963, tras explicar que la responsabilidad podía ser solidaria o subsidiaria, declaraba, que la responsabilidad alcanza a la totalidad de la deuda tributaria excluidas las sanciones. Dicho precepto (modificado en la LGT 1963 con la reforma de la Ley 25/95) redujo la extensión del término responsabilidad expresado en el RGR 1990, con independencia de que finalmente entendamos que la responsabilidad sea solidaria o subsidiaria.

De acuerdo con la redacción del art. 58 de la LGT 1963, en la que se diferenciaban claramente los supuestos de aplicación de recargos de las sanciones pecuniarias, deberíamos entender que los recargos diversos (entre ellos el recargo de apremio), formaban en todo caso parte de la deuda tributaria exigible al responsable (por supuesto, también, los intereses de demora).

Respecto a la responsabilidad subsidiaria, para CALVO ORTEGA<sup>564</sup> debía distinguirse entre responsabilidad tributaria subsidiaria por acto ilícito y responsabilidad tributaria subsidiaria por acto lícito, considerando que la responsabilidad tributaria por acto lícito comprendía sólo la cuota tributaria y los recargos iniciales a los que se refería el artículo 58.2.a) de la LGT 1963. Sin embargo, dentro de la responsabilidad subsidiaria por acto ilícito podía estar comprendida, a su juicio, además de los elementos anteriores, los intereses de demora; sin embargo, no consideraba que se le pudiera exigir a este último responsable subsidiario en ningún caso los recargos por aplazamiento y apremio, por cuanto funcionaban con absoluta independencia de la comisión de una infracción por el

---

<sup>563</sup> Mayoritariamente, las resoluciones de los Tribunales habían considerado que la responsabilidad alcanzaba a la totalidad de los elementos de la deuda, incluidas las sanciones, al considerar que se trataba de una asunción de deuda establecida ex lege que se independizaba de sus componentes (Resoluciones del TEAC de fechas 25/10/1995, 23/07/1996, 08/05/1996 o 04/12/1996). No obstante, esta opinión no era unánime. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de fecha 25/02/1993, basándose en los principios de personalidad e individualidad de la pena, dispuso que la responsabilidad no se extenderá respecto de la sanción pecuniaria que se hubiere impuesto a la empresa sucedida, aun cuando la misma se encontrara recogida en el propio artículo 58 de la LGT.

<sup>564</sup> CALVO ORTEGA, R. "La responsabilidad tributaria ...." *op.cit.* págs. 59, 60 y 140.

citado responsable. Estos recargos se podían girar, en todo caso no en vía de responsabilidad sino como deudor autónomo. Por último, en cuanto a las sanciones de las infracciones cometidas por el sujeto pasivo, en su opinión, según el principio de personalidad de la pena, no podían exigirse al responsable subsidiario en ningún caso, sea por acto lícito o ilícito.

Para MAZORRA MANRIQUE DE LARA<sup>565</sup> (en referencia a la LGT 1963 antes de la modificación de 1995) la responsabilidad no podía extenderse a las sanciones, salvo en aquellos supuestos en que el presupuesto de hecho de la responsabilidad estuviera constituido por actos u omisiones ilícitas, es decir, el responsable debía responder de la sanción correspondiente a la infracción cometida por él mismo. La cuantía de la obligación tributaria del responsable subsidiario debía extenderse exclusivamente a la cuota y a los recargos iniciales, es decir, los recargos exigibles legalmente; ello, en su opinión, se desprendía de los preceptos contenidos en el RGR, 1990 puesto que el artículo 14.3 establecía que la responsabilidad subsidiaria se extiende a la deuda tributaria inicialmente liquidada y notificada al deudor principal en período voluntario no alcanzando a las sanciones pecuniarias impuestas al deudor principal.

DE LA HUCHA CELADOR<sup>566</sup>, pese a la redacción de la LGT 1963, consideraba que los responsables tributarios, sean solidarios o subsidiarios, no responderán, en ningún caso, del recargo de apremio devengado como consecuencia del vencimiento del período voluntario de pago concedido al deudor principal para el pago de la deuda tributaria. En cuanto el acto de derivación de responsabilidad conlleva la concesión de un período voluntario para el ingreso de la deuda exigible al responsable, sólo el vencimiento del citado período podría determinar el devengo del recargo de apremio para este deudor no principal. Respecto de los intereses de demora, únicamente una vez transcurrido el período voluntario de pago concedido al responsable sin que hubiera efectuado el ingreso de la deuda resultante de su liquidación, se devengarían los intereses de demora, ya que el incumplimiento de la obligación resulta imputable a ese deudor no principal.

---

<sup>565</sup> MAZORRA MANRIQUE DE LARA, S. *"Régimen jurídico de la responsabilidad tributaria"*. Crónica Tributaria nº 64 de octubre a diciembre de 1992 Ed. Instituto de Estudios Fiscales (pág. 69 y 70).

<sup>566</sup> DE LA HUCHA CELADOR, F. *"Reflexiones para una redefinición dogmática de la responsabilidad en derecho tributario"* Cívitas Revista Española de Derecho Financiero. Número 94 de abril a junio de 1998. Ed. Cívitas, S.A. (págs. 165 a 183).

La sentencia del TSJ de Castilla La Mancha de 25 de febrero de 1993 consideró que no cabía exigir al responsable tributario las sanciones por las exigencias impuestas por los principios de personalidad e individualidad de la pena; en relación con los intereses de demora y el recargo de apremio no cabía excluir a los mismos del ámbito objetivo de responsabilidad<sup>567</sup>.

Para BARRACHINA<sup>568</sup> las sanciones se imponen siempre al sujeto pasivo autor de las mismas, lo que supone, de conformidad con reiterada jurisprudencia del TS y los principios y garantías propios del ámbito del derecho penal, que para la aplicación de una sanción por infracción tributaria deberá exigirse, asimismo, no sólo una conducta atípica e incluso antijurídica, sino también culpable. El principio de personalidad de las penas es el fundamento que justifica la imposibilidad de transmisión de las sanciones impuestas al adquirente pues no ha llegado a participar en la comisión de las mismas.

En la misma línea, ESCRIBANO<sup>569</sup> entendía que el responsable tributario no podía responder de las sanciones impuestas al sujeto pasivo o deudor principal considerando, de nuevo, el principio constitucional de personalidad de la sanción. Respecto de los hechos ilícitos, originadores de la responsabilidad tributaria se planteaba una doble situación, por un lado, si el realizador del hecho ilícito era el deudor principal no era posible responder por la sanción, por otro lado, si el infractor era el responsable, el hecho de que se configurara como un supuesto de responsabilidad suponía que el cumplimiento por parte del sujeto pasivo evitaría, pese a la existencia del ilícito, la existencia de la sanción.

Si bien es cierto que las sanciones obedecen a conductas subjetivas de los sujetos pasivos, no es menos cierto que esas conductas se desarrollan en el marco de actuación de una actividad empresarial objeto de sucesión. No parece tan evidente que ese aseguramiento del cobro para la Administración Pública derivado de la transmisión del

---

<sup>567</sup> Vid. EUGENIO SIMÓN ACOSTA, CLEMENTE CHECA GONZÁLEZ, EUSEBIO GONZÁLEZ GARCÍA y CARMELO LOZANO SERRANO. *“Alcance de la responsabilidad por sucesión en una explotación”* Jurisprudencia Tributaria Aranzadi (compendio) año 1993 Tomo I Ed. Aranzadi, S.A., pág. 1182 a 1183.

<sup>568</sup> BARRACHINA JUAN, E. *“Responsabilidad tributaria del adquirente de una empresa: supuesto regular de sucesión”*. Gaceta Fiscal. Número 169 del 1 de octubre de 1998. Ed. Gaceta fiscal, S.A. (Pág. 70).

<sup>569</sup> ESCRIBANO, F. *“Notas sobre la futura regulación de responsabilidad tributaria”*. Quincena Fiscal (revista de actualidad fiscal). Número 13 del 1 de julio de 1995. Ed. Aranzadi, S.A., pág. 7 a 13.



ejercicio de la actividad originadora de la deuda tributaria alcanzara exclusivamente a la cuota y no a las sanciones.

#### Deudas pendientes de liquidación

De acuerdo con el artículo 72 de la LGT 1963 la responsabilidad del sucesor en la titularidad de la empresa alcanzaba a las deudas y responsabilidades tributarias derivadas del ejercicio de la misma por lo que en principio deberíamos pensar en las deudas efectivamente liquidadas. No obstante, el artículo 13.1 del RGR 1990 extendía la responsabilidad a las deudas liquidadas y a las pendientes de liquidación, originadas por el ejercicio de las explotaciones o actividades. La doctrina no se ha mostrado unánime al respecto, aunque se ha inclinado por una interpretación amplia del conjunto de responsabilidades transmitidas al sucesor de empresa.

Para BARBERENA<sup>570</sup>, siguiendo a PAVÓN DE ACUÑA, esta ampliación reglamentaria no puede considerarse ilegal por cuanto el propio artículo 72.2 no solo se refería a las deudas sino también a las responsabilidades tributarias expresión esta última lo suficientemente amplia como para que se puedan considerar comprendidas en la misma las deudas pendientes de liquidación.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ<sup>571</sup> amplía el ámbito de la sucesión al entender que podían ser objeto de sucesión las obligaciones pendientes e incluso el procedimiento. No obstante, subraya que la Audiencia Nacional en su Sentencia de fecha 19 de abril de 1994, dispuso que para que se produzca la responsabilidad deben existir deudas y responsabilidades tributarias en el momento en que se produce la sucesión, lo que no se producía en el supuesto juzgado por no estar liquidada la deuda antes del acuerdo y de la escritura de disolución de la sociedad que transmitía sus responsabilidades.

ALLER<sup>572</sup> parece indicar en su exposición, y basándose en el hecho de que el sucesor, antes de que se realice la sucesión, podía solicitar una certificación de las deudas y responsabilidades tributarias de la sucedida, que, si la certificación resultaba negativa, no se le podrá declarar responsable, por lo que no se le podrán transmitir las deudas o responsabilidades que en el momento de la sucesión no estuvieran previstas por la

---

<sup>570</sup> BARBERENA BELZUNCE, Í. *“La responsabilidad tributaria ...” op.cit.* pág. 269.

<sup>571</sup> GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M. *“Sucesión en la deuda tributaria: subrogación de una sociedad en la posición de otra que se disuelve”*. Jurisprudencia Tributaria Aranzadi (Compendio 1995). De. Aranzadi, S.A., pág. 1646.

<sup>572</sup> ALLER, C. *“La responsabilidad por sucesión ...”*. *op.cit.*

Administración Tributaria, eliminando de este modo la posibilidad de transmisión de deudas o responsabilidades futuras no contempladas en dicha certificación.

AMORÓS<sup>573</sup>, de modo más restrictivo, considera que la responsabilidad del sucesor lo sería sólo por las deudas tributarias ya liquidadas y vencidas.

El Tribunal Supremo falló en fecha 26 de mayo de 1994 que en el caso de una sucesión universal sí procedía la subrogación en deudas presentes y futuras. La Audiencia Nacional, en fecha 7 de diciembre de 1994 dictaminó que *“...es evidente que la responsabilidad alcanza, en su caso, a deudas ya existentes en el momento en que la sucesión tiene lugar, y que, por ello, tiene que tratarse de deudas tributarias para las que no ha prescrito la acción para exigir su pago”*.

El TS, en la citada STS de 15 de julio de 2000, señaló en su Fundamento de Derecho Quinto, que la expresión del art. 72 de la LGT 1963 “deudas y responsabilidades tributarias derivadas ...” *“comprende todas las obligaciones tributarias derivadas ex lege, con anterioridad al cambio de titularidad, aunque, por supuesto, algunas de ellas sean liquidadas con posterioridad ...”*.

Por lo que a la Doctrina Administrativa se refiere, se ha manifestado claramente en el sentido de entender que la responsabilidad alcanza a las deudas liquidadas y también a las pendientes de liquidación<sup>574</sup>.

El fundamento de la responsabilidad, cual es el origen en la propia actividad económica objeto de cesión no creemos que permita excluir a las deudas no liquidadas en el momento de la transmisión de la actividad empresarial dado que, en cualquier caso, en la misma línea de lo expuesto en referencia a las sanciones, derivan de la misma.

#### Obligaciones formales

Sin embargo, más dudas existen sobre la inclusión dentro de las responsabilidades tributarias exigibles al adquirente de explotaciones económicas en vigencia de la LGT 1963 de determinadas obligaciones formales, como el deber de declarar. La obligación de presentar declaraciones podría interpretarse como derechos o prestaciones personalísimas en la medida que la declaración obliga al conocimiento de los hechos objeto de la misma.

---

<sup>573</sup> AMORÓS, N. *“Ley General Tributaria”* Ed. Derecho Financiero. Madrid 1967

<sup>574</sup> Entre otras, resoluciones del TEAC de 06/04/1994, 23/07/1996 o 04/12/1996.

Se trata ésta de una cuestión recurrente en las Resoluciones y Consultas analizadas y que responde al hecho de que, mientras la LGT 1963 determinaba la sucesión en las “deudas y responsabilidades”, el artículo 13 del RGR 1990 sólo mencionaba las “deudas”.

En referencia a ello, numerosas Resoluciones del TEAC<sup>575</sup>, la STS de fecha 31 de octubre de 1992 o las Sentencias de la Audiencia Nacional de fecha 19 de abril de 1994 o 7 de diciembre de 1994, entre otras, determinaban que se sucedía no tan sólo en las deudas tributarias sino que también se sucedía respecto de las responsabilidades tributarias, como pudieran ser la falta de retenciones sobre los rendimientos del trabajo, dentro del ámbito del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o la falta de presentación de declaraciones, entre otros aspectos.

BARRACHINA<sup>576</sup>, respecto de las obligaciones formales, entendía que sí debían ser exigibles al adquirente desde el mismo momento de la adquisición empresarial. El motivo que justificaba esta conclusión era que lo que se adquiría es una empresa, es decir, un conjunto organizado de elementos productivos, tal como veremos más adelante, que mantenía su propia actividad y que debía ser continuada por el adquirente, quien estaba obligado a colaborar con la administración tributaria en los aspectos formales que fueran procedentes de las deudas pendientes con hacienda pública.

Sin embargo, no creemos que pudiera exigirse al sucesor de empresa el cumplimiento de las obligaciones formales del anterior titular de la explotación, en la medida que se trata de una obligación exigible al sujeto pasivo (o a quien la Ley establezca) pero que en ningún caso podrán exigirse a un responsable subsidiario. No sólo es imprescindible un conocimiento de la realidad para poder presentar las declaraciones correspondientes, sino que, además, la indebida cumplimentación de las mismas daría lugar a responsabilidades directas por parte del sucesor.

---

<sup>575</sup> Entre otras, las de fecha 26/02/1992, 10/06/1992, 01/04/1993, 13/05/1993, 09/06/1993, 06/04/1994, 15/12/1994, 25/10/1995 o 21/02/1996.

<sup>576</sup> BARRACHINA JUAN, E. “Responsabilidad tributaria del adquirente de una empresa: supuesto regular de sucesión”. Gaceta Fiscal. Número 169 del 1 de octubre de 1998. Ed. Gaceta fiscal, S.A., pág. 70.

### Retenciones

BARBERANA<sup>577</sup> coincide con el TEAC, que en varias resoluciones<sup>578</sup> ha sostenido que la responsabilidad del sucesor en la titularidad de explotaciones económicas regulado en el artículo 72 de la LGT 1963, se extendía a las cantidades pendientes de ingreso por el transmitente por retenciones a cuenta del IRPF. Previamente a estas resoluciones, el TEAC había interpretado que se trataba de una deuda tributaria respecto de la que el titular original de la explotación ni siquiera era contribuyente u obligado a soportar la carga del impuesto, sino que actuaba como sustituto del contribuyente; en consecuencia, no se trataba de una deuda o responsabilidad tributaria derivada del ejercicio de actividades económicas. El autor estima que, pese al error de considerar al retenedor por impuestos directos como sustituto del contribuyente, el fallo es correcto porque considera que no se tratan de deudas o responsabilidades derivadas del ejercicio de actividades económicas. El hecho de que la obligación del retenedor se configurase como autónoma respecto de la que recae sobre el contribuyente carece de virtualidad alguna como argumento que justifique la responsabilidad del adquirente de la explotación por las cantidades que el transmitente hubiera dejado de ingresar en concepto de retenciones a cuenta del IRPF, puesto que tal autonomía se predica respecto de la obligación tributaria principal definitiva. Por otro lado, la obligación de retener a cuenta del IRPF no estaba intrínsecamente ligada al ejercicio de actividad económica en la medida que para que se produjeran las citadas retenciones no bastaba con realizar la actividad económica sino además es necesario satisfacer las citadas rentas.

Más concretamente, la resolución del TEAC de 10 de junio de 1992 estableció, básicamente, que (1) el ejercicio del deber retención constituye una responsabilidad tributaria; (2) la responsabilidad alcanzaba en este caso a deudas y responsabilidades tributarias derivadas del ejercicio de explotaciones y actividades económicas. (3) la responsabilidad de la empresa sucesora en la explotación debía extenderse a las

---

<sup>577</sup> BARBERENA BELZUNCE, I. *“La responsabilidad del sucesor en la titularidad de explotaciones y actividades económicas y las retenciones a cuenta del IRPF”* Jurisprudencia Tributaria Aranzadi (compendio) Tomo II Año 1994 Ed: Aranzadi, S.A (pág. 1220 a 1233).

<sup>578</sup> Entre otras, resoluciones de fechas 26 de febrero y 10 de junio de 1992 y 1 de abril, 9 de junio y 10 de noviembre de 1993.

retenciones practicadas por el IRPF. Algunos autores<sup>579</sup>, a este respecto, consideraron que el artículo 72.1 de la LGT 1963 buscaba la continuidad en la tributación derivada de las actividades de la empresa transmitida, es decir, que las deudas tributarias pendientes, propias del ejercicio de la empresa, fueran satisfechas por el adquirente. No había pues ningún tipo de culpa, ni siquiera había daño o injusto y, sin embargo, nos encontrábamos ante una especie de responsabilidad ilimitada por hechos ajenos, que se aceptaba por el sucesor al adquirir junto al activo, el pasivo de la empresa, en la medida en que las deudas tributarias del transmitente fueran directa consecuencia de la titularidad en el ejercicio de la actividad económica en cuestión.

Los autores discrepaban del fallo comentado entendiendo que en ningún caso la deuda por las retenciones practicadas o que hubieran debido practicarse podía transmitirse al sucesor en la explotación porque: (1) resulta difícil sostener que las retenciones practicadas sobre los rendimientos del trabajo personal sean deudas derivadas de la actividad económica de la empresa transmitente (2) tradicionalmente se reconoce que las deudas ligadas a condiciones específicas del sujeto pasivo no son transmisibles.

ALVARADO ESQUIVEL<sup>580</sup> coincidía con el TEAC en su resolución de 9 de junio de 1993 en que (1) el retenedor era obligado tributario cuya obligación surge al realizar dicho sujeto el presupuesto de hecho al cual la ley vinculaba el alumbramiento de la retención (en nuestro caso, el pago de rendimiento sujetos al IRPF) (2) el retenedor era un deudor principal y a título propio, ya que era el único obligado a efectuar la prestación económica como consecuencia del pago de rendimientos sujetos al impuesto (3) La deuda del retenedor derivaba de la obligación legal de retener e ingresar la suma correspondiente; esta obligación era distinta de la obligación tributaria en sentido estricto (es decir, la del perceptor de la renta) (4) el contribuyente -hubiera o no habido retención- quedaba liberado de la obligación de pago de las cantidades que legalmente debieran retenerse, ya que la retención era una actividad impuesta en forma exclusiva al retenedor.

---

<sup>579</sup> EUGENIO SIMÓN ACOSTA, CLEMENTE CHECA GONZÁLEZ, EUSEBIO GONZÁLEZ GARCÍA y CARMELO LOZANO SERRANO *“Alcance de la responsabilidad del sucesor en la titularidad de una empresa”* Jurisprudencia Tributaria Aranzadi, (compendio) año 1992, Ed: Aranzadi, S.A., pág. 1396 a 1398.

<sup>580</sup> ALVARADO ESQUIVEL, M de J. *“¿La responsabilidad tributaria del sucesor del negocio alcanza a las deudas por el IRPF-retenciones contraídas por el transmitente?”*. Impuestos (compendio). Año 1995. Tomo I. Ed. Distribuciones La ley, S.A., pág. 1426 a 1430.

Sin embargo, rechazaba, como afirmaba el TEAC<sup>581</sup>, que la responsabilidad alcanzase a las retenciones por el IRPF que hubiera debido de practicar el transmitente. El autor rechazaba estas afirmaciones basándose en los siguientes motivos: (1) la responsabilidad del sucesor alcanzaba sólo a las deudas y responsabilidades tributarias derivadas del ejercicio de la actividad empresarial del transmitente; el hecho imponible del IRPF no era consecuencia del ejercicio de la actividad empresarial, sino de los rendimientos del trabajo personal. Por tanto, la responsabilidad del sucesor no alcanzaba a las retenciones no ingresadas ya que la prestación tributaria no derivaba de la actividad económica del transmitente, sino del IRPF. (2) El retenedor no podía convertirse en responsable tributario. Responsable tributario era un deudor que se colocaba "junto al" sujeto pasivo, es decir, junto al contribuyente o sustituto de éste. Además, el responsable quedaba obligado a cumplir la obligación tributaria principal, esto es, la deuda tributaria en sentido estricto; era evidente que en este caso el responsable tributario (sucesor de la empresa) no venía a colocarse junto al sujeto pasivo (perceptor de la renta) sino, en todo caso, junto al retenedor (antiguo empresario). (3) las retenciones no ingresadas debían exigirse haciendo efectiva la obligación del retenedor, pero no la de un responsable tributario inexistente.

Para BARRACHINA<sup>582</sup> la obligación de practicar retenciones, no derivaba de la explotación de la empresa, sino de la obtención de un rendimiento de trabajo personal por parte de un asalariado, que era el de realizar el correspondiente hecho imponible; no derivaban, por tanto, de la actividad de la empresa y, por tanto, no debían ser exigibles al responsable por la sucesión en la empresa.

La STS de 15 de julio de 2000 señaló expresamente que la responsabilidad prevista en el art. 72 de la LGT 1963 no alcanzaba a los débitos por IRPF porque el hecho imponible que los motivaba era la aportación de trabajo, que era uno de los factores que determina

---

<sup>581</sup> Concretamente, el TEAC afirma que "... Tratándose como se trata del presente caso del desarrollo de una actividad empresarial, dicha consideración del empresario retenedor como deudor principal, obligado al pago de las cantidades que retuvo o debió retener, se deriva indudablemente del ejercicio de una actividad económico-empresarial en la que los trabajadores, objeto de sus retribuciones de la retención, aportan el factor humano en orden a la consecución de la finalidad que persigue, por lo que es de concluir que la responsabilidad, en el caso de sucesión de la titularidad de aquella explotación, del cesionario abarca también las deudas por el IRPF-retenciones que cara a la hacienda pública hubiera contraído a la persona del transmitente... "

<sup>582</sup> BARRACHINA JUAN, E. "Responsabilidad tributaria del adquirente de una empresa: supuesto regular de sucesión". Gaceta Fiscal. Número 169 del 1 de octubre de 1998. Ed. Gaceta fiscal, S.A., pág. 70.

el concepto de explotación económica pero que no constituía *per se* la explotación económica.

#### Facultad de repetir contra el sujeto pasivo

Por último, debemos apuntar que en el supuesto de que el adquirente tuviese que hacer frente al pago de las deudas tributarias transmitidas en el seno de una explotación económica, la normativa tributaria no contempla nada respecto a la facultad del adquirente para ejercitar la acción de regreso contra el transmitente. No obstante, al tratarse de una relación entre sujetos privados, la doctrina es unánime en reconocer la facultad de ejercer la citada acción.

#### Certificación previa

Para paliar la inseguridad que podría provocar en el adquirente de una explotación o actividad económica la existencia de deudas tributarias generadas por el transmitente, el artículo 72.2 de la LGT 1963 establecía la posibilidad de solicitar a la Administración Tributaria previa conformidad del transmitente, una certificación detallada de las deudas y responsabilidades tributarias derivadas del ejercicio de la explotación económica. En el supuesto de que la certificación se expidiera con contenido negativo (inexistencia de deudas) o no se facilitara en el plazo de dos meses desde su solicitud, el adquirente quedaría exento de responsabilidad.

El artículo 13 del RGR 1990 completaba lo anterior disponiendo que los efectos de las certificaciones mencionadas estarían supeditados a que se haya solicitado su expedición con anterioridad a la adquisición de la explotación económica. Adicionalmente, los efectos de la exención de responsabilidad por certificaciones negativas surtirían efecto únicamente respecto de las deudas para las que la Administración emisora de la certificación sea competente. En este sentido habría que distinguir las diversas Administraciones competentes (Estado, Autonómica y Local).

#### Transmisión de los créditos frente a la Hacienda Pública

En otro orden de cosas, podríamos preguntarnos si la sucesión en las deudas tributarias alcanza simplemente a las deudas tributarias o si, por el contrario, va a alcanzar también a los créditos que la Entidad sucedida ostentara, con carácter general, ante la Administración Tributaria.

La Doctrina Científica consultada no se pronuncia al respecto, si bien podemos reseñar la existencia de numerosas Consultas y Resoluciones<sup>583</sup> que sí tratan el tema y que entienden que, al igual que va a producirse una sucesión en las responsabilidades tributarias, se producirá asimismo, una sucesión en los créditos fiscales que la Entidad sucedida ostentara ante la Hacienda Pública. Cabe decir, sin embargo, que tanto la LGT 1963 como el RGR 1990 sólo se referían al hablar de sucesión a deudas y responsabilidades tributarias. Para dar una respuesta definitiva, es necesario valorar si la institución se configuraba como una garantía adicional al cobro de las deudas o estamos hablando de un verdadero responsable.

Parece claro, en línea con lo expuesto anteriormente, que, si se trataba de una garantía, difícilmente “responderá” de los créditos. No parece tener sentido, conceptualmente hablando, que haya una garantía sobre el cobro del crédito. Al igual que en el caso de que el sucesor tuviera que hacer frente al pago de la deuda tendría la facultad de repetir contra el deudor, en el supuesto de que se llegara a transmitir el crédito, el deudor podría repetir contra el sucesor.

BARRACHINA<sup>584</sup> consideraba que el supuesto de derivación de responsabilidad es consecuencia de la transmisión de un conjunto patrimonial formado por derechos y obligaciones; por tanto, el cesionario debía hacer frente a dichas obligaciones entre las que se encuentran las deudas tributarias frente a la hacienda pública como acreedor privilegiado, dando a entender que podría admitirse la transmisión de los derechos frente a la Hacienda Pública.

#### Momento de exigencia al responsable

En el marco de las relaciones de la Administración con el sucesor de la actividad, un elemento importante que debía definirse es el momento temporal en el cual se iniciaba esa relación. Es decir, a partir de qué momento la Administración podía hacer efectiva la exigencia de la deuda tributaria contra el sucesor.

La sentencia del TSJ de Baleares de 22 de marzo de 1996 consideraba que sólo tras agotarse todas las posibilidades de cobro del sujeto pasivo del tributo podría derivarse

---

<sup>583</sup> Verificando lo anteriormente expuesto, podemos destacar las Consultas de fecha 28/02/1984, 17/10/1988, 10/03/1990, 10/01/1991, 28/05/1991 o 13/10/1992, 21/01/1993, 28/02/1994, 04/11/1996, las Resoluciones del TEAC de fecha 13/05/1993, 02/03/1994, 15/12/1994, 08/06/1995 o 27/09/1995, la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 19/04/1994.

<sup>584</sup> BARRACHINA JUAN, E. “Responsabilidad tributaria del adquirente de una empresa: supuesto regular de sucesión”. Gaceta Fiscal. Número 169 del 1 de octubre de 1998. Ed. Gaceta fiscal, S.A., pág. 71.



el requerimiento de pago contra el adquirente del bien que constituya garantía real. El Tribunal de Baleares entendía que el pago podía exigirse tanto en período voluntario como en apremio por lo que el requisito del precepto legal era la ausencia del pago por cualquier medio. De acuerdo con la sentencia, ello obligaba a agotar el procedimiento de apremio, no sólo a abrirlo en los términos que preveía el artículo 37.2 del RGR 1990 sino a culminarlo con, en su caso, la declaración de insolvencia del sujeto pasivo. Tras esta declaración de insolvencia podía hacerse efectiva la garantía en que consiste el derecho de afección de los bienes. El argumento del Tribunal es que el artículo 41 de la LGT 1963 permitía derivar la acción cuando se constatase la falta de pago, por lo que debía haber absoluta constancia de que el pago no había tenido lugar, lo que no ocurría según la sentencia, hasta la finalización fallida del procedimiento de apremio<sup>585</sup>.

La sentencia de la AN de 9 de marzo de 1998 indicaba que era en vía de gestión tributaria y por parte del órgano competente para efectuar la liquidación cómo debía realizarse la declaración responsabilidad solidaria, requisito indispensable para la práctica de la correspondiente notificación de la liquidación. De modo que el responsable solidario debía de conocer la liquidación con anterioridad al inicio de la vía de apremio, a fin de tener la oportunidad de poder abonar la deuda dentro del período de pago voluntario. De lo expuesto se deduce que los órganos recaudadores carecían de competencias para declarar la responsabilidad solidaria y mucho menos una vez iniciada la vía de apremio. La responsabilidad solidaria debía ser declarada por los órganos de gestión<sup>586</sup>.

La sentencia del TSJ de Catalunya de 21 de mayo de 1998 analizó si para hacer efectivo el derecho de crédito de la Hacienda sobre los bienes afectos, resultaba o no preciso haber agotado sin éxito la acción recaudatoria contra el sujeto pasivo y obtenida la previa declaración de insolvencia. El Tribunal basó su respuesta afirmativa en las siguientes razones (1) El artículo 41 de la LGT 1963 precisaba que la responsabilidad de los adquirentes entraba en juego si la deuda no se pagaba. (2) la misma idea puede

---

<sup>585</sup> Vid. comentarios de EUGENIO SIMÓN ACOSTA, CLEMENTE CHECA GONZÁLEZ, EUSEBIO GONZÁLEZ GARCÍA y CARMELO LOZANO SERRANO en *“La exigencia de responsabilidad al titular de bienes afectos”*. Jurisprudencia Tributaria Aranzadi (compendio) año 1996. Tomo I. Ed. Aranzadi, S.A., pág. 1601 a 1603.

<sup>586</sup> Vid. EUGENIO SIMÓN ACOSTA, CLEMENTE CHECA GONZÁLEZ, EUSEBIO GONZÁLEZ GARCÍA, CARMELO LOZANO SERRANO y AMANCIO PLAZA VÁZQUEZ. *“Dos esclarecedoras sentencias en torno al entendimiento de la responsabilidad solidaria en derecho tributario”* Jurisprudencia Tributaria Aranzadi (compendio) año 1998 tomo II Ed. Aranzadi, S.A. (págs. 1107 a 1109 del. Sentencia de la audiencia nacional de 9 de marzo de 1998 y sentencia del TSJ de Cataluña de 21 de mayo de 1998.

extraerse de diferentes artículos del RGR 1990 (arts. 11, 12, 45, 87 a 90, 100, 102 y 108 del Reglamento de 1968) de los que se deducía que la posición del adquirente de los bienes afectos se hallaba subordinada a la del deudor principal. (3) La idea que parece inferirse del artículo 37.2 del RGR 1990 en ningún caso podía prevalecer sobre lo previsto por el artículo 41 de la LGT 1963; era poco acorde con los principios de justicia material (capacidad contributiva) abandonar en situación de solvencia al deudor natural del tributo para dirigir la acción recaudatoria, por comodidad o conveniencia hacia una persona (titular de los bienes afectos) cuya capacidad contributiva para nada ha sido tomada en cuenta a lo largo y ancho de la relación tributaria establecida entre el sujeto pasivo y el Estado.

De acuerdo con la sentencia del TSJ de Cataluña de 16 de septiembre de 1996 el acto derivativo de responsabilidad debía dictarse después de haber agotado sin éxito la acción recaudatoria, al entender que sólo podía exigirse la acción derivativa de responsabilidad cuando la deuda no se pagase y ello venía referido a todas las modalidades posibles de pago por parte del deudor, esto es, tanto la satisfacción en período voluntario como en vía de apremio. Los artículos 12, 45, 100, 102 y 108 del RGR (en su redacción de 1968) reforzaban lo anterior al remitir al régimen propio de la responsabilidad subsidiaria que, como es sabido, exigía la declaración de insolvencia del deudor principal. En resumen, la responsabilidad no era una facultad de opción en manos de la Administración para abandonar en cualquier momento la vía de apremio seguida contra el deudor principal y derivar las actuaciones hacia el titular del bien afecto al pago de la deuda. Debía atenderse, pues, el criterio de agotar los trámites de la vía de apremio respecto al sujeto pasivo, hasta llegar a la correspondiente declaración de fallido<sup>587</sup>.

Para ESCRIBANO<sup>588</sup> era inexcusable la previa declaración de fallido del deudor principal, puesto que el responsable debía ocupar la posición del sujeto pasivo (se le conferirían los derechos del sujeto pasivo); ello suponía el agotamiento de la vía de

---

<sup>587</sup> Vid. EUGENIO SIMÓN ACOSTA, CLEMENTE CHECA GONZÁLEZ, EUSEBIO GONZÁLEZ GARCÍA y CARMELO LOZANO SERRANO. *“No cabe equiparar el régimen jurídico de la afección de bienes a un supuesto de responsabilidad solidaria”* Jurisprudencia Tributaria Aranzadi (compendio) año 1996 Tomo III Ed. Aranzadi, S.A., pág. 1499 a 1501.

<sup>588</sup> ESCRIBANO, F. *“Notas sobre la futura regulación de responsabilidad tributaria”*. Quincena Fiscal (revista de actualidad fiscal). Número 13 del 1 de julio de 1995. Ed. Aranzadi, S.A., pág. 7 a 13.

apremio en relación con el deudor principal y sólo verificado éste cabía la derivación de responsabilidad, previo acto administrativo.

La consideración, de forma clara, de la responsabilidad de tipo subsidiario por parte del sucesor aclaró aún más esta situación, en la medida que el art. 37.5 de la LGT 1963 establecía la necesidad de la previa declaración de fallido del deudor principal y del resto de responsables solidarios.

#### Forma de las actas

La sentencia de la AN de 14 de septiembre de 1993 declaró nulas las actas incoadas al responsable solidario en la medida que estimó la Administración confundía las figuras jurídico-tributarias del sujeto pasivo sustituto del contribuyente con la de responsable solidario en la deuda tributaria; el argumento principal (claro y evidente) fue que las actas debían haberse incoado al sujeto pasivo<sup>589</sup>, cosa que no hizo la Administración.

De acuerdo con MAZORRA MANRIQUE DE LARA<sup>590</sup> la liquidación que se notifica al responsable debe ser distinta de la del sujeto pasivo, ya que para la admisibilidad de la concepción de acto reproductor de otro anterior o acto confirmatorio se exigen tres identidades necesarias para la apreciación de la cosa juzgada: identidad de los sujetos, identidad en la pretensión y, por último, identidad en el fundamento de la pretensión. Así, aun cuando ambas liquidaciones pueden ser idénticas se trata de dos liquidaciones diferentes. El artículo 14.2 RGR 1990 exige que en el acto administrativo de derivación de responsabilidad notificado al responsable subsidiario se le comunique expresamente no sólo los elementos esenciales de la liquidación sino también el lugar, plazo y forma en que deba ser satisfecha la cantidad a que se extiende a la responsabilidad subsidiaria. El carácter accesorio de la obligación de responsable respecto de la obligación tributaria principal significa, en cuanto a la extinción, que cuando la obligación tributaria principal se extingue, consecuencia del pago por parte del sujeto pasivo o por cualquier otra razón, desaparecerá la obligación de responsable.

---

<sup>589</sup> Vid. Eugenio Simón Acosta, Clemente Checa González, Eusebio González García y Carmelo Lozano Serrano. *"Naturaleza y extensión de la responsabilidad tributaria solidaria"* Jurisprudencia Tributaria Aranzadi (compendio) año 1993 Tomo II Ed. Aranzadi, S.A., pág. 1036 a 1037.

<sup>590</sup> Mazorra Manrique de Lara, S. *"Régimen jurídico de la responsabilidad tributaria"*. Crónica Tributaria nº 64 de octubre a diciembre de 1992 Ed. Instituto de Estudios Fiscales, págs. 69 y 70.

#### 4. La sucesión en la actual LGT

En definición de SÁNCHEZ MANZANO<sup>591</sup>, puede entenderse la sucesión tributaria “... como aquel fenómeno en cuya virtud uno o varios sujetos pasan a ocupar, frente a la Hacienda Pública, la posición jurídica que anteriormente ocupaban otro u otros, que desaparecen de la relación, en una relación jurídica que por lo demás permanece inalterada, esto es se engendra un cambio subjetivo y una persistencia de la relación jurídica objetiva”.

La actual LGT recoge de manera más sistemática que la anterior los supuestos de sucesión tanto de personas físicas como de personas jurídicas. Así, los arts. 39 y 40 se refieren a los efectos de la desaparición del mundo jurídico de estos sujetos respecto de las obligaciones tributarias pendientes. No obstante, el art. 18 LGT 2003 deja claro que el crédito es indisponible (salvo que la Ley disponga otra cosa).

Respecto de las personas físicas, el art. 39 se manifiesta en la misma línea que la LGT 1963 si bien establece una serie de mejoras técnicas. Por un lado, sustituye la referencia a “los sujetos infractores” de la LGT 1963 por la denominación más amplia (y más correcta) de los “obligados tributarios”. Mantiene la referencia a la aplicación de la legislación civil respecto de la herencia. Finalmente, el apartado 2 introduce una aclaración al referirse a que las deudas no liquidadas también se transmitirán a los herederos siempre que se hayan devengado.

Por su parte, el art. 42 LGT 2003, en la letra c) de su apartado 1, se refiere a la sucesión de empresa regulada en la LGT 1963 en el art. 72, manteniendo un criterio similar a la anterior Ley, pero clarificando algunos de los aspectos más controvertidos.

Tal y como señala MARÍN BENÍTEZ<sup>592</sup>, la sucesión a efectos fiscales en la posición del anterior empresario puede producirse: (1) en calidad de responsable por aplicación del art. 42.1.c) de la LGT 2003; (2) en calidad de sucesor derivado de la realización de negocios que comportan la sucesión universal mercantil o civil, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 39 y 40 de la LGT 2003; (3) como consecuencia de la aplicación del

---

<sup>591</sup> SÁNCHEZ MANZANO, JD. “La subrogación en determinados créditos tributarios para las personas jurídicas en el marco de las operaciones de reestructuración empresarial y su interrelación con el fenómeno de la sucesión universal mercantil”. Publicación: Revista Quincena Fiscal nim. 17/2013 parte Estudios. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2013. Acceso on-line

<sup>592</sup> MARÍN BENÍTEZ, G. “La sucesión de empresa y la subrogación del sucesor en la relación jurídico-tributaria del anterior empresario” Revista CEF Contabilidad y tributación. Comentarios, casos prácticos. Nº 401-402. Agosto-Septiembre, 2016. pág. 54.

art. 84 de la LIS por la realización de determinados negocios jurídicos acogidos al régimen fiscal especial del capítulo VII del título VII de la propia LIS, determinándose una sucesión universal o particular respecto de los elementos transmitidos. Únicamente habría una subrogación real en los dos últimos supuestos.

#### **4.1 La transmisión de las obligaciones tributarias**

Por lo que al objeto de este trabajo afecta, el art. 40 LGT 2003 se refiere a la sucesión de las obligaciones tributarias de las personas jurídicas. Respecto al antecedente de este artículo en la LGT 1963, el art. 89, se establece una distinción entre sociedades personalistas y no personalistas, no limitando la responsabilidad en el caso de las primeras pese a su disolución, de manera que los socios responderán ilimitadamente y de manera solidaria.

Como bien señala CERVANTES SÁNCHEZ-RODRIGO<sup>593</sup>, se ha introducido una corrección respecto del límite de la responsabilidad en las sociedades no personalistas al referirse a la cuota de liquidación “que les corresponda” sustituyendo la expresión “que se les hubiese adjudicado”. De esta forma, se evita que la cuota que conste en el acuerdo social de liquidación sea la que marque el límite, aunque, finalmente, la cuota adjudicada haya sido distinta.

El apartado 3 del art. 40 de la LGT 2003 se refiere a los supuestos de reestructuración empresarial con extinción sin liquidación de sociedades mercantiles como los casos de fusión o escisión total, y a los de cesión global del activo y pasivo de sociedades. En todos estos casos, las obligaciones tributarias pendientes se transmitirán a las entidades sucesoras o beneficiarias de la correspondiente operación.

GÓMEZ-MOURELO<sup>594</sup> señala que en estos casos responderán solidariamente de las obligaciones tributarias quienes les sucedan o sean beneficiarios. Dicha solidaridad únicamente puede producirse en los supuestos de escisiones totales en la medida que habrá más de un beneficiario; en los demás supuestos el sujeto pasivo original habrá desaparecido y existirá un único sucesor.

---

<sup>593</sup> CERVANTES SÁNCHEZ-RODRIGO, C.J. y otros “*Guía de la Ley General Tributaria*” Ed. CISS. 1ª Edición, Valencia 2004, pág. 106

<sup>594</sup> GÓMEZ-MOURELO, C y otros. “*La nueva Ley General Tributaria comentada*”, Ed. La Ley, Madrid 2004, pág. 173.

De este modo, la LGT 2003 configura el régimen jurídico de las obligaciones tributarias de las entidades disueltas distinguiendo entre las que han sido objeto de liquidación y las que no. Pese a que como luego veremos el régimen fiscal especial hace una regulación diferente, no parece que la LGT 2003, con carácter general, contemple la posibilidad de que se transmitan obligaciones tributarias en aquellas situaciones en que la entidad no es objeto de disolución que, en lo que al presente trabajo ocupa, afectaría a las escisiones parciales y a las aportaciones no dinerarias.

En todo caso, la LGT 2003 no hace referencia alguna a los posibles derechos de las entidades disueltas. Ante este silencio, tanto cabe interpretar que el legislador ha entendido que en ningún caso dichos derechos son transmisibles y por ello no han sido objeto de mención como que, sencillamente, no han sido mencionados, de manera intencionada o no, pero que ello no afecta en absoluto a la discusión sobre su transmisibilidad.

En relación con algunas de las cuestiones planteadas en vigencia de la LGT 1963, cabe decir que, con carácter general, la LGT 2003 clarifica muchas de las mismas en atención a la estructura de la Ley y a las definiciones que incorpora.

El art. 35 de la LGT 2003 establece una relación exhaustiva de los que considera obligados tributarios<sup>595</sup>. Entre ellos sitúa a los contribuyentes, los sustitutos del contribuyente y a los sucesores. El art. 36 de la LGT 2003 define al sujeto pasivo como aquel obligado tributario al que la ley impone el cumplimiento de la obligación tributaria principal, junto con las obligaciones formales inherentes a la misma, bien sea a título de contribuyente (aquel que realiza el hecho imponible) o como sustituto del mismo (aquel que, por imposición de la ley, debe cumplir la obligación tributaria principal, y las formales inherentes a la misma, en sustitución del contribuyente).

Por tanto, resulta claro de lo anterior que sólo podrán ser sujetos pasivos el contribuyente y el sustituto del contribuyente, según las definiciones del art. 36. Dado que el sucesor es una figura distinta de la del contribuyente y la del sustituto, según la relación del art. 35 de la LGT 2003, en ningún caso podrá considerarse al sucesor como sujeto pasivo. Esta conclusión, idéntica a la alcanzada respecto de la LGT 1963, resulta

---

<sup>595</sup> Que, según el apartado 1 del mismo artículo, son "... las personas físicas o jurídicas y las entidades a las que la normativa tributaria impone el cumplimiento de las obligaciones tributarias".

con la actual LGT más evidente y, en principio, debería eliminar la discusión doctrinal suscitada al respecto en el pasado.

La LGT 2003 también se ocupa de la mal llamada sucesión de empresa reiterando el error de utilizar la palabra sucesión en su art. 42.1.c)<sup>596</sup>. La Ley considera al sucesor de las explotaciones económicas como responsable solidario de la deuda tributaria. Se alinea, de esta manera, con el RGR 1990 pese a la previa derogación por el TS del inciso que hacía referencia a la responsabilidad solidaria de los sucesores en el Reglamento.

No sólo considera la responsabilidad como solidaria<sup>597</sup>, lo que, tal y como hemos visto y con independencia del redactado de la LGT 1963, había sido duramente criticado por los autores, sino que además incorpora a esta responsabilidad las obligaciones derivadas de la falta de ingreso de las retenciones (que en vigencia de la LGT 1963 se había considerado no incorporadas dentro de esta responsabilidad) y las sanciones (impuestas o que se pudieran imponer) salvo que se hubiese solicitado el certificado de las deudas del transmitente previsto en el art. 175 LGT 2003. Hay que decir que dicho certificado abarca a la totalidad de elementos integrantes de la deuda tributaria por lo que la conclusión, pese a la equívoca redacción del art. 42, es que la responsabilidad alcanza también a las sanciones, excepto que se hubiese solicitado el certificado y éste fuera de contenido negativo, en cuyo caso la responsabilidad se limitará en su totalidad.

Específicamente, se exceptúan de este supuesto los casos de sucesión por causa de muerte, que se regirán por lo dispuesto en el art. 39 de la LGT 2003 referido a los sucesores de personas físicas, por lo que debemos entender que en todos los casos en los que se continúe una explotación económica, derivado de cualquier título jurídico, con la única excepción de las sucesiones por causa de muerte de personas físicas, será aplicable lo establecido en el art. 42 de la LGT 2003. Así, en los supuestos de aportaciones no dinerarias de rama de actividad y de aportaciones especiales,

---

<sup>596</sup> Tal y como señala ARRIBAS (*“ARRIBAS LEÓN, M. “Sucesión de empresas y responsabilidad tributaria”, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 133*) la palabra *“sucedan”* no debe equipararse a sucesión en sentido técnico-jurídico, de manera que la expresión *“sucedan por cualquier concepto”* hubiera podido sustituirse por *“adquieran por cualquier concepto”*.

<sup>597</sup> Coincidimos con ARRIBAS (*“Sucesión de empresas ...” op.cit. pág. 207 y ss*) que es cierto que está declaración de solidaridad en la responsabilidad acelerará los procedimientos de la Administración para proceder a cobro y que el responsable siempre tendrá la acción de reembolso contra el sujeto pasivo para preservar el principio de capacidad económica (que se preservará si es que alcanza el cobro) pero, en todo caso, es inadmisibles desde el punto de vista de justicia tributaria que la administración pueda dirigirse contra un responsable antes de acreditar la insolvencia del sujeto pasivo. En la misma línea de manifiesta el *Informe de la AEAJ al Anteproyecto de Ley General Tributaria (Revista Técnica Tributaria, nº. 60, 2003, págs. 89 a 128)*.

deberíamos atender a lo establecido en el art. 42 a falta de verificar una posible normativa específica diferenciada en la aplicación del régimen especial.

Sin embargo, en los supuestos de extinción o disolución de sociedades mercantiles, previstos en el art. 40.3 de la LGT 2003, se regula el sistema de sucesión específico para estos casos que no coincide exactamente con el del art. 42 y que teóricamente también sería de aplicación, al haber excepcionado únicamente el régimen previsto en el art. 39 para las sucesiones mortis causa de personas físicas.

En relación con la exigencia al sucesor de las sanciones, el Título IV de la LGT regula la potestad sancionadora de la Administración que deberá ejercerse, según el art. 178 de la LGT 2003, de acuerdo con los principios reguladores de la misma en materia administrativa, pero sujetas a las especialidades que determine la propia LGT. Cabe reseñar que entre los principios que se citan específicamente como aplicables no está el de personalidad de las penas que, a juicio de muchos autores en vigencia de la LGT 1963, impedía la transmisión de las sanciones a los sucesores.

El art. 182 de la LGT 2003 regula específicamente la situación de las sanciones impuestas a los sujetos infractores respecto de los responsables y los sucesores. Así, pese a que el art. 41.4 de la LGT 2003 señala que, con carácter general, la responsabilidad no alcanzará a las sanciones, en el caso de los sucesores de la explotación económica, tal y como establece el art. 42 de la LGT 2003 excepcionando la regla general, responderán solidariamente del pago de las sanciones tributarias.

En el caso de las sociedades y entidades disueltas (con o sin liquidación) las sanciones tributarias se transmitirán a los sucesores de las mismas de acuerdo con lo previsto en el art. 40 de la LGT 2003. Sin embargo, tal y como hemos expuesto, el art. 42.1.c) configura al sucesor en la actividad (cosa que se produce, junto a otros supuestos, en los casos de fusiones y escisiones totales) como un responsable solidario respecto de las obligaciones tributarias en sentido amplio, incluyendo expresamente, las retenciones y las sanciones.

De esta forma la entidad beneficiaria en un procedimiento de fusión o escisión total parece que tendría una doble condición de sucesora, en sentido estricto del término, y de responsable solidaria. No es objeto del presente trabajo analizar estos supuestos, pero baste apuntar a título ejemplificativo que, al margen de la imposibilidad de ser sujeto pasivo (por sucesión) y responsable al mismo tiempo, desde un punto de vista práctico, las consecuencias son distintas. A priori, parece que a estas entidades



beneficiarias debería considerárselas sucesoras y regirse por lo previsto en el art. 40 de la LGT 2003<sup>598</sup>. En esta misma línea se manifiesta ARRIBAS<sup>599</sup> felicitándose por el avance que supone la LGT respecto de la antigua aclarando uno de los aspectos más controvertidos de la LGT de 1963.

Para el caso de las aportaciones no dinerarias de rama de actividad, en la medida que lo aportado sea una explotación económica en funcionamiento<sup>600</sup>, será aplicable el art. 42.1.c) respecto de la responsabilidad solidaria. Si se tratara de la aportación de elementos aislados que no supongan la continuación de la explotación en otra entidad no existirá ningún tipo de responsabilidad.

De igual manera que en vigencia de la LGT 1963 entendíamos que la responsabilidad en la sucesión de empresa alcanzaba las deudas liquidadas y a las pendientes de liquidación, con la actual LGT mantenemos la misma opinión.

Por un lado, respecto de la sucesión de las personas jurídicas, el art. 40.2 de la LGT 2003 expresamente señala que el hecho de que la deuda tributaria no se encontrara liquidada en el momento de la extinción de la personalidad jurídica no evita que se produzca la transmisión de las obligaciones tributarias. Por otro lado, en los supuestos de la responsabilidad por sucesión de empresa, la LGT utiliza el término *obligaciones tributarias contraídas*. Igualmente, el art. 41.3 de la LGT 2003 establece con carácter general que la responsabilidad alcanzará a la totalidad de la deuda tributaria. Desde luego, podemos considerar que el hecho de que las deudas no se hubiesen liquidado no es razón suficiente para entender que escapan de la responsabilidad del sucesor.

El art. 175.2 de la LGT 2003 permite a quien pretenda adquirir la titularidad de una explotación solicitar a la Administración una certificación donde consten las deudas, sanciones y responsabilidades tributarias de la misma. La Administración tiene un plazo de tres meses para su emisión a partir de la fecha de solicitud; llegada esa fecha sin haberse emitido, el solicitante quedará exento de toda responsabilidad. Por supuesto,

---

<sup>598</sup> En este sentido la STS de 26 de mayo de 1994 en un supuesto de fusión, en vigencia de la antigua LGT, señaló que la empresa absorbente se convertía en responsable directo de las obligaciones tributarias de la absorbida, pero no como consecuencia del art. 72 LGT 1963, sino por aplicación de las normas de Derecho privado (art. 1203.2 Cc).

<sup>599</sup> ARRIBAS LEÓN, M. "*Sucesión de empresas ...*" *op.cit.* pág. 100.

<sup>600</sup> Tal y como hemos expuesto, el concepto de rama de actividad es en la actualidad lo suficientemente amplio como para permitir que el conjunto de lo aportado no se trate de una explotación económica en la transmitente y, sin embargo, pueda considerarse rama de actividad a estos efectos.

en el caso de que el certificado fuera emitido, su responsabilidad se limitará a las deudas y responsabilidad referidas en el certificado.

La LGT exige, para poder solicitar el certificado, la conformidad del titular de la explotación. Entendemos que la única razón que lo justifica es que la Administración pueda asegurarse de que la finalidad real de dicho certificado sea verificar las deudas y obligaciones tributarias en el marco de una posible adquisición de la titularidad de la explotación. En este sentido, parece que dicho certificado sólo surtirá efectos en relación con su finalidad y respecto del solicitante. Es decir, un posterior adquirente interesado en la explotación no podría aducir un certificado emitido a solicitud de un tercero para emitir su responsabilidad. De hecho, el art. 175 de la LGT 2003 se refiere expresamente al solicitante cuando establece la limitación de la responsabilidad. Por otra parte, no creemos que este certificado pueda utilizarse a cualquier otro efecto como, por ejemplo, por el propio titular a efectos de limitar sus obligaciones tributarias. Es cierto, que existiría un acto de la Administración, expreso o presunto, en el que sólo se incorporaran una parte de las deudas (o, tal vez, ninguna), pero se trata de un acto con una finalidad concreta y que produce unos efectos específicos respecto de un único sujeto (el solicitante).

Parece claro que la entidad adquirente de una rama de actividad podría utilizar esta vía para limitar su responsabilidad respecto de deudas u obligaciones tributarias vinculadas a la rama de actividad adquirida. Sin embargo, no resulta tan claro que sea un mecanismo utilizable por el adquirente de explotaciones económicas vía fusión o escisión, en la medida que el art. 175 está pensando (y así lo menciona expresamente) en responsables y no en sucesores por extinción de la persona jurídica.

La actual LGT, a diferencia de la anterior, contempla expresamente en su art. 41.6 la facultad de los responsables de solicitar por la vía civil el reembolso de lo satisfecho a la Administración.

SÁNCHEZ MANZANO<sup>601</sup> considera tanto la doctrina administrativa<sup>602</sup> como la jurisprudencia han admitido la subrogación en derechos y obligaciones tributarias a partir del resultado de la sucesión universal en el ámbito mercantil. De manera implícita

---

<sup>601</sup> SÁNCHEZ MANZANO, JD. *“La subrogación en determinados créditos tributarios ...” op.cit.*

<sup>602</sup> En este sentido cita la resolución del TEAC de 13 de septiembre de 2001 o la de 19 de enero de 2005.

se ha asociado tradicionalmente con el presupuesto de la extinción de la sociedad transmitente, asociación que tras la aprobación de la LME ha perdido sentido.

#### **4.2. La transmisión de los derechos tributarios**

Para poder establecer un criterio claro respecto del tratamiento actual de los créditos tributarios, conviene hacer un análisis de su existencia para valorar su transmisibilidad o no, especialmente en lo que hace referencia a las BIN.

HINOJOSA TORRALVO<sup>603</sup> señala que, a la hora de identificar las situaciones jurídicas activas del ente público, tradicionalmente suele distinguirse entre derechos subjetivos y potestades<sup>604</sup>. Se entiende que los derechos subjetivos recaen sobre concretas prestaciones a las que está obligado un tercero en virtud del mismo (derechos de crédito) o sobre cosas ajenas cuya titularidad se adquiere a causa del derecho subjetivo (derechos reales). Junto a este crédito tributario estricto existen otros tipos de derechos de crédito en sentido amplio derivados de diferentes situaciones como el derecho a obtener ingresos con carácter previo al devengo del tributo, el cobro de intereses o incluso derechos ajenos a prestaciones patrimoniales (como la formulación de declaraciones o entrega de información).

Las potestades, en cambio, son mucho más genéricas y están orientadas a la satisfacción del crédito tributario, aunque no formen parte del mismo; así, podríamos citar las potestades liquidatoria, recaudatoria, inspectora o revisora.

Desde el punto de vista tributario la relación obligacional que se genera entre acreedor impositivo y deudor impositivo es, en principio, una relación, desde el punto de vista económico, unidireccional. Es, únicamente, el contribuyente el obligado a satisfacer aquellas prestaciones económicas a las que viene obligado por ministerio de la Ley.

Sin embargo, como señala MOSHETTI<sup>605</sup>, para que la contribución de los sujetos a los gastos públicos se mida en relación con su riqueza global, es necesario que se graven todos los hechos indicativos de tal riqueza y sólo éstos. Así, lo establece el principio de

---

<sup>603</sup> HINOJOSA TORRALVO, JJ. *“Los créditos de impuesto en el sistema tributario español”* Cedecs Editorial, Barcelona 1995, pág. 8.

<sup>604</sup> Vid también GARCÍA DE ENTERRÍA, E y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.R. *“Curso de derecho Administrativo”*, Vol. I, Ed. Civitas, Madrid 1989, págs. 373 y ss.

<sup>605</sup> MOSHETTI, FRANCESCO *“El principio de capacidad contributiva”* Estudios de Hacienda Pública. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid 1980 pág. 259. Traducción de Calero Gallego, J

capacidad económica reconocido constitucionalmente. El concepto de capacidad se refiere a una aptitud efectiva; por eso es necesario que se graven manifestaciones económicas reales y no meramente ficticias<sup>606</sup>.

Por ello, la finalidad de la devolución es reequilibrar el desplazamiento patrimonial injustificado entre el acreedor y el deudor impositivo. Como señala Serrano Antón<sup>607</sup>, la devolución tributaria puede ser tanto un derecho de crédito como una obligación de contenido económico, dependiendo del punto de vista, a cargo del Ente u Organismo Autónomo integrado en la Hacienda Pública.

Por tanto, los supuestos de crédito tributario se producen cuando, de alguna manera, se ha vulnerado el principio de capacidad económica. Se ha producido una transferencia de recursos por parte del contribuyente a favor de la Hacienda Pública superior a su aptitud real sobre la cual debían haberse exigido éstos. Se produce entonces un derecho por parte del contribuyente de reequilibrar su contribución de acuerdo a su capacidad que se articula a través del crédito tributario.

La ratio básica de los verdaderos derechos de crédito, por tanto, es el reequilibrio patrimonial a partir de un pago previo<sup>608</sup>. Sin embargo, este concepto de derecho de crédito engloba situaciones que, desde el punto de vista jurídico, tienen características diversas. Dentro de este concepto se incluyen todo tipo de derechos contra la Hacienda Pública; desde el derecho a la devolución o compensación del IVA hasta el derecho de compensación de BIN.

En sentido genérico podemos hablar de situaciones activas de los particulares y, por lo tanto, pasivas de la Administración. El ejemplo típico es el derecho a la devolución de ingresos indebidos, pero no es el único y, en todo caso, a efectos de definir un concepto único deberíamos hablar de derecho subjetivo ejercitable mediante deducción o en su caso devolución; dicho derecho nace por la realización de un ingreso sin naturaleza contributiva, porque haya sido mayor de lo debido o porque haya sido realizado por un sujeto al que no correspondía dicha prestación<sup>609</sup>.

---

<sup>606</sup> MOSHETTI, FRANCESCO “*El principio de capacidad...*” *op.cit.* pág. 303.

<sup>607</sup> SERRANO ANTÓN, F. “*Estudios de D Financiero y Tributario*”, AAVV, Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid 1996, pág. 320.

<sup>608</sup> HINOJOSA TORRALVO, JJ. “*Los créditos de ...*” *op.cit.* pág. 212.

<sup>609</sup> *Ibidem.* págs. 12 y ss.

En nuestro sistema tributario pueden identificarse un gran número de supuestos de deducción o devolución en los que podríamos hablar de crédito tributario. El crédito del impuesto propiamente dicho no es la deducción o la devolución sino el derecho. Dentro de los posibles créditos tributarios, en sentido genérico del término, HINOJOSA<sup>610</sup> enumera los siguientes:

- a) Los derechos reconocidos en los impuestos directos sobre la renta para reducir de la cuota o, incluso, obtener la devolución por los excesos de pagos realizados anticipadamente: retención, ingreso a cuenta, pago fraccionado y pago a cuenta del IS.
- b) Los derechos reconocidos en los impuestos directos sobre la renta para evitar la doble imposición: internacional, dividendos y plusvalías.
- c) El derecho reconocido en el IVA a deducir las cuotas soportadas e incluso a obtener la devolución de las mismas.
- d) El derecho reconocido en los impuestos especiales de fabricación para la devolución de cuotas soportadas por los sujetos adquirentes de los productos en función del destino de los bienes.
- e) El derecho reconocido por el, originariamente, Derecho aduanero, ahora comunitario, a los exportadores respecto de los impuestos pagados al importar las materias primas.
- f) El derecho concedido para practicar una deducción relacionada con los gastos necesarios y debidos al cumplimiento de las obligaciones fiscales (en Derecho italiano en 1986 se permitió la deducción de los gastos para la adquisición de cajas registradoras o en España la deducción que se estableció de gastos para la adecuación al Euro).
- g) El derecho reconocido en los impuestos sobre la renta para incentivar la realización de determinadas actividades (adquisición de activos fijos nuevos, inversión exterior, producciones cinematográficas o audiovisuales españolas, Investigación y Desarrollo, formación del personal de la empresa, creación de empleo, etc.).

---

<sup>610</sup> *Ibidem.* págs. 21 y ss.

Dentro de este grupo existen créditos tributarios en sentido propio y otros en sentido impropio. Dentro de los primeros se encontrarían aquellos que derivan de un ingreso, pago o exacción tributaria realizada (letras a) a e)).

Según Hinojosa, para que se pueda hablar de crédito del impuesto es necesario el reconocimiento normativo de derechos cualitativamente distintos del simple derecho a la deducción o a la devolución. Las características sobre las que se asienta el crédito del impuesto son:

- (i) Haber soportado una detracción patrimonial de carácter obligatorio derivada de la aplicación de la Ley del impuesto.
- (ii) Que la propia Ley prevea un derecho a equilibrar el patrimonio en función de la detracción previamente soportada.

*“El crédito del impuesto aparece, pues, como un derecho atribuido ex lege a quien realiza un pago debido en virtud de una obligación de naturaleza tributaria, y resulta ejercitable en el ámbito de un impuesto bien mediante deducción de la cuota correspondiente al mismo, bien mediante devolución, o mediante ambas subsidiaria o alternativamente, según los casos”*; se trata de un derecho de naturaleza subjetiva porque le faculta para exigir de la Administración su efectivo cumplimiento<sup>611</sup>.

Parece, por tanto, que una parte de la doctrina únicamente considera derechos de crédito, en términos estrictos, aquellos que suponen un previo desplazamiento patrimonial que necesita reequilibrarse. Sin embargo, la exigencia de esta característica no viene avalada por ninguna norma jurídica o teoría que así lo sustente.

Repetidamente nuestros Tribunales, incluido el TS<sup>612</sup>, han dictaminado que la cuota del IVA “a devolver” a 31 de diciembre de cada año que pueda ostentar un sujeto pasivo, resultado de que el IVA soportado deducible es superior al IVA devengado, constituye técnicamente un crédito a favor del contribuyente. Bien es cierto, que todas estas sentencias contraponen el concepto de derecho de crédito al de ingreso indebido, en la medida que entienden que en ningún caso se ha producido un ingreso a favor de la Hacienda Pública que no se hubiese debido producir.

---

<sup>611</sup> HINOJOSA TORRALVO, JJ. *“Los créditos de ...” op.cit.* pág. 201.

<sup>612</sup> Por todas STS de 26 de septiembre de 2002.

SERRANO ANTÓN<sup>613</sup>, tras recordar que cuando una persona muere las relaciones jurídicas en las que el causante era sujeto activo o pasivo no se extinguen, sino que ese conjunto de relaciones jurídicas activas y pasivas que componen el patrimonio de una persona pasan a los nuevos titulares del patrimonio, considera que, de acuerdo con la LGT 1963, los art. 155 de esa ley y 1.2 RDII contemplan la posibilidad de que a los herederos o causahabientes les sea transmitido el derecho a la devolución de ingresos indebidos.

El art. 1.2 RDII establece la sucesión del derecho a la devolución en los casos de fusión y de escisión. En el caso de la fusión, mediante el principio de transmisión universal *ipso iure*, se facilita el traspaso patrimonial de una a otra sociedad al permitir que los distintos bienes, derechos y obligaciones integrantes del patrimonio de la sociedad extinguida se transmitan *uno actu*. Lo mismo ocurre en el caso de la escisión<sup>614</sup>.

Bajo el Título de *Las obligaciones y deberes de la Administración Tributaria*, la Sección 3ª del Capítulo I del Título II de la LGT, recoge precisamente las obligaciones de la Administración en relación con los administrados. El art. 32 LGT 2003 regula la devolución de ingresos indebidos (aquellos que indebidamente se hubiesen realizado en el Tesoro Público) a los obligados tributarios o a sus sucesores, reconociendo de forma explícita la transmisión por sucesión de este derecho. El art. 31 LGT 2003 se refiere a las devoluciones derivadas específicamente de cada tributo, en las que no se menciona a quien se devolverá debiendo entender que se producirá al sujeto pasivo o a su sucesor.

La Sección 4ª regula los derechos y garantías de los obligados tributarios. El art. 34 establece, dentro de una amplia relación de derechos, el derecho a obtener las devoluciones derivadas de la normativa de cada tributo y las devoluciones de ingresos indebidos, de acuerdo con el concepto establecido con anterioridad. Evidentemente, las obligaciones de la Administración se corresponden, en multitud de ocasiones, con los derechos de los obligados tributarios, por lo que unas y otros no son más que el reverso y el anverso de la misma moneda.

Otro de los derechos de los obligados tributarios que conviene destacar es el derecho al reconocimiento de los beneficios o regímenes fiscales que resulten aplicables,

---

<sup>613</sup> SERRANO ANTÓN, F “*Las devoluciones tributarias*”, Ed. Marcial Pons, Madrid 1996, pág. 122.

<sup>614</sup> *Ibidem*. pág. 125.

configurándose éstos como un derecho que, en principio, debería ser transmisible como consecuencia de la sucesión.

Por tanto, en nuestra opinión, no cabe duda de que los derechos de crédito son derechos totalmente transmisibles en el marco de las incidencias que pueda sufrir una sociedad en los supuestos de sucesión universal. Así, nadie discute que el derecho a la devolución del IVA soportado en exceso se transmite a la entidad absorbente en un, por ejemplo, supuesto de fusión.

Sin embargo, la transmisión del derecho a compensación de BIN ha sido ampliamente cuestionado por parte de la doctrina, en la medida que no se le ha considerado como un auténtico derecho de crédito.

### **4.3. Especial referencia a la compensación de bases imponibles negativas**

Tal y como señala GONZÁLEZ POVEDA<sup>615</sup>, el IS recae sobre la renta generada en un periodo determinado de tiempo: el periodo de imposición. Pero como reconoce toda la doctrina económico-contable, el beneficio (renta) de una inversión sólo puede conocerse al final de su vida comparando el capital inicialmente arriesgado con el conseguido en la liquidación. Por motivos de gestión tributaria, se ha realizado una división artificial en periodos económicos que en el caso del IS no pueden ser superiores a un año. Esta división supone la posibilidad de que una empresa sea gravada en los periodos en los que obtiene una base imponible positiva sin tener en cuenta aquellos en los que se han sufrido pérdidas, dado que la distribución de la renta no se produce de forma homogénea en los diferentes periodos tomados en cuenta por el impuesto para determinar la renta gravable<sup>616</sup>.

---

<sup>615</sup> GONZÁLEZ POVEDA, V. *“Impuesto sobre Sociedades”*, Ed. Pirámide, Madrid 1988, pág. 380.

<sup>616</sup> La Memoria del proyecto de ley del anterior Impuesto sobre Sociedades (LIS 61/1978), al exponer la compensación de pérdidas en el Texto Refundido del Impuesto afirmaba: *“El beneficio de la empresa sólo puede ser conocido efectivamente al final de su vida. En este momento, vendrá determinado por la diferencia entre el valor de lo invertido en el momento de su creación y el valor de liquidación de la misma, una vez que ha desaparecido la posibilidad de pérdidas futuras, se han cumplido los compromisos contraídos y cesa la necesidad de mantener una capacidad productiva. Este concepto absoluto del beneficio se escinde, por razones de orden práctico, en un conjunto de beneficios periódicos; ya que la empresa persigue fundamentalmente la obtención de un beneficio, que tiene un doble carácter. Por una parte, se trata de una magnitud esencialmente relativa, ya que es resultado de un proceso de estimación y valoración. Y por otra, es temporal, ya que se refiere a un período de tiempo, pretendiendo independizar el beneficio del ejercicio, de todos los que le preceden y siguen. Las posibles desviaciones que puedan producirse, por la aplicación de inadecuados criterios de valoración, en la determinación del beneficio año*



Se produce en estos casos una situación contraria en primer lugar al principio de capacidad económica y, en segundo lugar, a la equidad del impuesto en cuanto dos sujetos pasivos con la misma renta a lo largo de un periodo de tiempo soportan una carga fiscal diferente, incluso una determinada inversión que, en su conjunto, puede haber resultado negativa puede sufrir una carga impositiva totalmente injustificada. Para corregir esta situación se establece la posibilidad de compensar las bases imponibles negativas generadas con bases imponibles positivas de otros ejercicios, es decir, gravar la renta efectiva del sujeto pasivo sin tener en cuenta periodos temporales que suponen valorar la renta de manera arbitraria desde el punto de vista temporal. Sin embargo, en los casos en los que, como en España, sólo se admite la compensación hacia delante de las pérdidas y por tiempo limitado, este sistema puede resultar insuficiente.

En España la compensación de pérdidas se inició con la reforma fiscal de 1964 aunque con serias limitaciones: no se podían compensar las pérdidas sufridas en operaciones atípicas y además se debía solicitar la compensación lo que dio lugar a una cierta litigiosidad al respecto en los casos en que dicha solicitud no se formuló o se hizo fuera de plazo. La Ley 61/78 admitió la compensación de pérdidas sin ningún tipo de limitación ni solicitud.

MONTESINOS OLTRA<sup>617</sup> califica a la compensación de bases imponibles negativas como *“... una operación, potestativa o no para el sujeto pasivo de un impuesto personal sobre la renta, que consiste en minorar la renta obtenida en un periodo impositivo con el resultado negativo que arrojó el cálculo de la base imponible del mismo impuesto en periodos impositivos anteriores, con los límites cuantitativos y temporales establecidos por la ley en cada caso”*.

Las razones que se han aducido para justificar la compensación de pérdidas van desde la consideración como una forma de protección de las actividades económicas más arriesgadas y como instrumento de dinamismo económico hasta el de considerarlo como un sistema complementario en relación con determinados regímenes de amortización del inmovilizado: se trataría de una especie de régimen de amortización excepcional cuando la insuficiencia de base imponible del ejercicio impidiera su plena

---

*a año, se corrigen en cierta manera ponderando éstos como una media aritmética de varios periodos. La admisión de la compensación de pérdidas desde un punto de vista fiscal no hace más que reconocer a nivel de impuesto sobre los beneficios empresariales, la relatividad en el cálculo del mismo”*.

<sup>617</sup> Vid MONTESINOS OLTRA, S. *“La compensación de Bases Imponibles Negativas”*, Aranzadi Editorial, Elcano (Navarra), 2000, pág. 89.

deducibilidad. No obstante, el principio de capacidad económica es la principal justificación de esta figura<sup>618</sup>.

PASCUAL PEDREÑO<sup>619</sup> analiza la naturaleza de la compensación de pérdidas siguiendo a SANZ GADEA<sup>620</sup> para quien existen tres posibles interpretaciones:

- *la compensación de pérdidas como beneficio fiscal*

Considera que no lo es porque la compensación de pérdidas forma parte de la estructura del impuesto, es una medida de índole técnica, no un beneficio fiscal. En la misma línea se manifiesta MERINO ANTIGÜEDAD<sup>621</sup>. En sentido contrario VÁZQUEZ CANALES<sup>622</sup> quienes opinan que se trata de una bonificación fiscal puesto que supone deducir del beneficio del ejercicio corriente las pérdidas sufridas por el sujeto pasivo en ejercicios anteriores ya liquidados.

- *la compensación de pérdidas como crédito fiscal*

El efecto más señalado sería la transmisión del crédito fiscal a la sociedad absorbente en el supuesto de fusión por absorción. La norma 16ª del PGC 1990 parece adoptar esta postura al establecer “*El crédito impositivo ...*” El nuevo PGC, en la NRV 13ª, lo considera un Activo por impuesto diferido y lo califica como un derecho (a compensar en ejercicios futuros las pérdidas fiscales). Pero Pascual Pedreño entiende que no es un crédito fiscal por dos motivos: (i) Porque el presunto crédito solamente puede saldarse con cargo a deudas tributarias del propio sujeto pasivo (ii) Porque las normas contables de valoración recomiendan la inmediata baja del crédito impositivo cuya realización futura no esté razonablemente asegurada.

Además, según PASCUAL, las normas fiscales en ningún caso conceptúan la compensación de pérdidas como un derecho de crédito de naturaleza patrimonial

---

<sup>618</sup> Vid MONTESINOS OLTRA, S. “*La compensación ...*” *op.cit.* pág. 38.

<sup>619</sup> PASCUAL PEDREÑO, E. “*Impuesto sobre sociedades y contabilidad*”, Ed. Lex Nova, 2ª edición, Valladolid, 1998, pág. 455.

<sup>620</sup> Vid. SANZ GADEA, E “*Impuesto sobre ...*” *op.cit.* pág. 1289 y ss.

<sup>621</sup> MERINO ANTIGÜEDAD. “*La compensación fiscal de pérdidas*”, Impuestos nº 6, 1988, pág. 111.

<sup>622</sup> VÁZQUEZ CANALES, EM. “*La compensación de pérdidas en el IS*” *Crónica Tributaria* nº 46, 1983, págs. 285 y ss y pág. 297.

transmisibles. MERINO ANTIGÜEDAD<sup>623</sup> coincide con esta postura y también VÁZQUEZ CANALES<sup>624</sup>.

- *la compensación de pérdidas como excepción al principio de independencia de ejercicios*

Esto es lo que opina SANZ GADEA y MERINO ANTIGÜEDAD y, además coincide con la resolución del TEAC de 11 de julio de 1989<sup>625</sup>.

Tal y como opina MONTESINOS, desde su implantación en nuestro ordenamiento, la compensación de BIN ha sido considerada como una excepción al rigor del dogma del principio de independencia de ejercicios<sup>626</sup>. Sin embargo, esta afirmación no deja de ser una característica, pero no lo define conceptualmente y, por tanto, no permite analizar las vicisitudes de las BIN.

Para GONZÁLEZ<sup>627</sup>, no se trata de un derecho subjetivo con un contenido económico determinado y propio, sino de una facultad que concede el legislador al sujeto pasivo dentro del esquema de determinación de las bases imponibles del impuesto. Si fuera así, ese derecho de contenido económico tendría que valorarse dentro del patrimonio de la sociedad absorbida.

Tal y como se comentaba en el análisis anterior, el PGC 1990 recogía en la subcuenta 4745 el “Crédito por pérdidas a compensar del ejercicio ....” destinada al “Importe de la reducción del impuesto sobre beneficios a pagar en el futuro, derivada de la existencia de bases imponibles negativas de dicho impuesto pendientes de compensación”; esta cuenta se cargaba por la generación o aumento del crédito impositivo derivado de la base imponible negativa y se abonaba por las reducciones del mismo y por las compensaciones que se realicen de las bases imponibles negativas de ejercicios anteriores.

La Norma Contable nº 16 del PGC, referida al Impuesto sobre Sociedades, establecía que “... La existencia de pérdidas compensables fiscalmente dará origen a un crédito impositivo que representa un menor impuesto a pagar en el futuro.” y señala para su

---

<sup>623</sup> MERINO ANTIGÜEDAD “La compensación fiscal ...” *op.cit.*, pág. 112.

<sup>624</sup> VÁZQUEZ CANALES, EM. “La compensación de pérdidas ...” *op.cit.*, pág. 297.

<sup>625</sup> Si bien cabe decir que esta resolución no analiza el concepto del derecho a la compensación de BIN, sino que hace esta afirmación en el marco de la discusión de si el reintegro de pérdidas efectuado por una sociedad supone la pérdida del derecho a compensar las BIN por el importe reintegrado.

<sup>626</sup> Vid MONTESINOS OLTRA, S. “La compensación de...” *op.cit.* pág. 36 y ss.

<sup>627</sup> GONZÁLEZ POVEDA, V. “Impuesto sobre Sociedades”, *op.cit.*, pág. 383.

determinación que *“... El crédito impositivo como consecuencia de la compensación fiscal de pérdidas se calculará aplicando el tipo impositivo del ejercicio a la base imponible negativa del mismo.”*, para concluir al respecto afirmando que *“...De acuerdo con el principio de prudencia, sólo se contabilizarán en las cuentas 4740 y 4745 los impuestos anticipados y créditos impositivos cuya realización futura esté razonablemente asegurada y se darán de baja aquellos otros sobre los que surjan dudas lógicas acerca de su futura recuperación.”*

Las Resolución del ICAC de 30 de abril de 1992 (derogada por la de 9 de octubre de 1997) establecía en su resolución Primera que *“3. Los créditos por compensación de bases imponibles negativas y los impuestos anticipados sólo serán objeto de contabilización en la medida en que tengan un interés cierto con respecto a la carga fiscal futura, teniendo en cuenta que las cuentas anuales deberán mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa. Por ello, si existen dudas acerca de su recuperación futura, por aplicación del principio de prudencia, no deberán ser registrados en las cuentas anuales como tales.”* y que *“4. Los créditos derivados de la compensación de bases imponibles negativas sólo serán objeto de registro contable cuando la base imponible negativa se haya producido como consecuencia de un hecho no habitual en la gestión de la empresa, siempre que razonablemente se considere que las causas que la originaron han desaparecido en la actualidad y que se van a obtener beneficios fiscales que permitan su compensación.”* En la previa justificación de esta Norma de Valoración, explica este criterio restrictivo en base al número de años previsto en la legislación de ese momento (cinco) para la compensación de las BIN.

Las Resolución del ICAC de 9 de octubre de 1997 mantuvo prácticamente la misma redacción que la anterior respecto de la contabilización del crédito por BIN<sup>628</sup>.

---

<sup>628</sup> Concretamente, señala en su resolución Primera en su redacción dada por la Resolución de 15 de marzo de 2002 *“3.Los créditos por compensación de bases imponibles negativas, por deducciones y bonificaciones, y los impuestos anticipados sólo serán objeto de contabilización en la medida en que tengan un interés cierto con respecto a la carga fiscal futura, teniendo en cuenta que las cuentas anuales deberán mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa. Por ello, si existen dudas acerca de su recuperación futura, por aplicación del principio de prudencia, no deberán ser registrados en las cuentas anuales como tales, no pudiéndose en ningún caso registrar en el activo dichas partidas y corregir su valoración mediante la dotación de provisiones.*

Teniendo en cuenta lo anterior, el importe correspondiente a los citados activos vendrá determinado, en general, por la aplicación del tipo de gravamen del ejercicio sobre la diferencia, para cada operación, entre la base imponible y el resultado contable antes de impuestos que revierte en períodos futuros si se trata de un impuesto anticipado, o sobre el importe de la base imponible negativa si se trata de un crédito por

Ambas resoluciones del ICAC también hacían referencia a los supuestos de “préstamos de BIN” entre sociedades de un grupo consolidado señalando que en esos casos se contabilizará un crédito y un débito entre las sociedades por el importe utilizado de la BIN<sup>629</sup>. Dado que las normas fiscales no hacían referencia a este supuesto, el PGC es normativa de desarrollo del CCo y en la medida que el RD 1643/1990 que aprobó el PGC establecía en su Disposición Final 5ª que el ICAC, mediante Resolución, podía dictar normas de obligado cumplimiento, debemos entender que este crédito y este débito generaban una relación obligacional entre ambas entidades de deuda y crédito que, una vez generada, escapaba del ámbito puramente fiscal y se convertía en una obligación autónoma. Se trataba, por tanto, un derecho exigible y transmisible.

Por su parte, la norma 12 de las NIC<sup>630</sup> establece la obligación de contabilizar un activo por créditos fiscales no utilizados en la medida que sea probable que “... *la empresa tenga ganancias fiscales antes de que prescriba el derecho de compensación de las pérdidas o créditos fiscales no utilizados*”. Se trata, evidentemente, de una interpretación más flexible que la realizada por el ICAC que exigía, como hemos visto, que las BIN se debieran a situaciones excepcionales de la empresa.

Finalmente, como hemos expresado, la NRV 13ª del actual PGC señala en su apartado 2.3 que solo se reconocerán Activos por impuesto diferido cuando resulte probable que

---

compensación de bases imponibles negativas. El importe de las deducciones y bonificaciones activadas vendrá determinado por lo que al respecto establezca la normativa fiscal.

4. Los créditos derivados de la compensación de bases imponibles negativas sólo serán objeto de registro contable cuando la base imponible negativa se haya producido como consecuencia de un hecho no habitual en la gestión de la empresa, siempre que razonablemente se considere que las causas que la originaron han desaparecido en la actualidad y que se van a obtener beneficios fiscales que permitan su compensación en un plazo no superior al previsto en la legislación fiscal para la compensación de bases imponibles negativas, es decir, siete años con carácter general, y con el límite máximo de diez años, contados desde la fecha de cierre del ejercicio en aquellos casos en los que la legislación tributaria permita compensar en plazos superiores.”

<sup>629</sup> Concretamente el apartado 2.3 de la Resolución 6ª de la resolución de 9 de octubre de 1997 señala: *2.3 Bases imponibles negativas.*

2.3.1 Si a una sociedad del grupo a efectos fiscales, teniendo en cuenta lo indicado anteriormente, le corresponde en el ejercicio un resultado fiscal negativo, equivalente a una base imponible negativa, y el conjunto de sociedades que forman el grupo compensa la totalidad o parte del mismo en la declaración consolidada del Impuesto sobre Sociedades, la contabilización del efecto impositivo se realizará de la forma siguiente:

Por la parte del resultado fiscal negativo compensado, surgirá un crédito y débito recíproco, entre la sociedad a la que corresponde y las sociedades que lo compensan.”

<sup>630</sup> Aprobada en octubre de 1996 y modificada en diferentes ocasiones hasta la última realizada por el Reglamento (CE) nº 211/2005 de la Comisión de 4 de febrero de 2005 y objeto de interpretación por la SIC-21 y las SIC-25.

la empresa dispondrá de ganancias fiscales futuras que permitan la aplicación de esos activos. Criterio lógico aplicando el principio de prudencia que debe prevalecer en la normativa contable.

Así, siempre que se cumpla la condición anterior, la empresa en su contabilidad reconocerá un activo por impuesto diferido, entre otros, por el derecho a compensar en ejercicios posteriores las pérdidas fiscales. Lógicamente, por pérdidas fiscales debemos entender las BIN que haya generado la sociedad en ejercicios precedentes. En la fecha de cierre de cada ejercicio, la empresa reconsiderará los activos por impuesto diferido reconocidos para estimar su valoración. Además de considerar la probabilidad de compensar realmente esas pérdidas fiscales, también deberá tenerse en cuenta el tipo impositivo aplicable. Desde un punto de vista lógico, éstas deberían ser siempre contabilizadas por cuanto parece evidente pensar que la sociedad estima resultados positivos en el futuro. De no ser así, lo lógico es que la empresa fuera objeto de liquidación. Lo cierto es que, como reconoce MONTESINOS<sup>631</sup>, se trata de una “... *facultad o derecho potestativo* ...” que exige “...*un acto de voluntad (...) en el momento de autoliquidar el impuesto*” aunque a tenor de lo preceptuado en el art. 119.4 de la LGT da la impresión que, para el legislador, no implica el ejercicio de una opción.

La consulta del BOICAC número 80/2009-10 de 31 de diciembre de 2009, en relación al tratamiento contable del reconocimiento de activos por impuestos diferidos derivados del derecho a compensar BIN establece que la interpretación correcta de los requisitos del PGC será la siguiente:

1. La obtención de un resultado de explotación negativo en un ejercicio no impide el reconocimiento de un activo por impuesto diferido. Sin embargo, un historial de pérdidas continuas presupone que no es probable la obtención de ganancias que permitan compensar las BIN.
2. Para poder reconocer el activo debe ser probable que la empresa vaya obtener beneficios fiscales que permitan compensar las BIN existentes en un plazo no superior a 10 años.

---

<sup>631</sup> MONTESINOS OLTRA, S. “Aplicación de cantidades pendientes de compensación o deducción y opciones tributarias: análisis del nuevo apartado 4 del artículo 119 de la Ley General Tributaria”. Crónica Tributaria nº 161/2016.Madrid. pág. 100.

3. El plan de negocio utilizado para realizar las estimaciones sobre las ganancias fiscales futuras deberá ser acorde con la realidad del mercado y la situación específica de la entidad.

La resolución del ICAC de 9 de febrero de 2016 por la que se desarrollan las normas de registro, valoración y elaboración de las cuentas anuales para la contabilización del Impuesto sobre Beneficios al respecto de la contabilización del gasto por IS, incluidas las BIN derogó la resolución del ICAC de 9 de octubre de 1997 y es de aplicación obligatoria para todas las empresas.

Establece que las pérdidas fiscales compensables de ejercicios anteriores y que se aplican efectivamente en el ejercicio corriente darán lugar a un menor importe del impuesto corriente. El exceso de pérdida fiscal que no se haya podido compensar y que quede pendiente de compensación para ejercicios futuros puede dar lugar al reconocimiento de un activo por impuesto diferido.

La resolución del ICAC<sup>632</sup> reitera que, de acuerdo con el principio de prudencia, sólo se reconocerán activos por impuesto diferido en la medida que resulte probable la existencia de ganancias fiscales futuras que permitan la aplicación de estos activos. Aclara que, salvo prueba en contrario, no se considerará probable que la empresa disponga de ganancias fiscales futuras en los siguientes supuestos:

1. Cuando se prevea que su recuperación futura se va a producir en un plazo superior a los 10 años contados desde la fecha de cierre del ejercicio
2. Si se tratara de créditos derivados de deducciones y otras ventajas pendientes de aplicar por insuficiencia de cuota, cuando habiéndose producido la actividad que generó el rendimiento que origina el derecho a la deducción, existan dudas razonables sobre el cumplimiento de los requisitos para hacerlas efectivas.

Añade, la resolución del ICAC, que, en relación con el derecho a compensar pérdidas fiscales, se observarán las siguientes reglas:

1. La obtención de un resultado de explotación negativo en un ejercicio no impide el reconocimiento de un activo por impuesto diferido salvo que se muestre un historial de pérdidas continuas.

---

<sup>632</sup> Vid “Nota sobre la Resolución del ICAC de 9 de febrero de 2016: normas de registro, valoración y elaboración de las cuentas anuales para la contabilización del IS”. Asociación Española de asesores Fiscales (AEDAF). Sección de contabilidad. Mayo de 2016.

2. Para poder reconocer un activo debe ser probable que la empresa vaya a obtener beneficios fiscales que permitan compensar las citadas BIN en un plazo no superior al previsto en la legislación fiscal o máximo de 10 años.

Parece, en consecuencia, que, desde el punto de vista contable y, por tanto, mercantil el derecho a compensación de BIN es un derecho de contenido patrimonial en la medida que se incluye en el activo de las compañías. El hecho de que sólo se permita la contabilización cuando la generación de las mismas se ha debido a una circunstancia excepcional no es más que, en nuestra opinión, un reflejo del principio de prudencia contable ya que el valor de las mismas está sujeto a una condición, cual es la de generar suficientes bases imponibles positivas para poder compensarlas. Esta eventualidad, por otra parte, se presume de las sociedades mercantiles con carácter general: el objetivo de las mismas es lucrativo y, por consiguiente, se espera que obtengan estas rentas positivas o, en otro caso, deberían disolverse al no poder alcanzar el fin perseguido. No vemos, por consiguiente, incoherencia alguna en lo establecido por la normativa contable y la concepción de las BIN como un derecho de crédito.

MONTESINOS<sup>633</sup> constata que la naturaleza jurídica del derecho a compensar es un tema recurrente. El autor considera que sería defendible la teoría de que se trata de un derecho de crédito o de un crédito de impuesto si se tratara de un sistema de compensación hacia atrás de inmediata devolución de las cotas ingresadas (*carry back*) o, al menos, un sistema mixto como el francés que garantiza la devolución si transcurrido u determinado periodo de tiempo no se alcanza la compensación. Pero en nuestro sistema eso no ocurre. Esta conclusión no la enturbia el hecho de que, es evidente que se produce una cierta patrimonialización de las pérdidas en el comercio de sociedades que acumulan BIN pendientes de compensar, pero en ningún caso se trata de un crédito exigible a la Hacienda Pública.

En el caso de la generación de BIN el título jurídico, además de la generación de las bases, queda pendiente en su eficacia de una segunda circunstancia: la futura realización de rentas positivas, siendo una estimación de la probabilidad de su consecución la que incide en los parámetros económicos de valoración antes comentados<sup>634</sup>.

---

<sup>633</sup> MONTESINOS OLTRA, S. "La compensación de ..." *op.cit.* pág. 226.

<sup>634</sup> Vid MONTESINOS OLTRA, S. "La compensación de ..." *op.cit.* pág. 230.



En esta misma línea se manifiesta el comisario del Gobierno francés, Isaïa, M. H. en sus conclusiones a la Resolución de la Cour Administrative d'Appel de Nantes de 21 de diciembre de 1995: *“contrariamente a la compensación hacia delante de derecho común, donde la eficacia está sometida al “aleas” de los ejercicios futuros (que no serán necesariamente beneficiarios), la compensación hacia atrás, al contrario, provoca la aparición de un crédito sobre el Tesoro no imponible y jurídicamente cierto, que refuerza los fondos propios”*<sup>635</sup>.

También podría esgrimirse que se trata de un derecho sujeto a condición suspensiva: la de generar rentas suficientes para proceder a la compensación. Sin embargo, MONTESINOS<sup>636</sup> rechaza también esta teoría por cuanto, siguiendo a Antonini<sup>637</sup>, el carácter hipotético de la norma no autoriza a concluir que la eficacia del efecto jurídico dependa de la verificación de su presupuesto de hecho, dado que de éste derivará el efecto jurídico mismo.

Desde un punto de vista económico, nadie duda que dos sociedades idénticas, una con BIN pendientes de compensar y la otra no, tienen un valor patrimonial diferente: cualquier comprador estaría dispuesto a satisfacer un valor superior por la que tiene las BIN. Este mayor valor, incluso con independencia de su contabilización, no cabe duda de que existe y que debe tenerse en cuenta en el tráfico mercantil con independencia de las limitaciones legales establecidas específicamente<sup>638</sup>. Por tanto, entendemos que sí se trata de un derecho de crédito frente a la Administración, si bien su exigibilidad depende de una serie de circunstancias, lo cual no cambia su naturaleza.

La propia LIS consciente de que las BIN eran tenidas en cuenta en el tráfico mercantil como un derecho con contenido patrimonial estableció una serie de limitaciones para su utilización para evitar, hasta cierto punto, la comercialización de las mismas.

Así, por un lado, estableció que las revalorizaciones voluntarias de activos en una sociedad no tendrían valor a efectos fiscales (art. 15.1 de la LIS 43/1995). Se trataba de

---

<sup>635</sup> Vid. Droit Fiscal, núm. 23/1996 pág. 767 citado por Montesinos Oltra en *“La compensación de ...” op.cit.* pág. 230.

<sup>636</sup> Vid MONTESINOS OLTRA, S. *“La compensación de ...” op.cit.* págs. 232 y ss.

<sup>637</sup> ANTONINI, E *“La formulazione Della legge e le categorie giuridiche”* Giuffrè. Milàn 1958 pág. 54 citado por Montesinos Oltra *“La compensación ...” op.cit.* pág. 236

<sup>638</sup> Un supuesto parecido sería el caso del Fondo de Comercio que sólo en algunas ocasiones puede lucir en el activo de una sociedad, pero ello no evita que exista y que sin duda alguna se contemple en el tráfico mercantil.

acabar con una práctica habitual en las sociedades que disponían de BIN y que estaban a punto de prescribir y, por tanto, perderían el derecho a su utilización<sup>639</sup>. En estos casos, apoyándose normalmente en un informe de un experto independiente, las sociedades procedían a revalorizar determinados activos, compensando las rentas producidas con las BIN existentes, “recuperando” el crédito fiscal a través de las amortizaciones futuras de los bienes o, incluso, en una eventual transmisión posterior (adicionalmente, tenía el efecto beneficioso de presentar unas cuentas de resultados positivas y un balance más saneado). Esta práctica, cuestionada por un sector minoritario de la doctrina, terminó aceptándose incluso por parte de la Administración.

Por otro lado, la LIS 43/1995 estableció una limitación a la compensación de las BIN en los casos de transmisión de las sociedades inactivas con BIN. Así, de acuerdo con el art. 25.2 de la LIS 43/1995 las BIN de una entidad se reducían hasta incluso su total desaparición si estando la sociedad inactiva se ha producido una transmisión de la misma con la finalidad de aprovecharse de esas bases negativas por otros socios de la entidad<sup>640</sup>.

El TRLIS 2004 mantuvo el mismo tratamiento. Finalmente, la LIS modificó sustancialmente el tratamiento de la compensación de las BIN, eliminándose el límite temporal en su aplicación, pero introduciendo (por motivos claramente recaudatorios) una limitación cuantitativa en el 70 por ciento de la base imponible previa admitiéndose, un importe mínimo de 1 millón de euros. Igualmente, con el objeto de evitar la adquisición de sociedades inactivas con bases imponibles negativas, se establecieron una serie de medidas para impedir su aprovechamiento<sup>641</sup> y se ampliaron las facultades de revisión de las mismas por parte de la Administración respecto de su ámbito temporal.

---

<sup>639</sup> Cabe recordar que en vigencia de la Ley 61/78 el plazo para a compensación de BIN era de 5 años.

<sup>640</sup> El art. 23.2 de la LIS 43/1995 establecía: “2. La base imponible negativa susceptible de compensación se reducirá en el importe de la diferencia positiva entre el valor de las aportaciones de los socios, realizadas por cualquier título, correspondiente a la participación adquirida y su valor de adquisición, cuando concurren las siguientes circunstancias:

a) La mayoría del capital social o de los derechos a participar de los resultados de la entidad que hubiere sido adquirida por una persona o entidad o por un conjunto de personas o entidades vinculadas, con posterioridad a la conclusión del período impositivo al que corresponde la base imponible negativa.

b) Las personas o entidades a que se refiere la letra anterior hubieran tenido una participación inferior al 25 por 100 en el momento de la conclusión del período impositivo al que corresponde la base imponible negativa.

c) La entidad no hubiera realizado explotaciones económicas dentro de los seis meses anteriores a la adquisición de la participación que confiere la mayoría del capital social.”

<sup>641</sup> El apartado 4 del art. 26 de la LIS establece:

Dado que la Ley 61/78 del IS no prohibía, con carácter general, el aprovechamiento de los efectos positivos de la compensación de BIN por los socios o accionistas distintos de los existentes en el momento de su generación, se producía con relativa frecuencia la transmisión de sociedades que de modo fáctico habían cesado su actividad pero que, dado que habían generado BIN en el pasado y que estaban pendientes de compensar, se transmitía la sociedad con la única finalidad de que el tercero adquirente iniciara una nueva actividad y pudiera aprovecharlas con las rentas que ésta generase. Para MONTESINOS<sup>642</sup>, el objetivo último de esta norma (art. 25.2 LIS) sería el de restringir la doble compensación de pérdidas por parte de la sociedad y de los accionistas y el de desincentivar la adquisición de participaciones en “sociedades muertas” por motivos puramente fiscales.

Sin embargo, en el supuesto de que los accionistas de la entidad generadora de BIN fueran personas jurídicas sujetas al IS no se produce en ningún caso un doble aprovechamiento de esas pérdidas, sino que, si consideramos que únicamente se deben gravar las fuentes de rentas efectivas y analizamos éstas desde un punto de vista macroeconómico, únicamente se habrán gravado las rentas realmente generadas. Se evita, de este modo, que el sistema tributario, al gravar sujetos pasivos independientes,

---

“4.No podrán ser objeto de compensación las bases imponibles negativas cuando concurren las siguientes circunstancias:

La mayoría del capital social o de los derechos a participar en los resultados de la entidad que hubiere sido adquirida por una persona o entidad o por un conjunto de personas o entidades vinculadas, con posterioridad a la conclusión del período impositivo al que corresponde la base imponible negativa.

Las personas o entidades a que se refiere el párrafo anterior hubieran tenido una participación inferior al 25 por ciento en el momento de la conclusión del período impositivo al que corresponde la base imponible negativa.

La entidad adquirida se encuentre en alguna de las siguientes circunstancias:

No viniera realizando actividad económica alguna dentro de los 3 meses anteriores a la adquisición;

Realizara una actividad económica en los 2 años posteriores a la adquisición diferente o adicional a la realizada con anterioridad, que determinara, en sí misma, un importe neto de la cifra de negocios en esos años posteriores superior al 50 por ciento del importe medio de la cifra de negocios de la entidad correspondiente a los 2 años anteriores. Se entenderá por actividad diferente o adicional aquella que tenga asignado diferente grupo a la realizada con anterioridad, en la Clasificación Nacional de Actividades Económicas.

Se trate de una entidad patrimonial en los términos establecidos en el apartado 2 del artículo 5 de esta Ley.

La entidad haya sido dada de baja en el índice de entidades por aplicación de lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 119 de esta Ley.”

<sup>642</sup> Vid MONTESINOS OLTRA, S. “*La compensación de ...*” *op.cit.* pág. 137.

grave más renta de la realmente generada, puesto que, si bien grava todas las rentas positivas, no tiene en cuenta las negativas.

Tal y como señala COLMENAR VALDÉS<sup>643</sup> cuando el precio de adquisición representa la verdadera realidad económica adquirida, comprendiendo no sólo el valor actual de lo que se transmite sino también el valor de las bases imponibles negativas pendientes de compensación que previsiblemente darán lugar a menores impuestos futuros, se lograría impedir que, de producirse efectivamente la compensación tuviera lugar en ese momento un doble aprovechamiento de las pérdidas.

Respecto al supuesto que nos ocupa, como es la posible transmisión de estos derechos, en los supuestos de reestructuración, a modo de antecedente, cabe señalar que la Ley 76/80 tampoco permitía la compensación de BIN en procesos de reestructuración (art. 7).

GOTA LOSADA<sup>644</sup> opina que en las operaciones de reestructuración (sin vigencia de ningún régimen jurídico especial) las pérdidas no se adquieren, de modo que *“la sociedad absorbente tendrá en cuenta, a la hora de valorar el patrimonio de la sociedad absorbida, la existencia de un activo ficticio, concretamente las pérdidas. El precio de la absorción implica la eliminación lógica de las pérdidas, luego no cabe admitir que la absorbente haga figurar en su balance “pérdidas” de la sociedad absorbida, porque éstas ya no existen”*.

Se ha discutido si el derecho a la compensación de pérdidas es un derecho transmisible a terceras personas. Parece claro, en opinión de GONZÁLEZ<sup>645</sup>, y nadie lo discute, que no se puede transmitir el derecho a la compensación de pérdidas a una sociedad distinta completamente de aquellas que las generó. Hay supuestos claros que no impiden la compensación como es el cambio de objeto social de forma societaria; el problema reside en los supuestos de reestructuración, como veremos con posterioridad.

MONTESINOS OLTRA<sup>646</sup> señala que *“el derecho a compensar rentas o bases negativas aparece configurado en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho personalísimo*

---

<sup>643</sup> COLMENAR VALDÉS. “La compensación de bases imponibles negativas en el Impuesto sobre Sociedades”, Impuestos, nº 13/1997, pág. 23.

<sup>644</sup> GOTA LOSADA “La compensación de pérdidas en el Impuesto de Sociedades” HPE nº 5/1970, pág. 68.

<sup>645</sup> GONZÁLEZ POVEDA, V. “Impuesto sobre Sociedades” *op.cit.*, pág. 383.

<sup>646</sup> MONTESINOS OLTRA, Salvador. “La subrogación en el derecho a compensar bases imponibles negativas en procesos de reestructuración empresarial: improcedencia en el caso de aportación de rama

y no susceptible, con carácter general, de transmisión a un sujeto distinto de quien lo generó". Se apoya en una resolución del TEAC de 25 de septiembre 2008 que resalta que este carácter personalísimo "deriva del hecho de que el crédito fiscal por bases imponibles negativas pendientes de compensación pertenece a la estructura de la obligación tributaria del sujeto pasivo que obtuvo bases imponibles negativas, dentro pues de la relación jurídico tributaria cuya indisponibilidad proclamaba el artículo 36 de la Ley General Tributaria, actual artículo 17.4 de la Ley 58/2003". Considera que, como dice el TEAC, ni siquiera la extensión de la sociedad justifica el traspaso de este derecho, salvo excepción expresa del legislador.

GRACIA ESPINAR y VIÑAS RUEDA<sup>647</sup> consideran que lo importante de la incorporación del concepto de segregación en la LME (hoy RD Ley 5/23), equivalente al concepto de aportación no dineraria de rama de actividad, es que expresamente se reconoce que existe sucesión universal (cuanto menos, respecto de cada unidad económica aportada). Esta sucesión reconocida rompe el argumento del TEAC y de la DGT mantenido hasta entonces para impedir la transmisión de las BIN de que no había sucesión universal. Así, según este argumento, en las aportaciones no dinerarias instrumentadas como segregación, aunque no estuvieran sujetas al RFE, la sucesión universal permitiría la transmisión junto con la unidad económica de las BIN vinculas a la misma.

## 5. La sucesión en el Régimen Fiscal Especial

No cabe duda que en los supuestos de la fusión y la escisión total se dan prácticamente todos los elementos que deben definir la existencia de una sucesión, principalmente, la extinción de al menos una de las sociedades que intervienen en el proceso de fusión y la transmisión en bloque de todo el activo y pasivo. Precisamente considerando que los supuestos de fusión recogidos en el art. 76.1 de la LIS son prácticamente idénticos a los previstos en la normativa mercantil<sup>648</sup>, sorprende que en el art. 84 de la LIS se intente

---

de empresa por una persona física" Publicación: Revista Quincena Fiscal núm. 22/2009 parte Estudios. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2009. Consulta on-line

<sup>647</sup> GRACIA ESPINAR, E. y VIÑAS RUEDA, L. "Revisión del régimen fiscal de las reestructuraciones: propuestas de modificación" Revista de Contabilidad y Tributación. CEF, núm. 323 pág. 55

<sup>648</sup> Cabe matizar que existen ciertas dudas doctrinales respecto de la posibilidad contemplada en el art. 97.1.c) referido a la llamada disolución sin liquidación. Defienden ciertos sectores doctrinales (con VICENT CHULIÁ como principal exponente) que, en realidad, desde el punto de vista mercantil, se trata de una disolución con liquidación abreviada.

determinar de manera específica los efectos tributarios de la sucesión, cuando éstos se producen con carácter general por el sólo hecho de tratarse de una sucesión.

RUIBAL PEREIRA<sup>649</sup>, señala como explicación la errónea concepción por parte del legislador de lo que es la sucesión. En primer lugar, por el hecho de clasificar la sucesión con uno de sus requisitos esenciales cual es la transmisión a título universal de todos los derechos y obligaciones cuando resulta del todo necesario que se transmitan, por cuanto en caso contrario no estaríamos hablando de sucesión. En segundo lugar, porque confunde el efecto sucesorio con la mal llamada sucesión a título no universal.

Pese a la poca fortuna en la redacción del art. 90 del TRLIS 2004 (a la que se refería, pero que es aplicable al actual art. 84 de la LIS), no podemos compartir la crítica referida. Es cierto que el artículo utiliza indebidamente los términos sucesión a título universal y a título no universal. Pero ello se debe, en nuestra opinión, a la voluntad de diferenciar los supuestos en los que existiendo sucesión se transmiten todos los elementos del activo y pasivo a un único sujeto (fusión) de aquellos en los que se transmiten a dos o más sujetos (escisión total). Sin embargo, derivado de esta mala redacción no se distingue, efectivamente, entre los casos de sucesión y los casos en los que tan sólo se produce un efecto sucesorio<sup>650</sup>. La redacción del actual art. 76 de la LIS, aunque se ha modificado ligeramente y ha tratado de estructurar mejor el aspecto de la sucesión universal frente a la particular, adolece de los mismos defectos.

Lo cierto es que el art. 90 de la LIS 4/04 (antes, el art. 104 de la LIS 43/1995) suscitó opiniones diferenciadas en la doctrina respecto de su finalidad y su significado. Para APARICIO PÉREZ<sup>651</sup>, la subrogación en los derechos y obligaciones tributarias está basada en el principio de continuidad y supone una garantía para todos los afectados por las operaciones (en concreto, se refiere a la fusión) y en ese sentido interpreta el art. 104 de la LIS 43/1995. Cabe valorar, no obstante, si efectivamente es una garantía para los afectados por las operaciones o más bien se trata de un supuesto de correlación

---

<sup>649</sup> Vid. RUIBAL PEREIRA, L. *“La sucesión en derecho tributario ...”* op.cit, pág. 231, que critica este error del legislador

<sup>650</sup> CERDÁ ALBERO, F. (*“Escisión de la sociedad anónima”* op.cit., pág. 444) señala la errónea concepción de la relación existente entre la transmisión y el objeto transmitido. Así, explica (en referencia a a la Ley 29/1991 pero plenamente aplicable a la Ley 43/1995) que la ley confunde el hecho de que la sucesión universal permite que no se traspasen todos los derechos y obligaciones de la entidad transmitente, sino que pueden estar limitados a los relativos a todos los elementos que se traspasan excluyendo los derechos y obligaciones vinculados a los elementos que no se traspasan.

<sup>651</sup> APARICIO PÉREZ, A. *“Distintos aspectos del régimen fiscal de la fusión de empresas”*, Noticias CEE, nº 96, Ed. CISS, pág. 28.

lógica de la Ley con el principio de capacidad impositiva. Es cierto que, en determinados casos, la subrogación otorgará al acreedor el mantenimiento de la garantía de cobro de su crédito, pero también es posible que las garantías sean menores como consecuencia de estos procesos (piénsese, por ejemplo, en la AND en la que las garantías de satisfacción de una deuda que pueda ofrecer la adquirente son inferiores a las que ofrezca la transmitente).

Para LÓPEZ IRANZO<sup>652</sup> lo que se hace es “reconocer” la subrogación universal que deriva de cualquier fusión, sin que se establezca un régimen nuevo y diferenciado (al menos respecto de las fusiones). Respecto de la imposibilidad de transmitir las BIN que preveía la Ley 29/91, considera que se extralimitaba, carecía de justificación y vulneraba la Directiva. De idéntica opinión respecto de las BIN es PÉREZ CRISTÓBAL<sup>653</sup>.

SÁNCHEZ OLIVÁN<sup>654</sup> no tiene duda alguna de que al art. 104 de la LIS 43/1995 tenía suficiente autonomía para aplicarse por sí mismo y que estaba plenamente justificado por la exigencia de la Directiva 90/434/CEE<sup>655</sup>. Sin embargo, se pregunta si el artículo era extensible a las operaciones que no se acogen al régimen fiscal especial reconociendo, tal y como habíamos explicado con anterioridad, que la transmisión de derechos y obligaciones en los casos de sucesión universal no requiere de norma tributaria específica que lo aclare, si bien parece que en el resto de supuestos únicamente sería aplicable en el caso de que se aplicase el RFE.

CUESTA CABOT<sup>656</sup> recuerda que la que “...la subrogación en el derecho a compensar las bases imponibles negativas en las fusiones no es una concesión graciosa del legislador tributario, sino traslación necesaria del principio de sucesión universal que como regla general opera en todos los ámbitos del Derecho...” de acuerdo con el art. 23 LME.

La situación no ha cambiado, en la actualidad, sobre este aspecto, en vigencia de la Ley 27/14. Conviene recordar que, al margen del art. 84 para el régimen especial de

---

<sup>652</sup> LÓPEZ IRANZO, F. “Neutralidad fiscal y ...” *op.cit.* pág. 11.

<sup>653</sup> PÉREZ CRISTÓBAL, J. “Régimen fiscal de las fusiones ...” *op.cit.* pág. 372.

<sup>654</sup> SÁNCHEZ OLIVÁN, JA. “*La fusión y la escisión ...*” *op.cit.* pág. 445.

<sup>655</sup> La Directiva 90/434/CEE establecía en su art. 5 la necesidad de que las reservas constituidas con exención total o parcial del impuesto se mantuvieran en idénticas condiciones por la sociedad adquirente (respecto de los establecimientos permanentes en el Estado de la sociedad transmitente).

<sup>656</sup> CUESTA CABOT, G. “Consideraciones sobre la subrogación en el aprovechamiento de las bases imponibles negativas en las fusiones.” *Carta Tributaria*, nº 34, Madrid 2018. Consulta digital.

reestructuración, la vigente LIS no hace ninguna referencia a posibles subrogaciones de derechos y obligaciones tributarias.

En consecuencia, además de analizar el contenido del art. 84 de la LIS deberemos valorar si se trata de un régimen jurídico diferenciado respecto de la sucesión en aquellas operaciones acogidas al régimen fiscal especial respecto de aquellas que tributarán por el régimen jurídico ordinario o bien se trata de un régimen fiscal superpuesto que matiza el régimen jurídico general.

El art. 7 de la Ley 76/80 negaba expresamente la posibilidad de transmisión de BIN en las operaciones de fusión y escisión cuyo régimen fiscal especial regulaba. Se plantea entonces GONZÁLEZ qué ocurre en las fusiones acogidas a la Ley 61/78. En principio, parecía extraño que las fusiones que beneficien a la economía nacional tuvieran un peor tratamiento que las que no benefician a la misma. Sin embargo, cabe recordar que las operaciones acogidas a la Ley 61/78 tenían enormes ventajas fiscales que provocaban, incluso, desimposición.

Para MONTESINOS<sup>657</sup>, pese a las dudas que pueda suscitar esta cuestión y su opinión previa, la transmisión del derecho a la compensación de BIN sólo debería admitirse en los supuestos de sucesión universal.

Desde luego, en nuestra opinión, no debería existir ningún problema para la transmisión del derecho a la compensación de BIN en los supuestos de sucesión universal. Tratándose de un derecho de crédito, seguirá el régimen del resto de derechos y obligaciones en los casos de sucesión universal<sup>658</sup>.

En el objeto del presente trabajo, el derecho a la compensación de BIN en las aportaciones no dinerarias de rama de actividad, incluso de aquellas generadas en la rama de actividad transmitida inicialmente, al no tratarse de una operación que provocara una sucesión universal, no se permitiría la transmisión conjuntamente con la rama. Si bien, más allá de la modificación del legislador en la regulación con la LIS, no

---

<sup>657</sup> MONTESINOS OLTRA, S. “*La compensación de ...*” *op.cit.* pág. 190.

<sup>658</sup> Para MONTESINOS OLTRA (“*La compensación de ...*” *op.cit.* pág. 191), en virtud del 104 LIS, tanto si se califica como auténtico derecho subjetivo como si se trata de una facultad, de un derecho potestativo o de una simple expectativa, el derecho a la compensación de BIN se integraría en el conjunto de relaciones o posiciones jurídicas en las que subentra la entidad que, gracias a un proceso de concentración, sucede a título universal al ente titular de aquel derecho.



cabe duda de la lógica que subyace tras el hecho de que las BIN derivadas de una actividad queden incorporadas a la misma como un activo más.

En primer lugar, debemos distinguir aquellas operaciones en las que se produce una verdadera sucesión de aquellas en las que únicamente se produce el efecto sucesorio.

Las operaciones de fusión y escisión total suponen la existencia de una sucesión con los efectos vistos en el apartado anterior de subrogación universal en todos los derechos y obligaciones tributarios. Sin embargo, en estos mismos supuestos, el RFE ofrece, básicamente, dos elementos remarcables. Por un lado, se explicita que, además de la transmisión a la entidad adquirente de los derechos y obligaciones tributarias de la entidad transmitente, la primera asumirá el cumplimiento de los requisitos necesarios para mantener los beneficios fiscales aplicados o pendientes de aplicación o consolidar los aplicados por la entidad transmitente. Por tanto, en ningún caso se perderán los beneficios fiscales, sino que, fruto de la sucesión universal, la entidad adquirente, subrogada en todos los derechos y obligaciones, podrá disfrutar de los referidos beneficios y, al mismo tiempo, deberá cumplir con las obligaciones que de ellos se deriven; en realidad, no es más que la plasmación de las consecuencias de la sucesión.

La subrogación no sólo afecta a los derechos y obligaciones tributarias sino también a los activos o pasivos por impuestos diferidos en la transmitente y que afectasen a los activos transmitidos. Así, los activos por impuestos diferidos serán recuperados por la entidad adquirente en las mismas condiciones que lo hubiese hecho la transmitente de no haberse realizado la operación e igualmente respecto de los pasivos por impuestos diferidos<sup>659</sup>.

Por otro lado, el art. 84 de la LIS hace una referencia a la posible traslación de las BIN. El art. 104 de la LIS 43/1995 también se refería a las BIN manifestando que las que dispusiera la entidad transmitente podrán ser compensadas por la adquirente, es decir, se producía una transmisión de las mismas<sup>660</sup>. Sin embargo, en aquellos supuestos en los que la entidad adquirente participaba en el capital de la transmitente, o bien ambas

---

<sup>659</sup> Ernst & Young "Análisis de la Ley 43/1995 del Impuesto sobre Sociedades y su Reglamento" Ed. Aranzadi, Pamplona 1997, pág. 803.

<sup>660</sup> Vid Ernst & Young ("*Análisis de la Ley 43/1995 ...*" *op.cit.* pág. 803) donde señala que la Ley 29/91 impedía la transmisión del derecho a la compensación de BIN, sin que esa imposibilidad conculcara lo preceptuado en la Directiva. Sin embargo, recibió numerosas críticas por parte de la doctrina al romper el principio de neutralidad que inspiraba el régimen, lo que provocó la realización de operaciones planificadas de modo diferente al habitual con la única finalidad de evitar esta limitación (i.e. fusiones en las que la absorbente siempre era la entidad que tenía las BIN).

formasen parte de un grupo de sociedades en el sentido establecido en el art. 42 CCo, la BIN susceptible de compensación debía reducirse en el importe (positivo) que resulte de minorar a las aportaciones realizadas por cualquier título por los socios correspondientes a la participación referida el valor contable que corresponde a dicha participación. Es decir, se trataría de restar de las BIN pendientes un importe equivalente a la provisión por depreciación de cartera que la entidad adquirente (o su antecesora en la titularidad de esa participación) hubiera dotado o hubiera debido dotar en aplicación de la normativa contable; en caso contrario se produciría, presuntamente, un doble aprovechamiento de las pérdidas producidas<sup>661</sup>.

La Ley 66/1997, además de extender los supuestos de limitación a las situaciones de grupo de sociedades, incorporó un nuevo párrafo al art. 104 de la LIS 43/1995 negando la posibilidad de aplicar las BIN que, fuera cual fuera el caso, hubieran motivado la depreciación de la participación (en la adquirente o en cualquier otra que forme parte del grupo de sociedades). Se trataba de cubrir los supuestos en los que el valor contable no fuera inferior a las aportaciones de los socios pero que sin embargo sí hubiese habido una depreciación de la participación motivada por pérdida en la entidad transmitente<sup>662</sup>.

Dicho párrafo se eliminó con posterioridad por la Ley 16/2013, de 29 de octubre, por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras (ya en vigencia de la LIS 4/04), por la innecesidad de la prevención del párrafo anterior sobre la reducción de las BIN en los supuestos de entidades pertenecientes al mismo grupo de acuerdo con lo previsto en el art. 42 CCo.

---

<sup>661</sup> Vid. Price Waterhouse (*Comentarios de urgencia a la Ley del Impuesto sobre Sociedades* Ed. Lex Nova. Valladolid 1996 pág. 184). Se pone de manifiesto que hay un cambio radical en la Ley 43/1995 respecto de la Ley 29/1991 al permitirse la compensación del BIN generadas por la sociedad transmitente. La limitación impuesta debe entenderse como un instrumento para evitar que la sociedad adquirente deduzca dos veces una pérdida similar: a través de la provisión de cartera y a través de la compensación futura de BIN de su participada.

<sup>662</sup> Por ejemplo, en el supuesto de que previamente a estas pérdidas la entidad transmitente hubiera incrementado su valor contable mediante beneficios no distribuidos. La adquisición posterior por parte de una entidad de las participaciones en la transmitente motivaría un valor de adquisición probablemente superior; si con posterioridad la transmitente incurriera en pérdidas, la entidad adquirente debería depreciar su participación.

Para CHECA GONZÁLEZ<sup>663</sup>, el art. 104 de la LIS 43/1995 permite la compensación de BIN de la absorbida por parte de la absorbente si bien, además de las limitaciones establecidas en el propio art. 104, también se deberán tener en cuenta las limitaciones del art. 23 de la LIS. No obstante, no debemos olvidar que el régimen fiscal especial se trata de un régimen autónomo respecto del régimen general, el cual actúa como subsidiario para todo aquello no regulado por el primero; pero en aquello específicamente establecido no cabe la aplicación de un régimen más restrictivo por lo que, en nuestra opinión, las limitaciones del art. 23 de la LIS no deben ser aplicables en ningún caso.

En los supuestos que se produce un efecto sucesorio, el régimen fiscal especial configura un régimen jurídico realmente novedoso respecto del régimen general. Tanto en las escisiones parciales como en las aportaciones no dinerarias, el régimen general no prevé transmisión alguna de derechos u obligaciones derivados de la propia transmisión. Sin embargo, en el régimen fiscal especial el art. 84 prevé la transmisión a la entidad adquirente de todos los derechos y obligaciones tributarias vinculadas a los bienes y derechos transmitidos. Adicionalmente, la entidad adquirente asumirá el cumplimiento de los requisitos necesarios para el mantenimiento o consecución de los beneficios fiscales de la entidad transmitente relacionados con los bienes y derechos transmitidos.

Se trata, por tanto, de un régimen fiscal diferenciado del régimen general, en la medida que el acreedor/deudor Hacienda Pública exige y acepta la transmisión de los derechos y obligaciones tributarias al nuevo titular de los bienes y derechos de los que derivan, es decir, la entidad adquirente.

No parece existir duda alguna respecto de lo que supone esta transmisión respecto de las obligaciones vinculadas a los bienes y derechos transmitidos y, en general, tampoco respecto de los derechos<sup>664</sup>. Sin embargo, existen dos elementos sobre cuya transmisión conviene hacer una reflexión; nos estamos refiriendo a las deducciones y a las BIN pendientes de compensar.

---

<sup>663</sup> CHECA GONZÁLEZ, C y otros *“Comentarios a la Ley del Impuesto sobre Sociedades”* Ed. Marcial Pons, Madrid 2000, pág. 340.

<sup>664</sup> Si bien tal y como se señala en Ernst & Young (*“Análisis de la Ley 43/1995 ...” op.cit.* pág. 803) la transmisión de derechos y obligaciones tributarias del art. 104, en los supuestos de sucesión a título no universal, puede ser más difícil determinar los derechos y obligaciones en los que se subroga la entidad adquirente, como por ejemplo el supuesto de los incentivos fiscales vinculados a los activos específicos (formación, I+D, ...) desde un punto de vista práctico.

Antes de la aprobación de la LIS ya considerábamos que, dado que lo que se transmite es una rama de actividad, no cabe duda que se puede establecer una relación directa entre las deducciones obtenidas por los diferentes tipos de incentivos fiscales que prevé o ha previsto la normativa del IS y la actividad transmitida. Ocurre exactamente lo mismo con las BIN. No estamos, en este caso, discutiendo acerca de la supervivencia o no de las deducciones o de las BIN porque, en este caso, la entidad transmitente no se extingue; se trata de determinar donde deberán ser utilizadas, en que entidad podrán ser aplicadas, estas deducciones o BIN.

En coherencia con lo expuesto con anterioridad, la respuesta no podía ser otra que la de que estas deducciones y estas BIN debían transmitirse conjuntamente con la rama de actividad a la que están vinculados. Se trata de auténticos créditos contra la Administración y como tales, en la medida que provienen de una actividad que se transmite en su totalidad, debían ser objeto de transmisión conjunta con la misma. Difícilmente encontraremos unos derechos que con mayor razón deban mantenerse unidos con la actividad que las ha originado.

No obstante, la resolución del TEAC de 18 de diciembre de 2008 volvió a rechazar la posibilidad de transmisión del derecho a compensación de pérdidas en los casos en los que no se producía la extinción de la personalidad jurídica de la transmitente. Por tanto, de acuerdo con el TEAC, en una situación de aportación no dineraria de rama de actividad era imposible transmitir las BIN existentes. En todo caso, se transmitían los derechos y obligaciones tributarias referidas a los elementos transmitidos. Cuestión todavía más espinosa era la aportación realizada por persona física que tuviera resultados negativos pendientes de compensar. En este caso la cuestión no era solo la transmisión del derecho de compensación, sino que nos encontrábamos frente a una posible transmisión de derechos entre impuestos diferentes: IRPF e IS.

Algún autor<sup>665</sup> se había planteado la cuestión de la transmisión de derechos a compensar pérdidas en los casos de aportaciones no dinerarias, sopesando los diferentes argumentos que permitirían defender una u otra postura. Por un lado, literalmente parecía claro que era posible dado que el apartado 3 tanto del art. 104 de la LIS 43/1995 como el art. 90 de la LIS 4/04 no distinguían entre un supuesto y otro y, además, la Ley 29/91 que lo prohibía establecía y separaba expresamente ambos supuestos. Sin embargo, una interpretación basada en la naturaleza y estructura del IS

---

<sup>665</sup> Vid Ernst & Young “Análisis de la Ley 43/1995 ...” *op.cit.* pág 804 y ss.

podría considerar que las BIN son consustanciales al sujeto pasivo, de tal forma que en la medida que éste no se extinga no pueden transmitirse. Pero también hay que valorar que el principio de neutralidad inspirador del régimen que no se alcanzaría bajo la segunda interpretación (i.e. en el caso de una AND de todo el patrimonio de la entidad, parece ilógico que las BIN generadas por todo ese conjunto de activos y pasivos no se transmitan con los mismos.). En este sentido la DGT, mediante resolución de 10 de abril de 2000, se manifestó en el sentido que, en una escisión total, las BIN pendientes deben distribuirse entre las diversas sociedades escindidas en función de las actividades que las han generado. Al margen de la existencia o no de sucesión, en un supuesto de escisión parcial la aplicación del mismo criterio obligaría a adjudicar a la rama de actividad escindida las BIN que ésta hubiera generado y, por tanto, en un supuesto de AND de rama de actividad podríamos concluir lo mismo respecto de la adjudicación a la rama de actividad de las BIN.

También señala SÁNCHEZ MANZANO que el proceso de prorrateo puede ser complicado pues las pérdidas pueden provenir de períodos impositivos previos y la realidad actual de cada una de las ramas de actividad ser notablemente diferente. Al respecto la DGT (consultas V2406-06 de 20 de noviembre de 2006 y 21 de junio de 2012) entendía que debía realizarse en base a la aportación de cada rama a las BIN. Criterio que compartía la Audiencia Nacional (sentencias de 15 de junio de 2009 y 28 de octubre de 2010).

La DGT empezó a admitir, tímidamente, la subrogación en los supuestos de aportaciones no dinerarias: La contestación de la DGT V1941-07 de 19 de septiembre de 2007 admitió la posibilidad para una aportación no dineraria, aduciendo que la Ley General de la Seguridad Social prevé para las mutuas de accidentes de trabajo la separación del patrimonio, con la formalización de cuentas anuales separadas, presentando la resolución como una situación excepcional.

Igualmente, la contestación de la DGT V 2631-10 de 3 de febrero de 2010, aceptó la subrogación en un supuesto en el que, tras la aportación de la rama de actividad, la entidad aportante se convertía en sociedad holding. La DGT consideró aceptable la subrogación en base a argumentos más prácticos y economicistas que no jurídicos.

Sin embargo, la resolución del TEAC de 11 de octubre de 2006 consideró que el núcleo central era la extinción o no de la personalidad jurídica de la transmitente lo que era coherente con el carácter personal y sintético del impuesto en el que la BI es fruto del resultado global sin que pueda distinguirse partes del resultado en función de ramas de

actividad diferenciadas, por lo que no es posible, en estos supuestos, la transmisión de BIN. en la medida que estas nos e pueden trocear.

MONTESINOS OLTRA<sup>666</sup> considera contradictorios estos argumentos sin perjuicio de alcanzar la misma conclusión (en vigencia de la LIS 4/04). Considera que el derecho a compensar es una situación jurídica activa derivada de una posición global ante el impuesto, inescindible de historial tributaria. Aunque se plantea si es justo que, por ejemplo, en una aportación en la que se aporta la totalidad de los activos y pasivos, las BIN permanezcan en la sociedad aportante con una limitada capacidad de compensación por falta de generación de resultados positivos.

Esta transmisión, en sí misma, no supone ni una ventaja ni un perjuicio para el sujeto pasivo; dependerá lógicamente de las circunstancias de la actividad transmitida y de las circunstancias de la entidad transmitente y de la entidad adquirente, pero podría suponer la oportunidad de algún tipo de planificación fiscal. Para evitarlo, si ese fuera el caso, se encuentran las limitaciones del art. 89.2 de la LIS.

Sin embargo, en línea con lo expuesto respecto de los efectos de la sucesión, derivado del principio de personalidad de las sanciones no se transmitirán en ningún caso las sanciones derivadas de la actuación culposa o negligente del sujeto pasivo. Podría parecer incoherente defender el mantenimiento de la relación jurídica original en los casos de sucesión y, al mismo tiempo, mantener la imposibilidad de imponer sanciones al sucesor por actos cometidos por el transmitente. No creemos que exista tal incoherencia en la medida que las sanciones derivan en todo caso de una conducta individual del sujeto pasivo que, como tal, es ajena a la relación jurídica objeto de sucesión. A diferencia de la sucesión de empresa regulada en la LGT, aquí no se trata de ampliar el círculo de obligados tributarios para aumentar la garantía del cumplimiento de las obligaciones tributarias, sino de determinar la existencia o no de responsabilidad.

En la sucesión regulada en el art. 90 de. TRLIS 2004, el sucesor no puede repetir el cobro de la deuda contra el sujeto transmitente (si se trata de una sucesión además habrá desaparecido), porque la deuda, por efecto de la sucesión le pertenece a él. Únicamente, podrá exigir determinadas compensaciones por el incumplimiento de las condiciones establecidas dependiendo del negocio que haya supuesto la sucesión.

---

<sup>666</sup> MONTESINOS OLTRA, S. *“La subrogación en el derecho ...” op.cit.*

La ausencia de aplicación del art. 42 de la nueva LGT (art. 72 LGT 1963) y su desarrollo en el RGR 2005 (y en el RGR 1990) nos llevó a considerar que en ningún caso deben ser directamente aplicables las conclusiones derivadas de su aplicación, si bien pueden tener cierta utilidad a la hora de determinar las características de la subrogación en el RFE.

Sin embargo, la diferencia entre ambos regímenes en algunos casos es más teórica que práctica, atendiendo a los efectos producidos en cada una de las operaciones previstas en el RFE.

En el caso de las fusiones, considerando la “confusión” que se produce entre el obligado tributario inicial y el que se subroga en su posición jurídica (con independencia de cómo se instrumente la fusión, pasa a existir una única persona jurídica) no parece existir diferencia entre lo que sería una ampliación del círculo de obligados y lo que sería una verdadera sustitución. Sin embargo, sí cabe reflexionar en torno a aquellos elementos que son objeto de ampliación o transmisión. Así, por ejemplo, la posibilidad de exigir las sanciones se vería matizada en función de la consideración anterior.

En el caso de las escisiones existe una auténtica subrogación en los derechos y obligaciones de la sociedad escindida, por lo que, en aplicación del art. 90 de la LIS 4/04 sólo podría dirigirse contra aquella sociedad beneficiaria de los elementos a los que cabe atribuir el pasivo. Sin embargo, el art. 259 LSA en el momento de su vigencia señalaba que la entidad escindida y las beneficiarias de la escisión responden solidariamente por el total de las obligaciones. No se trata de regímenes contrapuestos, sino que, tal y como se deduce de la referencia a la supervivencia de la sociedad escindida, la normativa mercantil estaba pensando en el caso de escisiones parciales (para que exista una sociedad escindida superviviente), mientras que, en la normativa fiscal, ante de la entrada en vigor del art. 90 de la LIS y su modificación respecto de las sucesiones “no universales”, pensaba en escisiones totales (para poder hablar de sucesión era necesario la extinción de la sociedad escindida). Así, existía una clara diferencia entre la aplicación del régimen del art. 90 LIS 4/04 o el art. 42 de la actual LGT (art. 72 LGT 1963 1963). En las escisiones totales el sujeto pasivo original se extingue por lo que, de tratarse de una ampliación del sujeto pasivo, en principio, cabría dirigirse contra cualquiera de las sociedades beneficiarias de la escisión. En cambio, en el supuesto de que se tratara de una sucesión, sólo se podría dirigir, de acuerdo con lo previsto en el art. 90 de la LIS 4/04, contra la sociedad receptora del activo del cual trae causa el pasivo exigido.

En el caso de las escisiones parciales, cabe decir que el art. 42 de la actual LGT (art. 72 LGT 1963) permitiría dirigirse tanto contra la sociedad escindida como contra la beneficiaria. En cambio, si se tratara de una sustitución únicamente cabría dirigirse, en principio, contra la beneficiaria de la escisión. SÁNCHEZ OLIVÁN<sup>667</sup>, sin embargo, opina que el art. 90 de la LIS 4/04 permite una responsabilidad solidaria respecto de la sociedad escindida.

Respecto de los canjes de valores cabe decir que, atendiendo a la especificidad de la operación, manteniéndose la personalidad jurídica del sujeto que realiza la actividad no debería tener ningún efecto.

La operación de aportación de rama de actividad presenta ciertas analogías con el supuesto de adquisición de explotaciones o actividades económicas previsto en el art. 42 de la actual LGT y el 13 del RGR 1684/90 pues en ambos supuestos se exige que lo transmitido sea una explotación con contenido económico. Únicamente habría que verificar que los elementos transmitidos son los esenciales para la continuidad de la explotación, si bien en los casos de rama de actividad parece lógico pensar que siempre se transmitirán estos (no en cambio en los supuestos de aportaciones no dinerarias especiales). Igualmente, la certificación prevista en el art. 125 RGR 2003 también se refiere a explotaciones económicas.

Así pues, tanto la transmisión de empresa prevista en art. 42 de la LGT como las operaciones de aportación de rama de actividad resultan similares en cuanto al resultado o efecto económico, pero no cabe una equiparación total entre las mismas. La transmisión de empresa que se prevé en la LGT tiene un carácter genérico (puede ser transmitentes y adquirentes tanto una persona física como jurídica) mientras que en la LIS se limitan subjetivamente las operaciones de aportaciones de rama de actividad aquellas en las que el adquirente tiene que ser siempre una sociedad o de acuerdo con artículo 87 de la LIS persona física siempre que lleve su contabilidad con arreglo a lo dispuesto en el CCo.

Respecto de las aportaciones no dinerarias ocurriría una situación similar a la de las escisiones parciales (en el fondo son dos operaciones muy similares en la que únicamente varía el titular de las participaciones emitidas fruto de la aportación o de la escisión). El art. 42 de la LGT permitiría dirigirse contra la sociedad aportante y contra la

---

<sup>667</sup> SÁNCHEZ OLIVÁN, J. “La fusión y la escisión ...” op.cit. pág. 446.



sociedad adquirente mientras que el art. 84 de la LIS únicamente permitiría hacerlo contra la segunda.

Las aportaciones no dinerarias también provocan una situación de efecto sucesorio y no una sucesión en cuanto instituto jurídico. El concepto de aportación de rama de actividad es un concepto puramente fiscal sin previa regulación mercantil. El elemento fundamental para diferenciar estos supuestos de los de sucesión es la ausencia de extinción del sujeto transmitente, en este caso, de la entidad aportante, lo que excluye de entrada uno de las notas definitorias de la institución “sucesión”.

En aplicación del este mismo criterio, la entrada en vigor de la LIS intentó clarificar este aspecto y en gran parte lo consiguió. Así, el art. 84 (equivalente al art. 90 de la LIS 4/04), además de refundir en un único apartado los antiguos 1 y 2, dio un nuevo redactado al (ahora) apartado 2 referido al tema de las BIN:

*“Se transmitirán a la entidad adquirente las bases imponibles negativas pendientes de compensación en la entidad transmitente, siempre que se produzca alguna de las siguientes circunstancias:*

- a) La extinción de la entidad transmitente.*
- b) La transmisión de una rama de actividad cuyos resultados hayan generado bases imponibles negativas pendientes de compensación en la entidad transmitente. En este caso, se transmitirán las bases imponibles negativas pendientes de compensación generadas por la rama de actividad transmitida.*

*Cuando la entidad adquirente participe en el capital de la transmitente o bien ambas formen parte de un grupo de sociedades a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de su residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, la base imponible negativa susceptible de compensación se reducirá en el importe de la diferencia positiva entre el valor de las aportaciones de los socios, realizadas por cualquier título, correspondiente a la participación o a las participaciones que las entidades del grupo tengan sobre la entidad transmitente, y su valor fiscal.”*

De esta forma se despejaba cualquier duda que, en aplicación del RFE, las BIN generadas por una rama de actividad pendientes de compensar se transmitirán con ésta.

No obstante, continúan subsistiendo algunas dudas al respecto. En primer lugar, aunque en puridad no es tan evidente los resultados de cada rama de actividad y, por tanto, sus

bases imponibles positivas o negativas del IS, si es cierto que se puede hacer un cierto análisis para determinarlas. Lo que no es claro en absoluta es qué BIN se han podido compensar de las generadas por una rama de actividad. En efecto, suponiendo que dentro de una misma sociedad, hay diferentes ramas de actividad que generan resultados diferentes, positivos y negativos y que, por tanto, de una manera normalizada, a la hora de determinar el resultado contable total de cada ejercicio (y su BI) no resulta nada claro que bases positivas de ramas de actividad se han compensado con las negativas ya que no existe ningún tipo de sistema lógico o analítico que permita determinarlo. Frente a ello caben dos alternativas:

1. Dejar que sea el propio sujeto pasivo el que determine qué bases se han compensado con otras.
2. Buscar un sistema proporcional de generación y aplicación.

Asimismo, cabe hacer una reflexión respecto de aquellos supuestos de aportaciones no dinerarias como de escisiones parciales en los que no se atribuyen las deudas a la sociedad beneficiaria. El art. 84 de la LIS no parece contemplar este hecho como algo excepcional y se limita a decir que los derechos y obligaciones tributarias se transmitirán junto con los bienes y derechos transmitidos a que correspondan.

No deja de resultar paradójico que cuando el sujeto pasivo hubiera decidido no atribuir determinados pasivos en el proceso de reestructuración, se viera obligado a ello en función de lo dispuesto en la LIS. En efecto, así como el art. 76.4 de la LIS al definir el concepto de rama de actividad, no incluye dentro de la misma las deudas asociadas a la unidad económica que se traspasa (porque, como hemos visto, no forman parte de la misma), dejando a la voluntad del sujeto pasivo la posibilidad de traspasarlas o no conjuntamente con elementos patrimoniales, el art. 84.1 parece dar a entender que necesariamente se traspasan a la entidad adquirente las obligaciones tributarias asociadas a esos elementos patrimoniales. Así, por ejemplo, la cuota por IS devengada por una rama de actividad, de acuerdo con el art. 76.4 no formaría parte de la rama de actividad y podría no traspasarse. En cambio, de acuerdo con el art. 84 1, esta obligación tributaria se traspasaría conjuntamente con los bienes y derechos transmitidos liberando a la entidad aportante.

Creemos que el artículo puede interpretarse en el sentido de considerar que el cumplimiento de las obligaciones no pecuniarias, lógicamente, permanecerá unido a los bienes y derechos de los que traen causa. En cuanto a las obligaciones pecuniarias deberemos distinguir aquellas que han sido atribuidas en el propio proceso de

reestructuración a la sociedad adquirente en las que no cabe duda que ésta pasa a ostentar la cualidad de obligado tributario de aquellas que, correspondiendo a los bienes y derechos transmitidos, no han sido atribuidas a la sociedad adquirente. De acuerdo con lo previsto en el art. 84 de la LIS, con independencia de los acuerdos entre las partes, el obligado tributario es la sociedad adquirente en todo caso.

Desde un punto de vista práctico, en los casos en los que no se haya producido esa atribución, la Administración, en la medida que la obligación tributaria se cumpla y dado que, normalmente, no tiene conocimiento de que esa obligación se ha transmitido, considerará cumplidas las obligaciones tributarias<sup>668</sup>.

Respecto de aquellas obligaciones no liquidadas a la fecha de la operación entendemos que no cabe otra opción para la Administración que la de dirigirse contra la sociedad beneficiaria con independencia que la obligación hubiera nacido y fuera exigible con carácter previo a la operación.

SÁNCHEZ OLIVÁN<sup>669</sup> explica que, pese a que de la literalidad de la Ley podría inferirse otra cosa, no es posible que la cesión de derechos y obligaciones tributarias se realice sin acuerdo entre las partes. Entiende que sólo son transmisibles los derechos y obligaciones relacionados con los elementos transmitidos, pero deja entrever que pueden transmitirse, pero que no se transmiten *ope legis*. Ya hemos expresado que, en nuestra opinión, el régimen de transmisión, respecto de los derechos y obligaciones tributarias vinculadas a los elementos transmitidos, no está al arbitrio de las partes.

La importancia de que los elementos pasivos puedan no ser atribuidos en la aportación de la rama de actividad afecta de lleno a los pasivos tributarios que puedan tener esta vinculación. Además de la distinción entre obligaciones pecuniarias y no pecuniarias que veíamos con anterioridad, parece evidente que existen una serie de elementos pasivos vinculados a dichos elementos y que como tal constan en el Balance de la sociedad aportante cuya transmisión, por expreso designio del art. 76.4 LIS queda al libre albedrío del sujeto pasivo, será éste quien decidirá si son aportados o no. Existen otra serie de pasivos que podríamos decir que no constituyen en sí mismos elementos del pasivo (en el sentido que no lucen en el Balance) sino obligaciones relacionadas con los elementos

---

<sup>668</sup> No debemos olvidar, por otra parte, que el art. 18 RGR 1684/90 como el art. 33 del RGR 939/05 prevé el pago por cuenta de otro con plena legitimación, por lo que perfectamente podríamos entender cumplida la obligación sobre la base de estos preceptos.

<sup>669</sup> SÁNCHEZ OLIVÁN, J. "La fusión y la escisión ..." op.cit. pág. 446.

que supondrían un pasivo en el caso de incumplimiento de la obligación. Finalmente, respecto de las obligaciones tributarias cabe decir que el art. 84 establece la obligatoriedad de su transmisión. Sin embargo, conviene precisar que el concepto de obligación tributaria no creemos que sea equiparable al de deuda tributaria ya vencida y exigible, sino más bien a aquellas obligaciones (no necesariamente pecuniarias) de carácter tributario cuya exigibilidad no sea inmediata.

La Directiva 2009/133/CE (igual que la Directiva 90/434/CEE) considera incluido dentro del concepto de rama de actividad también a los pasivos vinculados con la unidad económica autónoma, lo cual podría hacer pensar en la obligatoriedad de su aplicación, aunque siempre limitado a los supuestos de aplicación de la Directiva, es decir, cuando intervinieran legislaciones de más de un estado miembro.

Igualmente, la Directiva 2009/133/CE en su art. 6<sup>670</sup> (con una redacción similar al art. 6 de la Directiva 90/434/CEE) permite la asunción de pérdidas fiscales pendientes de compensación en operaciones transfronterizas. En caso de que se aplique a las operaciones internas, será obligatorio establecerla para los supuestos de establecimientos permanentes en favor de la sociedad beneficiaria.

La sentencia *Foggia* del TJUE de 10 de noviembre de 2011, precisamente analiza un supuesto en el que la entidad transmitente tiene numerosas pérdidas fiscales, pero sin apenas elementos patrimoniales ni actividad. La sentencia descarta la aplicación del régimen fiscal especial en aplicación de la cláusula antielusión, valorando el conjunto de hechos, pero sin poner nunca en cuestión que, en caso de que se aplicase, las pérdidas fiscales serían objeto de transmisión.

La sentencia *A Oy* (Asunto C-123/11) analiza si el TJUE se opone a una norma que no permite la compensación de las pérdidas sufridas por una entidad filial, residente en Suecia, que ha sido absorbida por su matriz, residente en Finlandia, cuando tal compensación sí sería posible en caso de que las dos entidades fueran residentes en el mismo país. La conclusión del Tribunal es que debe primar la libertad de establecimiento

---

<sup>670</sup> En concreto el art. 6 de la Directiva 2009/133/CE establece: “En la medida en que, cuando las operaciones a que hace referencia al art. 1, letra a), se efectúen entre sociedades del Estado miembro de la sociedad transmitente, dicho Estado miembro aplique disposiciones que permitan a la sociedad beneficiaria asumir las pérdidas de la sociedad transmitente no compensadas a efectos fiscales, el Estado miembro deberá ampliar estas disposiciones para que abarquen la asunción de dichas pérdidas por parte de los establecimientos permanentes de la sociedad beneficiaria situados en su territorio”.

por lo que las pérdidas podrían ser transmitidas salvo que concurran causas de justificación ya enunciadas en la sentencia *Marks & Spencer*: reparto de la potestad tributaria, impedir la doble compensación de pérdidas y evitar el fraude y la evasión fiscal.

Dado que el art. 84.3 de la LIS establece que *“Las subrogaciones comprenderán exclusivamente los derechos y obligaciones nacidas al amparo de las leyes españolas”*. Parece, en consecuencia, que este precepto chocaría frontalmente con la Sentencia A Oy.

SANZ GADEA<sup>671</sup> considera que mientras estuvo vigente el art. 12.3<sup>672</sup> de la LIS 4/04, tal conflicto no existía, por cuanto este precepto permitía que la entidad matriz asumiera

---

<sup>671</sup> SANZ GADEA, E. *“La jurisprudencia del Tribunal...”* op.cit. pág. 10.

<sup>672</sup> La redacción del art. 12.3. del TRLIS 2004 era la siguiente:

“La deducción en concepto de pérdidas por deterioro de los valores representativos de la participación en el capital de entidades que no coticen en un mercado regulado no podrá exceder de la diferencia positiva entre el valor de los fondos propios al inicio y al cierre del ejercicio, debiendo tenerse en cuenta las aportaciones o devoluciones de aportaciones realizadas en él. Este mismo criterio se aplicará a las participaciones en el capital de entidades del grupo, multigrupo y asociadas en los términos de la legislación mercantil.

Para determinar la diferencia a que se refiere este apartado, se tomarán los valores al cierre del ejercicio siempre que se recojan en los balances formulados o aprobados por el órgano competente.

No serán deducibles las pérdidas por deterioro o correcciones de valor correspondientes a la participación en entidades residentes en países o territorios considerados como paraísos fiscales, excepto que dichas entidades consoliden sus cuentas con las de la entidad que realiza el deterioro en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, o cuando las mismas residan en un Estado miembro de la Unión Europea y el sujeto pasivo acredite que su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos y que realizan actividades empresariales.

En las condiciones establecidas en este apartado, la referida diferencia será fiscalmente deducible en proporción a la participación, sin necesidad de su imputación contable en la cuenta de pérdidas y ganancias, cuando los valores representen participaciones en el capital de entidades del grupo, multigrupo y asociadas en los términos de la legislación mercantil, siempre que el valor de la participación, minorado por las cantidades deducidas en períodos impositivos anteriores, exceda del valor de los fondos propios de la entidad participada al cierre del ejercicio que corresponda a la participación, corregido en el importe de las plusvalías tácitas existentes en el momento de la adquisición y que subsistan en el de la valoración. La cuantía de la diferencia deducible no puede superar el importe del referido exceso. A efectos de aplicar esta deducción, el importe de los fondos propios de la entidad participada se reducirán o aumentarán, por el importe de las deducciones y los ajustes positivos, respectivamente, que esta última entidad haya practicado por aplicación de lo establecido en este apartado correspondientes a las participaciones tenidas en otras entidades del grupo, multigrupo y asociadas.

A estos efectos, los fondos propios se determinarán de acuerdo con lo establecido en el Código de Comercio y demás normativa contable de desarrollo, siendo corregida dicha diferencia, en su caso, por los gastos del ejercicio que no tengan la condición de fiscalmente deducibles de acuerdo con lo establecido en esta Ley.

Las cantidades deducidas minorarán el valor de dichas participaciones, teniendo la consideración, a efectos fiscales, de corrección de valor, depreciación o deterioro de la participación. Estas cantidades se

las pérdidas de la filial con independencia de su residencia. La Ley 16/2013, de 23 de octubre, por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras, introdujo, con efectos para los períodos impositivos iniciados a partir del día 1 de enero de 2013, y con carácter permanente, la derogación del régimen (artículo 12.3 LIS 4/04) que permitía la deducibilidad de las pérdidas provocadas por el deterioro del valor de las participaciones del sujeto pasivo del IS en otras entidades.

Es evidente que en las aportaciones no dinerarias de rama de actividad (y las especiales del art. 87 de la LIS), de acuerdo con los términos expuestos hasta ahora, no podemos hablar de una sucesión, pero si de un efecto sucesorio en la medida que se produce una modificación subjetiva en la situación jurídica manteniéndose idénticos el resto de elementos de la misma.

Cabría plantearse si sería aplicable la certificación negativa de deudas en los supuestos de operaciones de reestructuración aquí descritos<sup>673</sup>. Parte de la doctrina ha negado esta posibilidad por entender que la certificación negativa de deudas o, en su caso, la exención de responsabilidad en los casos de no emisión del certificado de deudas en el plazo previsto, en la medida que el supuesto contemplado por la Ley es un supuesto de sucesión en una explotación económica pero no de un supuesto de fusión. No creemos que, de acuerdo con la redacción del art. 72.2. de la LGT 1963, pudiera negarse tal posibilidad en los supuestos contemplados en el párrafo 1º, en la medida que incluye cualquier título de sucesión y, incluso, se hace una referencia a la herencia a beneficio de inventario. En cuanto a la actual LGT art. 175.2 todavía mantiene una redacción algo más amplia e incluso explicita la finalidad de solicitar la referida certificación: “... *al objeto de limitar la responsabilidad solidaria contemplada...*”.

No parece tener demasiado sentido liberar de responsabilidad en una adquisición a través de una compraventa y no hacerlo en una adquisición a través, por ejemplo, de una ampliación de capital. Bien es cierto que, determinadas adquisiciones, suponen la extinción sin liquidación de la sociedad transmitente (fusión) lo que, de aplicar la

---

integrarán como ajuste positivo en la base imponible del período impositivo en el que el valor de los fondos propios al cierre del ejercicio exceda al del inicio, debiendo tenerse en cuenta las aportaciones o devoluciones de aportaciones realizadas en él, con el límite de dicho exceso.

En la memoria de las cuentas anuales se informará de las cantidades deducidas en cada período impositivo, la diferencia en el ejercicio de los fondos propios de la entidad participada, así como las cantidades integradas en la base imponible del período y las pendientes de integrar.”

<sup>673</sup> RUIBAL PEREIRA, L. “*La sucesión en derecho tributario ...*” op.cit. pág. 236.

limitación de responsabilidad vía certificación, podría suponer que la Administración no tuviera a quien reclamar las responsabilidades tributarias.

En todo caso, según MARÍN BENÍTEZ<sup>674</sup>, en los casos de sucesión basados en el art. 84 de la LIS, la responsabilidad alcanza, en nuestro caso, únicamente, respecto de los bienes transmitidos, a las obligaciones tributarias pendientes, los créditos fiscales pendientes, la subrogación en requisitos pendientes de cumplimiento e incluso en la fechas y valores de adquisición de los bienes (salvo que se renuncie el régimen de diferimiento de las plusvalías). Igualmente será responsable de las sanciones, recargo en intereses y de la responsabilidad tributaria. Por el contrario, no existirá derecho de reembolso porque no lo prevé ni la LIS ni la LGT (a diferencia de los supuestos del art. 42) ni limitación en la responsabilidad.

Finalmente, como hemos apuntado con anterioridad, subsiste la duda de si también serían transmisibles el derecho a compensar pérdidas en caso de aportaciones de persona físicas. Literalmente, el art. 84.2 se refiere a la entidad transmitente. También es cierto que es necesario realizar una interpretación integradora y solo la transmisión del derecho a la compensación permitiría hablar de una verdadera neutralidad, aunque la traslación entre impuesto parece francamente dudosa.

La resolución del TEAC de 18 de diciembre de 2008 negó la posibilidad de subrogación en caso de aportación de rama por parte de una persona física en base a dos impuestos personales. Esta respuesta estaba dada con anterioridad a la redacción actual del art. 84 que permite expresamente la transmisión de BIN en las aportaciones no dinerarias de rama de actividad. Además, dicha modalidad de aportación no materializa sucesión universal.

---

<sup>674</sup> MARÍN BENÍTEZ, G. "La sucesión de empresa ..." op.cit, pág. 76

## CAPÍTULO V. LIMITACIONES EN LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN FISCAL ESPECIAL

### 1. Finalidad de la reestructuración: ausencia de fraude o evasión fiscal

Ya hemos analizado con anterioridad la finalidad de neutralidad impositiva en las operaciones de reestructuración empresarial que inspiraba la Directiva 90/434/CEE originaria del régimen fiscal protegido aplicable en España, que deberían permitir la eliminación de obstáculos a las reestructuraciones sin que, en ningún caso, la fiscalidad aplicable a las operaciones de reestructuración supusiera ni un freno ni un incentivo para las mismas ajeno a la propia finalidad empresarial.

No obstante, parece claro que dicho régimen fiscal podría ser utilizado en operaciones de reestructuración cuya finalidad no fuera la propia reorganización por motivos económicos o estratégicos, sino que dicha finalidad fuera la de reducir o diferir su carga tributaria, presente o futura, de manera directa o indirecta.

A diferencia del antiguo régimen previsto en la Ley 76/1980, como veremos con posterioridad, la aplicación de este régimen nunca ha estado sujeta a autorización, sino, al inicio, tan sólo a una simple comunicación y, con posterioridad, a partir de 2015, pasó a ser de aplicación automática salvo que se renunciara al mismo de manera expresa. Es por esta ausencia de control previo por lo que se establece la posibilidad de la inaplicabilidad de dicho régimen si las operaciones realizadas se hubieran producido con fines, principalmente, de defraudación tributaria<sup>675</sup> (aunque las consecuencias de dicha inaplicabilidad merecen, como veremos posteriormente, una reflexión específica). Se trata, en definitiva, de combatir el mal uso de las normas a través de las llamadas cláusulas anti-abuso o cláusulas anti-elusión.

La Directiva 90/434 establecía, en su artículo 11, la posibilidad de que los Estados miembros (al transponer la Directiva a su legislación interna) evitaran la aplicación de los beneficios fiscales establecidos si la operación realizada tuviera

---

<sup>675</sup> BLESÁ BAGUENA, A., BERGUA CANELLES, R., CIUTAD CURA, J.I. (1996). *Todo sobre la nueva Ley*, op.cit. pág. 418, señalaban, estando en vigor la original redacción del art. 110.2 de la LIS 43/1995, que la Ley facultaba a la Administración para comprobar la adecuación de las operaciones realizadas a la finalidad que se persigue, es decir, facilitar la reestructuración o racionalización de las actividades de las sociedades participantes en la operación. Sin embargo, como veremos, la Ley no facultaba a la Administración para esa comprobación, sino para verificar la existencia, como finalidad principal de la operación, del fraude o la evasión fiscal (no era requisito suficiente ni excluyente para la aplicación del régimen especial la existencia de una reestructuración o racionalización de actividades). La redacción vigente a partir de 2001 ofrece más dudas en cuanto se menciona por primera vez el concepto de “motivos económicos válidos”.



*“como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal; el hecho de que una de las operaciones contempladas (...) no se efectúe por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal.”*

La Directiva 133/2009/CEE (art. 15.1.a), que derogó la anterior, mantuvo en este ámbito una redacción idéntica a la existente.

Sin ninguna duda, la presunción que autorizaba ambas Directivas para ser establecida por los países miembros era una semilla de evidentes conflictos. Pese a que, como veremos con posterioridad, la prueba de la finalidad de la reestructuración, en cualquiera de los sentidos, va a resultar una empresa difícil<sup>676</sup>, no parece la mejor solución establecer una presunción que, por un lado, supone una cierta traslación de la carga de la prueba de la finalidad de la operación al sujeto pasivo y, por otro, dejaba multitud de operaciones en una peligrosa indefinición respecto de si sus motivos de ejecución podían entenderse como “motivos económicos válidos” al utilizar un término jurídicamente indeterminado.

El artículo 16.2 de la Ley 29/1991 incluyó una redacción similar a la Directiva estableciendo que, si como consecuencia de la comprobación administrativa se probara que las operaciones se realizaron principalmente con fines de fraude o evasión fiscal, se perdería el derecho al régimen tributario establecido y se procedería a la regularización de la situación tributaria *“con las correspondientes sanciones e intereses de demora”*. Sin embargo, no se introdujo ninguna presunción de similar tenor al establecido por la Directiva 90/434/CEE en el sentido de que la ausencia de motivos económicos válidos se pudiera interpretar como existencia de finalidad de fraude o evasión fiscal.

Tampoco resultaba muy claro en qué consistiría la regularización de la situación tributaria. Podría entenderse, a tenor de la redacción, que ésta consistiría en la aplicación del régimen general a la operación de reestructuración o bien la pérdida de

---

<sup>676</sup> Pese a esta dificultad el TJCE, en su sentencia de 17 de julio de 1997 (Asunto C-28/95) ya se pronunció sobre este aspecto entendiendo que en una fusión mediante intercambio de acciones sí se produjo un supuesto de fraude o evasión fiscal al aplicar la Directiva 90/434/CEE.

las ventajas fiscales obtenidas. Teniendo en cuenta la mención a los intereses de demora y sanciones, se podía presumir que se refería a una cuota dejada de ingresar por lo que parecía referirse a la primera opción.

El artículo 110.2 de la LIS 43/1995, en su redacción original, era una copia literal del anterior con una única excepción y es la eliminación de la mención a las *correspondientes sanciones e intereses de demora*. Sin embargo, la Ley de Acompañamiento para 2001<sup>677</sup>, que redactó de nuevo el art. 110.2, mantuvo la inaplicación del régimen en los supuestos en que la finalidad principal del mismo fuera el fraude o la evasión fiscal, pero añadiendo que en ausencia de motivos económicos válidos (como la reestructuración o la racionalización de las actividades), el régimen no se aplicaría. La redacción del art. 110.2 de la LIS 43/1995 que finalmente se incluyó y que se mantuvo idéntica en el art. 96.2 TRLIS 2004, en su párrafo primero, y que, en la actualidad, se encuentra en el art. 89.2, primer párrafo, de la LIS actual, es la siguiente:

*“No se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal”.*

Conviene poner de manifiesto, de manera inmediata, la clara discrepancia entre el redactado de las Directivas y el del art. 89.2 de la LIS. En efecto, la Directiva deja claro que el régimen será aplicable en todos los supuestos de reestructuración excepto (si así lo decide el Estado correspondiente al transponer la Directiva) en los que la operación tenga como finalidad el fraude o la evasión fiscal; el hecho de que la operación no se efectúe por motivos económicos válidos sólo puede representar una presunción de que existe fraude o evasión fiscal en la finalidad de la operación pero, aparentemente, dicha presunción puede destruirse demostrando la existencia de otras finalidades que no sean motivos económicos válidos y que, sin embargo, tampoco sean fraude o evasión fiscal. Entre estos motivos podrían encontrarse, por qué no, la obtención de una mejor estructura fiscal o cualquier otro *motivo* que no necesariamente sea económico (podríamos hablar de motivos societarios, motivos de imagen exterior, motivos sucesorios, etc.). Sin embargo, a priori, el actual redactado del art. 89.2 LIS parece

---

<sup>677</sup> Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social.

entender que la ausencia de motivos económicos válidos determina, por sí mismo, la inaplicación del régimen con independencia de la existencia de finalidades de fraude o evasión fiscal.

La aplicación de esta cláusula antiabuso suscita numerosas dudas y el hecho de que se haya aplicado de manera excepcional contribuyó, inicialmente, a la falta de criterios jurisprudenciales que permitieran entender su significado y aplicación, si bien el paso de los años ha ayudado a clarificar ligeramente la situación a través de las sentencias, fundamentalmente, del TS. La evidente inseguridad jurídica que crea esta cláusula respecto de la aplicación del régimen fiscal especial pone de manifiesto la poca fortuna en su redacción, pese a las numerosas veces que ha sido modificada.

La importancia de esta cláusula, que supone la posibilidad de aplicar o no el régimen fiscal con unas consecuencias tributarias, en la mayoría de los casos, absolutamente diferentes, obliga a realizar un análisis pormenorizado de su significado para, fundamentalmente, entender los supuestos en los que debería ser aplicable y las consecuencias de su inaplicación.

PITA Y ANEIROS<sup>678</sup> señalan que son tres los requisitos para la aplicación de la cláusula antiabuso:

- 1.- El objetivo debe ser el fraude o la evasión fiscal.
- 2.- Dicho objetivo es la finalidad principal de la operación.
- 3.- Si no existen motivos económico válidos se puede presumir la existencia de los dos anteriores.

Realmente, tal y como lo exponen los autores, no podríamos decir que el tercero es un requisito sino más bien una simple presunción que admite prueba en contrario. De este modo, los requisitos, estrictamente hablando, serían únicamente los dos primeros. Sin embargo, como veremos detalladamente, la interpretación que se ha dado a esta “presunción” ha sido diversa y objeto de amplia discusión.

Conviene, en consecuencia, analizar detalladamente los diferentes requisitos para la inaplicación del régimen fiscal pues, además de la posible subordinación entre ellos, nos encontramos ante conceptos jurídicamente indeterminados que deben interpretarse adecuadamente.

---

<sup>678</sup> PITA GRANDAL, A.M., ANEIROS PEREIRA, J. (2012). “La cláusula antiabuso en las fusiones desde la perspectiva comunitaria y española”, en *Crónica tributaria*, núm. 144, págs. 111-148.

Este análisis requiere, en primer lugar, centrarnos en la primera de las afirmaciones del artículo (que antes de la actual redacción era la única frase del mismo) y dejar para después al análisis de la segunda frase y, sobre todo, su relación de subordinación o no con la primera.

De acuerdo con esta primera frase, se niega la aplicación del régimen fiscal a los supuestos en los que la finalidad principal de la operación que se pretende acoger al régimen fiscal especial sea el fraude o la evasión fiscal. Así, de entrada, debía ser la propia Administración la que soportara la carga de la prueba respecto de dos hechos principales<sup>679</sup>:

- Existencia de fraude o evasión fiscal.
- Que precisamente ese fraude o evasión fiscal fue el motivo principal que impulsó a realizar la operación.

Sin embargo, la redacción actual añade, como hemos visto, dos elementos adicionales, cuales son la concurrencia o no en la operación de *motivos económicos válidos* y la posible obtención de una *ventaja fiscal* derivada de la realización de la operación.

### **1.1. Los motivos de la operación como elemento de calificación del negocio jurídico**

Antes de entrar de manera directa en la cláusula antielusión del art. 89 de la LIS, conviene hacer una breve reflexión sobre la relevancia de los motivos del contribuyente en la calificación que otorgue la legislación a los negocios jurídicos realizados por las partes.

---

<sup>679</sup> BLESÁ BAGUENA, A., BERGUA CANELLES, R., CIUTAD CURA, J.I. (1996). *Todo sobre la nueva Ley*, op.cit. pág. 252, en referencia a la anterior redacción, señalan que “la carga de la prueba corresponde, evidentemente, a la Administración Tributaria”. Aun compartiendo este criterio, merece la pena reflexionar sobre hasta qué punto, la carga de la prueba no podía recaer, desde un punto de vista práctico, en multitud de ocasiones en el sujeto pasivo, habida cuenta de la práctica imposibilidad por parte de la Administración de acreditar cuál ha sido la finalidad principal de la operación. De este modo, existiendo una clara ventaja fiscal derivada de la operación podría interpretarse razonablemente que esa ha sido la finalidad principal y obligar al sujeto pasivo a aportar otras razones que justifiquen la realización de la reestructuración.

De idéntica opinión es RUIZ ZAPATERO, G. G. (1992). “Régimen fiscal de las operaciones internas y transnacionales de fusión, escisión, aportación y canje de acciones”, en *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, Vol. II, págs. 381-397, pág. 390, aunque no justifica su conclusión.

MARÍN BENÍTEZ<sup>680</sup> responde taxativamente que es prácticamente unánime la opinión doctrinal negando la intervención en la calificación del negocio a las motivaciones que puedan tener los sujetos involucrados. Considera que *“la función calificadora en nuestro ordenamiento jurídico la desempeña la causa y, en concreto, la causa entendida de forma objetiva como la función económico-social que justifica que un determinado negocio jurídico reciba la tutela y protección del ordenamiento jurídico y que, a diferencia de los motivos, es idéntica para cada tipo negocial.”* Únicamente la motivación fiscal *“puede ser el origen de una falta de correspondencia entre las prestaciones verdaderamente realizadas entre las partes y las correspondientes al tipo negocial que se dice haber realizado, dando lugar a un vicio de nulidad del negocio por inexistencia de la causa”*.

Desde luego coincidimos con MARÍN en que las motivaciones de las partes involucradas son irrelevantes en la interpretación de una norma que no incluye en su determinación de manera expresa estas motivaciones. La cuestión es qué papel juegan o deben jugar las motivaciones en los supuestos en los que la construcción normativa las incluye como uno de sus elementos. La pregunta es muy pertinente pues en los últimos años se ha venido a incluir de manera persistente en algunas normas, sobre todo, antielusión el concepto de la motivación del contribuyente y, en función de ella, se determina la calificación de la norma o bien, su posible aplicación al supuesto de hecho. Así como en otras ramas del derecho (sobre todo en el Derecho Penal) la intención o motivación son históricamente, no sólo relevantes, sino determinantes en la calificación de los tipos, en Derecho Administrativo ha sido claramente residual o inexistente.

MARÍN<sup>681</sup> considera que la motivación del contribuyente en la operación, en función de su finalidad, se clasifica en:

- Función exoneratoria: en estos casos la motivación enerva la posible inaplicación de la norma (las consecuencias negativas de la misma) derivadas de los indicios previos en virtud de la demostración de una finalidad por parte del contribuyente querida y aceptada por el legislador.

---

<sup>680</sup> MARÍN BENÍTEZ, G. (2023). *Yo opiné antes. Yo opino ahora. Reflexiones sobre los motivos económicos válidos y las reestructuraciones empresariales*, FiscalBlog. <https://fiscalblog.es/?p=8670>. (Consultado en septiembre de 2023).

<sup>681</sup> *Ibidem*.

- Función reprobatoria: en estos casos es exactamente lo contrario: esa finalidad por sí misma determina la inaplicabilidad de la norma o la aplicación de sus consecuencias negativas.

Lo cierto es que esta suerte de calificación subjetiva de los negocios jurídicos y de sus consecuencias a partir de la determinación de algo tan subjetivo y, por tanto, en realidad imposible de demostrar en un sentido u otro y que deberá valorarse necesariamente a través de incididos que permitirán una calificación u otra siempre con un notable riesgo de error.

En nuestra opinión, se trata de un rotundo fracaso del legislador quien, por un lado, ante la voluntad de dirigir la actuación de los contribuyentes en un determinado sentido (o de evitar que se dirijan en otro) y, por otro, ante la incapacidad de redactar las normas adecuadas para ello, traslada su responsabilidad a la Administración y a los Tribunales quienes deberán interpretar la voluntad del contribuyente para determinar la aplicación de una norma o no.

Esta traslación supone una enorme responsabilidad y un enorme poder pues de su decisión, puramente interpretativa, dependerá unos efectos fiscales u otros. Cabe resaltar que la jurisdicción contencioso-administrativa (a través de la LPA y la LRJCA) no está preparada para determinar procedimentalmente elementos subjetivos como si lo está, por ejemplo, la jurisdicción penal (a través de la LEP).

Hasta tal punto nos parece extraño a la jurisdicción administrativa este tipo de normativa centrada en las intenciones del contribuyente que, además, como veremos posteriormente, escasamente perfilada, dudamos seriamente de la constitucionalidad de la misma. Así como la potestad administrativa de determinar el porcentaje de reducción aplicable en la Ley 76/80 fue declarado nulo, entendemos que estamos ante una situación que podría ser similar.

## **1.2. La finalidad de fraude o evasión fiscal**

La interpretación de este artículo ha resultado, desde su introducción, diversa en todos los ámbitos en que puede darse y, en particular, dentro de la doctrina sin que, hasta la fecha, en nuestra opinión, pueda concluirse que existen unos criterios razonablemente mayoritarios y no contestados que la conviertan en pacífica.

### 1.2.1. Existencia de fraude o evasión fiscal

El primer elemento que, sin duda, necesita ser clarificado es determinar la existencia de fraude o evasión fiscal (aunque ello no signifique *per se* la inaplicación del régimen puesto que, recordemos, es necesario que esa sea la finalidad principal de la operación). Para ello deberemos atender al concepto de fraude o evasión fiscal pretendido por el legislador<sup>682</sup>. En este sentido es importante analizar cuál era la intención de la Directiva a este respecto, aunque tampoco resulte especialmente clara su redacción.

En su versión inglesa, la Directiva habla de *tax evasion or tax avoidance* y en lugar de referirse a motivos económicos válidos menciona *valid commercial reasons*. La versión alemana utiliza conceptos similares: *Steuerhinterziehung* y *Steuerungsmehrung* equivalentes a defraudación tributaria y fraude a la ley tributaria, respectivamente. El Comité de la OCDE de asuntos fiscales, en su reunión de 1978, hizo un esfuerzo por aclarar el significado que debía atribuirse a una serie de conceptos. Así, para los países anglosajones, *tax evasion* supone una infracción dolosa o culposa<sup>683</sup> que no se produce en el caso de los países nórdicos como Suecia y Noruega. Alemania mantiene un concepto similar no diferenciado claramente de lo que sería *tax avoidance*. Sin embargo, en Suiza esta diferencia es evidente en la medida que *tax avoidance* supone un comportamiento inusual frente a *tax evasion* donde se produce un comportamiento ilegal.

El Informe Ruding<sup>684</sup> que analizó la implementación de la Directiva entre las diferentes jurisdicciones de la UE, puso de manifiesto, entre otros elementos, la falta de uniformidad en el tratamiento y en los conceptos empleados en cada país. Propuso la utilización de cuatro conceptos básicos: (i) *Tax fraud*, (ii) *Tax evasión*, (iii) *Illegitimate tax avoidance* y (iv) *Legitimate tax avoidance*.

---

<sup>682</sup> Señala PÉREZ ARRAIZ, J. (1996). *El fraude de Ley en el derecho tributario*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 30 y ss. que la expresión "fraude" ha sido tantas veces utilizada que se trata de un concepto prácticamente inútil. Añade que la imprecisión del término se debe a que en realidad se alude a una pluralidad de figuras que, si bien tienen un denominador común, de disminuir la eficacia recaudatoria de los tributos, existen importantes diferencias tanto de tipo formal como material.

<sup>683</sup> CALDERÓN CARRERO, J.M. (2000). "Aspectos internacionales del fraude y la evasión fiscal", en *Temas de derecho penal tributario*, GARCÍA NOVOA, C., LÓPEZ DÍAZ, A. (Coord.), Marcial Pons, Madrid, págs. 193-224, págs. 193 y ss., indica que en inglés *tax evasion* se refiere a actividades ilegales, pero de menor gravedad que el *tax fraud*.

<sup>684</sup> *Report of the Committee of Independent experts on Company Taxation*. Comisión de las Comunidades Europeas, marzo de 1992. Chapter *International Tax Planning and its limits*. pag. 121 y ss.

SOTO LÓPEZ<sup>685</sup> identifica los dos primeros con el concepto de *simulación* previsto en la LGT, el tercero con el *conflicto en la aplicación de la norma tributaria* (antiguo fraude de ley) y el cuarto con el concepto doctrinal de *economía de opción*.

No han faltado autores<sup>686</sup> que consideran que la traducción correcta al castellano de los términos de la Directiva no sería fraude y evasión, sino evasión fiscal y elusión fiscal. Esta incorrecta traducción vendría motivada por el uso del francés como lengua de trabajo comunitaria.

Sin embargo, como bien señala PALAO TABOADA<sup>687</sup>, estas diferencias en la terminología utilizada obedecen a algo más que a simples problemas de traducción (sin perjuicio de que éstos también puedan existir) y es el diferente criterio mantenido por las legislaciones de los diferentes países respecto de la forma de valorar las diferentes conductas de los contribuyentes destinadas a eludir la aplicación literal de la Ley. No obstante, los diferentes efectos de estas conductas en la aplicación de la Directiva, no deberían permitirse criterios diferentes.

Dentro de la legislación española, debemos plantearnos si el concepto de *fraude* a efectos de la LIS derivado de la trascripción de la Directiva al Derecho interno es equiparable al de fraude de ley contenido literalmente en la LGT 1963 (y, de manera no expresa, en la actual) y de amplio estudio doctrinal, teniendo en cuenta que la LGT 1963 era la ley vigente en el momento de establecerse por primera vez la redacción actual del artículo (inicialmente el texto del art. 110.2 de la LIS 43/1995).

La LGT 1963, en su artículo 24, entendía que se producía fraude de ley cuando se gravaban negocios jurídicos realizados con el propósito de eludir el pago del tributo amparándose en normas dictadas con diferente finalidad<sup>688</sup>. Establecía especialmente que en ningún caso se impondrían sanciones como consecuencia del resultado de los

---

<sup>685</sup> SOTO LÓPEZ, D. (2015). "La cláusula antiabuso del régimen fiscal especial de reestructuraciones", en *Crónica tributaria*, núm. 157, págs. 181-206, pág. 185

<sup>686</sup> MENÉNDEZ GARCIA, G. (2000). "Realización de operaciones de fusión, escisión, aportación no dineraria y canje de valores "con fines de fraude o evasión fiscal": cláusula antiabuso comunitaria y artículo 110.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades", en *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 14 pág. 2173 y ss.

<sup>687</sup> PALAO TABOADA, C. (1978). "La elusión fiscal mediante sociedades. Comentarios a los artículos 38 y 40 de la Ley 50, de 14 de noviembre de 1977", en *Revista española de derecho financiero*, núm. 15-16, pág. 678.

<sup>688</sup> Algún autor, como RUIZ TOLEDANO, J. (1998). *El fraude de ley y otros supuestos de elusión fiscal*, CISS, Valencia, pág. 202, ha criticado el hecho de que, en vigencia de la antigua LGT, no existiera una definición legal del fraude de ley, sino tan solo una explicación sobre cuando se produce.



expedientes incoados por fraude de ley. Por su parte, el artículo 12.4 del Código Civil<sup>689</sup> considera fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española.

Doctrinalmente el concepto de fraude de ley ha sido ampliamente discutido y definido, llegando a ofrecer un concepto ciertamente elaborado al respecto<sup>690</sup>. DE CASTRO<sup>691</sup> considera que el fraude de ley “*consiste en utilizar un tipo de negocio o procedimiento negocial con el que se busca evitar las normas dictadas para regular otro negocio*”, es decir, “*se intenta amparar el resultado contrario a una ley en otra disposición dada en realidad con una finalidad diferente*”. Continúa explicando que la condena de un negocio por fraude de ley “*dependerá en gran medida de la concepción que domine cada sistema jurídico dado que será necesario proceder a una interpretación extensiva y finalista de la regla objeto de rodeo (hasta incluir al negocio dentro de su radio de acción) y a una interpretación estricta de las reglas utilizadas como cobertura*”.

Por su parte, PALAO<sup>692</sup> considera que el fraude a la ley tributaria “*es la consecución de un resultado económico indirectamente por medios jurídicos distintos a los normales*”<sup>693</sup>.

Para el propio Tribunal Constitucional<sup>694</sup> el concepto de fraude de ley implica la existencia de actos realizados al amparo de un texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él. Considera que para que quepa hablar de fraude de ley debe existir la utilización de una norma cuya consecuencia jurídica, juzgada favorablemente o conveniente por quien recurre a ella, se intenta producir.

---

<sup>689</sup> El CC señala en su artículo 12.4: “Se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española”.

<sup>690</sup> Señala WERT ORTEGA, M. (2002). “El fraude de ley tributaria: procedencia de su aplicación y procedimiento para declararlo”, en *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 228, pág. 173, que tanto el fraude de ley como los mecanismos de reacción establecidos en el ordenamiento han sido uno de los temas más debatidos en la doctrina tributaria. Sin embargo, ello no ha significado que en la práctica hayan sido mecanismos muy utilizados por la Administración.

<sup>691</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F. (1985). *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, pág. 370.

<sup>692</sup> PALAO TABOADA, C. (1978). “La elusión fiscal mediante sociedades”, op.cit. pág. 678.

<sup>693</sup> Critica FALCÓN Y TELLA, R. (1993). “Interpretación económica y seguridad jurídica”, en *Crónica tributaria*, núm. 68, págs. 25-31, pág. 24, esta interpretación en la medida que se obvia un elemento esencial como es la existencia de un propósito cierto de elusión del tributo.

<sup>694</sup> STC de 27 de junio de 1984.

GONZÁLEZ GARCÍA<sup>695</sup> interpreta que con el término fraude se suele hacer referencia tanto a la violación abierta, clara y directa de la ley, introduciéndose términos como omisión, evasión y defraudación, como a la infracción encubierta e indirecta, en la que cabrían figuras como la elusión, abuso del Derecho, fraude a la ley o simulación.

De acuerdo con lo expuesto, la construcción doctrinal y jurisprudencial del concepto de fraude de ley implica algo más que una burla a las intenciones legislativas (premisa común a otras figuras similares). El fraude de ley exige el amparo del negocio jurídico realizado en una norma legal eludiendo la aplicación de otra norma que el legislador había previsto para ese tipo de negocios.

En el supuesto de la cláusula del art. 89.2 de la LIS, pese a la existencia de ciertos puntos de conexión, no parece que se reúnan los requisitos para que podamos estar hablando de fraude de ley en sentido estricto. Es decir, no encontramos una norma de cobertura y una norma eludida, sino que, tan sólo, encontramos un negocio jurídico realizado (operación de reestructuración) con unas finalidades que determinará la imposibilidad o no de la aplicación del régimen fiscal protegido.

Sin embargo, aunque el concepto no sería estrictamente el mismo, sí parece que habría, como decíamos, unos elementos que permitirían una construcción similar al fraude de ley, de manera que a través de una norma prevista (el RFE) para otras finalidades (la reestructuración fiscal por motivos económicos) se persiguen otros fines (la obtención de ventajas fiscales).

Conviene señalar, también, que el artículo 89 de la LIS menciona que las operaciones se realizaran *con fines de fraude*. Entendemos que nunca las operaciones de reestructuración se realizarán con fines de fraude de ley en sentido estricto, sino que, en todo caso, como consecuencia de la finalidad buscada en la operación, se podría (a salvo de lo dicho con anterioridad) cometer un fraude de ley, pero en ningún caso esa podría ser la finalidad. A mayor abundamiento, cuando se hace referencia al fraude de ley, nos referimos a “negocios realizados en fraude de ley” pero nunca a “finalidades de fraude de ley”. La propia LGT 1963 o el CC se refieren a la existencia de fraude ley en un negocio jurídico, pero nunca a perseguir o buscar, estrictamente, el mismo. Entendemos que se trata de un error técnico en la redacción.

---

<sup>695</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, E. (1996). “Las últimas reformas fiscales y su efectividad frente al fraude”, Ed. Asociación Española de Asesores Fiscales. Madrid, pág 32.

Podemos concluir, en consecuencia, que la finalidad de fraude que exige la norma no coincide exactamente con el concepto de fraude de ley desarrollado ampliamente por la doctrina y contenido en la antigua y en la actual LGT o el Código civil<sup>696</sup>, pero que existen puntos de conexión que, a falta de un concepto más preciso, permiten una cierta equiparación con el mismo.

Inicialmente, la Audiencia Nacional, en diversas sentencias, entre ellas, la de 7 de mayo de 2007, parecía equiparar, en base a sus características, el término fraude del RFE al concepto de fraude de ley o al de conflicto en la aplicación de la norma tributaria. Señalaba que dado que *“... el concepto de fraude o evasión fiscal no se encuentra definido de forma expresa en la normativa tributaria, habrá que acudir a criterios interpretativos válidos, debiendo entender como tal, lo previsto en el art. 15 de la LGT 58/2003, que se refiere al conflicto en la aplicación de la norma tributaria, supuesto que concurre cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurren las siguientes circunstancias:*

- a) Que individualmente considerados o, en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido:*
- b) Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.”*

La presunta equiparación conceptual anterior tiene, entre otros problemas, la distinta consecuencia respecto del negocio jurídico en el que se produce. El conflicto en la aplicación de la norma (o el antiguo fraude de ley) supone que se aplicará, desde el punto de vista tributario, la norma eludida y no la norma de cobertura. En el caso del RFE, como veremos, parece que, desde un punto de vista práctico no se aplicará la norma eludida, aunque, en este caso, se trata de la misma norma con algunas especificidades beneficiosas que se pierden junto con la pérdida del RFE.

---

<sup>696</sup> Conviene aclarar, no obstante, tal y como se señala MATEU DE ROS, R. (1996). “Economía de opción, negocio indirecto y fraude de ley tras la reforma de 1995 de la Ley General Tributaria”, en Gaceta fiscal, núm. 147, págs. 20-47, pág. 23) que el concepto iusprivatista del fraude de ley no es exactamente trasladable al ordenamiento tributario en el que existe una cierta interpretación analógica de la norma y consideración subjetiva de los motivos, frente al concepto civil donde el elemento determinante es la dimensión objetiva del ilícito.

En esta línea, VILLAR EZCURRA<sup>697</sup> señala la similitud entre el art. 89.2 LIS y el art. 15 de la vigente LGT. Entiende que sus fundamentos jurídicos, su estructura y la utilización similar del test de motivos económicos válidos permiten defender su estrecha vinculación.

El TS<sup>698</sup> ha tenido ocasión de pronunciarse en los últimos años en numerosas sentencias en torno al concepto y aplicación de esta cláusula antiabuso estableciendo algunos criterios al respecto.

El primero de estos criterios es que lo que verdaderamente impide la aplicación del RFE es que se persiga como objetivo principal el fraude o la evasión fiscal. Se establece la presunción referida a la ausencia de motivos económicos válidos para despejar posibles incógnitas de la concurrencia o no de dicho objetivo con la intensidad requerida. Como se desprende de su tenor literal, aparte de los motivos económicos citados (racionalización y reestructuración de las actividades) que quizás sean los más comunes, caben otros objetivos empresariales (de forma bastante indeterminada) siempre que estos, como se ha dicho por la jurisprudencia, conecten con la finalidad y objetivos del régimen de diferimiento, esto es, hacer posible la continuidad y desarrollo de la actividad empresarial.

No obstante, en una reciente sentencia, el TS<sup>699</sup> parece haber modificado su criterio, haciéndolo más estricto y apartándose, en nuestra opinión, de la Directiva. En este sentido ha establecido que la ausencia de motivos económicos válidos (pese a la existencia de otros motivos, no económicos, perfectamente legítimos, en nuestra opinión) determina, en directa aplicación de la norma, la no aplicación del RFE. Por tanto, la existencia de motivos, no fraudulentos, pero no económicos (en el sentido de reestructuración o racionalización empresarial) permite la expulsión de la operación del RFE puesto que, en virtud, de las referidas Directivas, los Estados miembros pueden regularlo de esta forma<sup>700</sup>.

---

<sup>697</sup> VILLAR EZCURRA, M. (2004). “Los efectos en el Derecho español de la doctrina del *business purpose* y de la noción comunitaria de motivo económico válido”, en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 239, págs. 109-119.

<sup>698</sup> Tribunal Supremo 2508/2016 (Contencioso), de 23 de noviembre.

<sup>699</sup> STS 463/2021, de 31 de marzo.

<sup>700</sup> El TS, en su sentencia de 7 de abril de 2011, entendía, en cambio, que al existir la “presunción de que el conjunto de operaciones llevadas a cabo tiene como objetivo principal la elusión fiscal y no el intento de mejorar la estructura productiva u organizativa de la empresa en beneficio de la economía nacional, pierde el derecho al régimen tributario contenido en la Ley 29/1991, debiendo procederse, (...) a la

El propio TS considera que la expresión “fraude” es polisémica y tiene acepciones diferentes en la Directiva y en la LIS. Se trataría de un sinónimo de evasión fiscal (incluso, de elusión) en la medida que se obtiene una ventaja indebida a través de actos sin sustancia económica. En todo caso es un concepto diferente al de fraude de Ley de la LGT 1963 (art. 24) o al conflicto en la aplicación de la norma tributaria.

Por tanto, no hace falta acudir a un procedimiento especial interno antiabuso (en este caso concreto, se trataría de tramitar un expediente de conflicto en la aplicación de la norma) en la medida que existe una cláusula antiabuso particular que opera como *lex specialis*, derivado del Derecho comunitario.

En relación al otro concepto utilizado por el artículo 89, cabe decir que la evasión fiscal ha sido un concepto tradicionalmente poco elaborado por la doctrina, pero con ciertas connotaciones negativas. HENSEL<sup>701</sup> considera la evasión fiscal como un incumplimiento (culpable) de la deuda tributaria, originada válidamente por la realización del hecho imponible. La evasión exige un comportamiento fraudulento, deshonesto, antitributario, de parte del sujeto pasivo. RUIZ TOLEDANO<sup>702</sup> hace una distinción parecida al entender que, mientras en la elusión fiscal se han utilizado abusivamente las normas, en la evasión fiscal hay una trasgresión directa de las normas fiscales. De forma similar, MARTÍNEZ MARTÍNEZ<sup>703</sup> considera que la existencia de un auténtico negocio jurídico con resultados atípicos, junto con el ánimo de elusión fiscal supone la existencia de un fraude de ley.

A efectos comparativos podríamos decir que la evasión fiscal se diferencia de la elusión en que, en esta última, de forma legal o ilegal, no se llega a producir el hecho imponible al, como dice HENSEL, esquivar el presupuesto de hecho previsto en la Ley no naciendo, en consecuencia, la obligación tributaria. Tal y como señala PÉREZ ARRAIZ<sup>704</sup>, en la elusión no se realiza el hecho imponible, mientras que en la evasión sí se produce y por tanto nace una obligación tributaria que se oculta a la Administración.

---

regularización de la situación tributaria del sujeto pasivo”. Se trataba de una interpretación mucho más amplia del concepto de fraude o evasión fiscal.

<sup>701</sup> HENSEL, A. (1956). *Diritto Tributario*”, Milano, pág. 151.

<sup>702</sup> RUIZ TOLEDANO, J. (1998). “Fraude de ley, simulación y calificación en el Derecho tributario”, en *Fiscal mes a mes*, núm. 29, págs. 51-60, pág. 51.

<sup>703</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, D. (1996). “La interpretación de las normas tributarias y el fraude de ley en la ley 25/1.995 de modificación de la L.G.T.”, en *Carta tributaria. Monografías*, núm. 256, págs. 1-11, pág. 9.

<sup>704</sup> PÉREZ ARRAIZ, J. (1996). *El fraude de Ley en el derecho tributario, op.cit.* pág. 32.

Si en la evasión fiscal existe un comportamiento ilegal del contribuyente tendente a la no satisfacción del tributo ya debido por haberse verificado el hecho imponible, no parece que este concepto se adapte a la redacción del artículo 89 de la LIS por cuanto resulta difícil que la evasión fiscal sea el objetivo perseguido al realizar una reestructuración considerando que, normalmente, no habrá nacido el hecho imponible. Es decir, no puede perseguirse la evasión fiscal, dado que es requisito previo la verificación del hecho imponible y éste, en el presente caso, se produce como consecuencia de la operación, siendo en consecuencia posterior a la propia finalidad.

La LGT ha sustituido el concepto de fraude de ley, por el concepto de “Conflicto en la aplicación de la norma tributaria” (recogido en su art. 15) utilizando un término probablemente más claro en el contenido, aunque rompiendo con la terminología clásica al respecto<sup>705</sup>. Se mantuvo, sin embargo, inicialmente, el criterio de que estas conductas no debían ser objeto de sanción.

CALVO VÉRGEZ<sup>706</sup> no encuentra lógica la creación de un nuevo instituto jurídico improvisado frente a la existencia de uno totalmente reconocido y perfilado en sus características por la doctrina y la jurisprudencia. Además, critica las expresiones como “comportamientos notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido”. Pese a tener cierta relación con el antiguo “fraude de ley” considera que no existe una identidad absoluta.

Sin embargo, la posibilidad de comisión de infracción tributaria cambia sustancialmente tras la reforma introducida por la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que otorga nueva redacción al artículo 15.3 de la LGT eliminando la imposibilidad de sancionar las conductas en las que se estime la existencia de conflicto en la aplicación de la norma. A

---

<sup>705</sup> JIMÉNEZ MARTÍN, F., RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, L. (2011). “Cláusulas antielusión y convenios para evitar la doble imposición: cuestiones no resueltas”, en *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm. 339, págs. 59-108, págs. 90, señalan que pese a que “el conflicto en la aplicación de la norma tributaria tiene el mismo fundamento y raíces que el fraude de ley, parece que el artículo 15 de la LGT se aleja del concepto civil de este cuando define el conflicto como la evitación total o parcial de la realización del hecho imponible o la minoración de la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios que sean notoriamente artificiosos, impropios o inusuales para la consecución del resultado obtenido y que obedezcan únicamente a motivos de ahorro fiscal, careciendo de otros motivos económicos relevantes o válidos, distintos de los que se hubieran producido en los actos o negocios usuales o propios”.

<sup>706</sup> CALVO VÉRGEZ, J. (2007). “Cláusula antiabuso versus fraude de ley: ¿dos conceptos semejantes en la Ley General Tributaria?”, en *Crónica tributaria*, núm. 123, págs. 11-40.

su vez, se introduce un nuevo tipo de infracción tributaria en el artículo 206 bis *“en el que se integran los posibles resultados materiales de la conducta del obligado, así como la desatención por parte del mismo de los criterios administrativos preexistentes que hubiesen determinado el carácter abusivo de actos o negocios sustantivamente iguales”*<sup>707</sup>, cambios a los que nos referimos a continuación.

Sin entrar en el fondo de la cuestión, pues excede del ámbito del presente trabajo, parece una evidente extralimitación jurídica la pretensión de sancionar conductas del administrado tipificadas en el art. 15 (conflicto en la aplicación de la norma tributaria) basados en el hecho de que previamente se hubiese establecido un criterio administrativo contrario a la operación realizada. En el fondo, se trata de una injerencia de la administración en el poder judicial a la hora de establecer sanciones simplemente dependiendo de la opinión previa de un funcionario público.

Precisamente serán los supuestos de conflicto en la aplicación de la norma, en los que el contribuyente no utiliza ocultación ni engaño frente a terceros, encauzando su actuación a través de actos o negocios válidos en derecho, donde mayor aplicación práctica podrían tener los criterios de diligencia debida y de interpretación razonable de la norma. De alguna manera el legislador, en beneficio directo de la Administración, da por hecho que la actuación del administrado en contra del criterio administrativo previamente publicado supone, necesariamente, la existencia de culpa. Presupone que, conociendo el criterio de la Administración al respecto, apartarse de él refleja de manera indubitada un acto culposo o negligente. Es cierto que permite al administrado demostrar que actuó con la debida diligencia o amparándose en una interpretación razonable de la norma. Pero tal posibilidad de demostración, parece más una adenda insustancial para permitir salvar el juicio de constitucionalidad de la norma. Parece difícil sostener una afirmación tan tajante respecto de la culpabilidad (ir contra el criterio administrativo) y, al mismo tiempo aceptar una real demostración de interpretación razonable de la norma que, entre otras cosas, invierte la carga de la prueba<sup>708</sup>.

---

<sup>707</sup> Apartado II del Preámbulo de la Ley 34/2015.

<sup>708</sup> De esta manera será el contribuyente, que será quien deba demostrar su inocencia vulnerándose así el principio de inocencia. En este sentido la STS de 14 de diciembre de 2016 *“(…) la carga de la prueba de la culpabilidad corresponde a la Administración tributaria, sin que exista una presunción de culpabilidad que deba ser desvirtuada por el obligado tributario sino, todo lo contrario, una presunción de buena fe que debe ser desvirtuada por la Administración.”* También las STS de 16 de febrero de 2014 (recurso 390/2011) y de 3 de julio de 2012 (recurso 3703/2009).

El artículo 206 bis de la LGT, introduce un nuevo concepto indeterminado cual es el de “*igualdad sustancial*”. Para poder aplicar las sanciones correspondientes será necesario acreditar la igualdad sustancial entre el caso objeto de regularización y aquellos supuestos en los que se hubiera establecido criterio administrativo público. Parece interpretarse que la igualdad sustancial se basa en que los elementos nucleares de la operación sean idénticos (¿o, tal vez, sólo similares?) Resulta evidente la problemática que un artículo tan poco concreto debe, inevitablemente, sustanciar. Conviene resaltar a este respecto, como la DGT, en la práctica totalidad de resoluciones a consultas vinculantes, en los últimos años, respondía diciendo que la aplicación de la cláusula antiabuso deberá analizarse caso por caso y, en cambio, se introduce aquí un concepto de igualdad sustancial que evidencia una incoherencia clara con el criterio de análisis individual.

Aunque con posterioridad trataremos de manera específica el tema de la sanción en la aplicación de la cláusula antielusión, exclusivamente en el tema del fraude de ley, previamente a esta modificación legislativa, el TS mantuvo una opinión errática sobre la posibilidad de sancionar conductas constitutivas de fraude de ley. Entre las sentencias que estimaban la imposibilidad de sancionar en estos supuestos podemos destacar una de las más recientes, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2016, precisamente en relación con la posibilidad de aplicar el régimen fiscal especial de neutralidad a una serie de operaciones de reestructuración. La AEAT entendió que no era posible aplicar el régimen de neutralidad, sancionando tal conducta como constitutiva de una infracción tributaria grave. Aunque el TS se muestra conforme con la improcedencia del régimen de neutralidad, no admite la imposición de la sanción, señalando en su Fundamento Jurídico decimosegundo que no cabe la imposición de sanción alguna *“puesto que así lo quiso el legislador en su regulación contenida en el artículo 24 de la antigua Ley General Tributaria, donde prohíbe expresamente la imposición de sanciones tributarias en los supuestos de declaración de fraude de ley”*, añadiendo que *“conviene significar que el propio Tribunal Constitucional en su sentencia 120/2005, de 10 de Mayo, declaró que una conducta en fraude de Ley tributaria nunca puede dar lugar a una tipicidad por ilícito, ni penal, ni administrativo, cualquiera que sea el procedimiento que se utilice para su declaración”*.

Conviene señalar en la anterior STS no solo la consideración de que el fraude de ley no debe ser objeto de sanción, tal y como establecía de manera expresa el art. 24 de la LGT 1963, sino la consideración por parte del TS de que se trataba de una operación de



fraude de ley, asimilando el concepto de fraude del art. 89.2 con el concepto de fraude de ley del art. 24 de la LGT 1963.

En cambio, la STS de 30 de abril de 2003 se muestra partidaria de sancionar las conductas del administrado constitutivas de fraude de ley en base a un razonamiento un tanto extremo: *“El motivo no puede ser estimado porque no es cierto que se haya castigado como delito una conducta no prohibida sino permitida por la ley. Lo que se ha castigado es la elusión del pago de un tributo -el impuesto sobre la renta de las personas físicas- a que estaban obligados los acusados, mediante una compleja maniobra negocial aparentemente lícita pero realmente antijurídica, porque la misma no tenía ni podía tener otra finalidad (...) que la de ocultar quiénes eran los verdaderos sujetos pasivos del impuesto y disipar finalmente la cuota tributaria simulando una pérdida fiscal en la sociedad que, tras la cadena de operaciones ingeniosamente articuladas, parecía asumir el deber de tributación. Esta conducta, tal como aparece descrita en la declaración de hechos probados que debe ser rigurosamente respetada, no está en modo alguno autorizada por la ley -no es, como se pretende, una opción económica puesta a disposición del contribuyente si éste quiere reducir el "coste fiscal" de una determinada operación o actividad negocial- sino un hecho típico que estaba previsto, cuando se cometió, en el art. 349.1 CP 1.973 y hoy lo está en el art. 305.1 CP vigente porque en la citada conducta concurren todos los elementos que, desde un punto de vista objetivo, integran el tipo de delito contra la Hacienda Pública: la elusión del pago de un impuesto cuya cuota ascendía, en cada uno de los acusados, a más de quince millones de pesetas y la utilización de una mecánica claramente fraudulenta en cuanto que, por su meditada y sofisticada complejidad, era idónea para engañar a la Administración. Carece, en consecuencia, de fundamento la queja de una quiebra del principio de legalidad producida con ocasión de la condena del acusado por lo que debe ser rechazado el cuarto motivo del recurso”*<sup>709</sup>.

Conceptualmente LÓPEZ TELLO acepta el criterio expresado por la Audiencia Nacional de que, ante la falta de definición de “fraude o evasión fiscal” hay que acudir a criterios interpretativos, entendiendo que el concepto del art. 15 LGT –referido al conflicto en la aplicación de la norma tributaria- concurre cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos “que sean artificiosos en atención a su finalidad y que su utilización no aporte efectos

---

<sup>709</sup> Vid., también, la STS de 13 de diciembre de 2016, recurso 2211/2015.

jurídicos relevantes más allá del ahorro fiscal”<sup>710</sup>. Si bien hay que decir que para el TJUE (Sala Tercera) en su sentencia de 22 de diciembre de 2010 (Asunto C-103/09, *Weald Leasing*) no basta el carácter artificial o impropio de las operaciones para que puedan considerarse abusivas, sino que además es necesario que la operación sea contraria a la finalidad de la norma<sup>711</sup>.

CHECA GONZALEZ<sup>712</sup> considera que el hecho de que se alcance una mejor eficiencia fiscal en ningún caso puede considerarse un impedimento para la aplicación del régimen fiscal especial siempre que junto a ese objetivo existan razones fundadas que evidencien una mejora de la estructura económica o una mayor racionalización de las actividades<sup>713</sup>.

CHECA GÓNZALEZ<sup>714</sup>, en cambio, señala los siguientes bloques de razones que justificarían la aplicación del RFE: (i) alcanzar mayor solvencia, (ii) aprovechar economías de escala y sinergias, (iii) asegurar la supervivencia de las empresas familiares (iv) centralizar la toma de decisiones (v) percepción externa unitaria (vi) mejorar la capacidad comercial, de administración y de negocios (vii) reducir los costes administrativos, de gestión y laborales (viii) reforzar la situación financiera de la sociedad o de los socios (ix) diversificación, económica o jurídica (x) diversificar riesgos (xi) racionalizar la estructura empresarial (xii) simplificar las obligaciones mercantiles y fiscales.

### 1.2.2. Finalidad principal de la operación

Sin embargo, la redacción (poco afortunada) de la cláusula antiabuso permite, teóricamente, incluso existiendo una finalidad ilícita en la operación, la aplicación del régimen fiscal especial, puesto que, en principio, éste no será aplicable cuando esa

---

<sup>710</sup> LÓPEZ TELLO, J. (2010). “La cláusula antiabuso del Régimen Fiscal de Fusiones tras la sentencia del TJCE de 20 de mayo de 2010, *Modehuis A. Zwijnengurg BV*”, en *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. 27, págs. 45-54, pág. 50

<sup>711</sup> Se trataba de una operación de arrendamiento financiero donde la finalidad perseguida era el escalonamiento del pago del IVA devengado en la operación. La ventaja fiscal, en este caso, era aceptada por la sexta Directiva por lo que no cabía reproche alguno.

<sup>712</sup> CHECA GONZÁLEZ, C. (2009). “Los motivos económicos válidos que permiten la aplicación del régimen fiscal especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una sociedad europea o una sociedad cooperativa europea de un Estado miembro u otro de la Unión Europea”, en *Quincena Fiscal*, núm. 1-1, págs. 127-141, pág. 133.

<sup>713</sup> En apoyo de esta afirmación cita las Resoluciones de la DGT 1307/200, de 19 de junio y 2150/2007, de 11 de octubre, así como la resolución del TEAC de 19 de enero de 2007.

<sup>714</sup> CHECA GONZÁLEZ, C. (2009). “Los motivos económicos válidos”, cit., pág. 136.

finalidad sea la principal a la hora de plantear la operación acogida al régimen fiscal especial.

La demostración de que el motivo principal de una operación fuera el fraude o evasión fiscal es altamente difícil. En la práctica, de una forma natural o artificial, en las reestructuraciones empresariales concurren multitud de circunstancias y tratar de defender cuál de ellas es la que la motivó principalmente parece francamente complicado.

Cabe recordar que el hecho de que las consecuencias fiscales motivadas por la reestructuración sean altamente beneficiosas para el sujeto pasivo no supone, necesariamente, que ese haya sido el motivo inspirador de la reestructuración, sino que puede haberse realizado la operación por cualquier motivo (incluso, pongamos por caso, estético).

En este sentido, resulta paradójica la redacción del artículo 89 (así como del inicial artículo 16 de la Ley 29/1991) que no impide la aplicación del régimen protegido en el supuesto de que uno de los motivos de la operación sea el fraude o la evasión fiscal. Únicamente en el supuesto de que ese fuera el motivo principal impediría la aplicación del régimen<sup>715</sup>. Cabe entender que el legislador interpretó que en la decisión de realizar una operación de reestructuración pueden confluir diferentes motivos que impulsen al sujeto pasivo a realizarla. En el mismo sentido la Directiva 90/434/CEE se refiere, también, a “*principal objetivo*” o “*uno de los principales objetivos*”

SÁNCHEZ OLIVÁN<sup>716</sup>, sostenía que era absolutamente lícita la aplicación del régimen fiscal aun cuando haya sido utilizado en operaciones para el aprovechamiento de ventajas fiscales a las que se tenga un derecho regularmente ganado (aunque referido a la redacción anterior, la opinión resulta plenamente aplicable)<sup>717</sup>. Este sin duda es el elemento de mayor discusión en torno a la aplicación del régimen fiscal especial: la aplicación del mismo a operaciones de reestructuración que pretenden aprovechar ventajas fiscales que, de otra manera, no podrían utilizarse. De acuerdo con la original

---

<sup>715</sup> La redacción de la Directiva se refiere a la posibilidad de pérdida del régimen fiscal especial al supuesto de que el fraude o evasión fiscal sea el principal o, también, uno de los principales motivos de la reestructuración.

<sup>716</sup> SÁNCHEZ OLIVÁN, J. (1993). *La fusión de sociedades*, op.cit. pág. 475.

<sup>717</sup> En la misma línea de opinión, ARNAU ZOROA, F. (1992). “Régimen fiscal de las fusiones, escisiones”, op.cit. pág. 212 interpreta, a título de ejemplo, como objetivos ilícitos la mera interposición de sociedades, la búsqueda de un clima fiscal más benévolo, la conexión con entidades residente en paraísos fiscales, etc.

redacción del art. 110.2 de la LIS 43/1995 y el de la Ley 29/1991, parecía perfectamente lícito realizar aquellas operaciones necesarias para la utilización, por ejemplo, de créditos fiscales y, consiguientemente, si las operaciones en sí eran lícitas. Nada obstaba para aplicar el régimen fiscal protegido. En todo ello es necesario tener presente la interpretación que debe realizarse de la normativa española considerando la redacción de la Directiva<sup>718</sup> y si esa consideración debe realizarse en los supuestos que ésta contempla (operaciones transnacionales) o en todos aquellos a los que se aplica la legislación (operaciones internas).

Conviene señalar, sin embargo, que hablar de motivos principales y “secundarios” resulta ciertamente extraño. Si ninguno de esos motivos “secundarios” por sí solo sería suficiente para que la operación se realizara, probablemente no serán “motivos” sino meros “accidentes” derivados del proceso, que podrían tener un efecto favorable o desfavorable para el sujeto pasivo, pero en ningún caso serían razones que motivaran el proceso de reestructuración. En este sentido, el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española entiende por “motivo” la “*causa o razón que mueve para una cosa*”, es decir, aquello por lo cual se realiza cualquier cosa. De esta forma, debemos entender que sólo aquello que causa su realización es motivo de la misma, mientras que todo aquello que no tiene importancia en la decisión de la realización no es motivo, sino circunstancias de la situación. Así, priorizar en los motivos, estableciendo una especie de clasificación entre aquellos más importantes o principales y aquellos menos importantes o secundarios carece de sentido semántico.

No obstante, esta conclusión no permite más que demostrar una vez más la escasa calidad técnica en la redacción el art. 89.2, pero no ayuda a clarificar su aplicación puesto que la misma dificultad en diferenciar entre motivos principales y secundarios (en este caso, imposibilidad, de acuerdo con lo expuesto) puede predicarse de la diferenciación entre motivos y circunstancias de la operación, dado el evidente carácter subjetivo de los mismos.

En todo caso, parece casi imposible que la Administración pueda probar cuales son los motivos para la realización de una operación de este tipo, teniendo en cuenta que tiene

---

<sup>718</sup> En este sentido la citada Sentencia del TJCE de 17 de julio de 1997, entendió que el tribunal era competente para interpretar la Directiva, pero cómo debía valorarse la transposición a la normativa interna correspondía a los tribunales de cada Estado. No cabe duda que, en este supuesto, el hecho de la adopción del mismo régimen a nivel interno por parte de la legislación española no permite que éste sea interpretado en base a la Directiva 90/434/CEE.

un componente subjetivo de una enorme magnitud. Aun asumiendo que, efectivamente, se llegara a probar que existe un grupo de motivos, entre los que el fraude o la evasión fiscal tienen un lugar, valorar cuál de ellos es el principal resulta realmente difícil por idénticas razones a las expuestas (aunque, como ya hemos dicho, ni siquiera existirá entre los motivos uno que pueda considerarse principal porque, en ese caso, los no principales dejarían de ser un motivo de la operación)<sup>719</sup>.

Como hemos comentado, ambas Directivas ofrecían la posibilidad de que los Estados que adoptaran la cláusula antielusión establecieran también la presunción (entendemos que debe ser *iures tantum*) de que si la operación no se realizaba por motivos económicos válidos tenía como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal<sup>720</sup>.

De la lectura del art. 15 de la Directiva 133/2009/CE (equivalente al art. 11 de la Directiva 90/434/CEE) resulta evidente que, además de los motivos económicos válidos, existen otros motivos perfectamente válidos en estas operaciones diferentes del fraude y la evasión fiscal que justifican la aplicación del régimen fiscal especial. Es decir, la ausencia de motivos económicos, según la Directiva, no supone en ningún caso la inaplicación del régimen *per se*.

Sin entrar todavía en motivos fiscales diferentes del fraude y la evasión, no hay duda de la concurrencia de motivos mercantiles (por ejemplo, establecer sistemas de control accionarial de grupos de empresas) serían perfectamente válidos, como desencadenantes de una operación de reestructuración y que en ningún caso deben suponer la calificación de la misma como de fraudulenta.

---

<sup>719</sup> En opinión de RUIZ GÓNZALEZ, R. J. (1995). “Régimen fiscal de la escisión”, op. cit., pág. 588, la inclusión del término “principalmente” (en referencia a la anterior redacción) tiene una gran importancia, en cuanto supone aceptar que la motivación fiscal en la reestructuración empresarial es perfectamente válida, siempre que no sea la fundamental.

<sup>720</sup> Los autores tampoco han aportado demasiado en la determinación de los motivos que implicarían la no aplicación del régimen fiscal, limitándose a sugerir supuestos de en los que con cierta claridad no se produciría la pérdida del régimen fiscal, pero no han profundizado en el concepto. Así, LÓPEZ SANTACRUZ, J.A. (1996). “Fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores”, cit., señala que en su opinión no se produce una finalidad de fraude o evasión fiscal cuando la operación responda a motivos económicos que persigan reestructurar la organización empresarial, aunque eso suponga una reducción de la carga tributaria.

### 1.3. Concepto de motivos económicos válidos

No cabe duda de la necesidad de perseguir el fraude fiscal en cualquiera de sus modalidades con la finalidad de garantizar el sostenimiento de las cargas públicas y el adecuado reparto del sostenimiento de las mismas<sup>721</sup>.

Las cláusulas genéricas antielusión son comunes en la mayoría de sistemas legislativos que buscan asegurar el cumplimiento de la normativa establecida respetando, no sólo la norma formal, sino el espíritu finalista de la misma. En este sentido, podemos encontrar normas generales de aplicación a supuestos genéricos y, por tanto, de amplia aplicación o, por el contrario, normas específicas para supuestos de hecho concretos.

En los ordenamientos europeos y latinoamericanos podemos encontrar numerosos ejemplos al respecto. Desde la *General Anti Avoidance Rule* del Derecho anglosajón hasta el art. 64 del *Livre des Procedures Fiscales* en Francia. En Portugal también existe una cláusula general en el art. 38 de la *Lei Geral Tributaria*. En Italia, en cambio, no existe una norma antifraude específica, aunque sí una autorización para que la Administración tributaria deje sin efecto operaciones con ahorros fiscales indebidos<sup>722</sup>.

En España la introducción del término *motivos económicos válidos* en el art. 110.2 de la LIS 43/1995 supuso la introducción de un concepto jurídico indeterminado, que nunca había sido definido (ni lo ha sido con posterioridad) pero que ha sido utilizado con frecuencia en el ámbito de las cláusulas antielusión.

Así, el art. 21 bis 3 b) de la LIS 43/1995 (en su redacción dada por Ley 46/2002, de 18 de diciembre) señalaba que no se aplicará la exención para evitar la doble imposición económica internacional sobre dividendos y rentas de fuente extranjera derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español “...a las rentas de fuente extranjera procedentes de entidades que desarrollen su actividad en el extranjero con la finalidad principal de disfrutar del régimen fiscal previsto en este artículo. Se presumirá que concurre dicha circunstancia cuando la misma actividad que desarrolla la filial en el extranjero, en relación con el mismo mercado, se hubiera desarrollado con anterioridad en España por otra entidad, que haya cesado en la referida actividad y que guarde con aquélla alguna de las

---

<sup>721</sup> Entre otras SSTC 76/1990, de 26 de abril; 214/1994, de 14 de julio; 50/1995, de 23 de febrero o 46/2000, de 17 de febrero.

<sup>722</sup> PITA GRANDAL, A.M., ANEIROS PEREIRA, J. (2012). “La cláusula antiabuso en las fusiones desde la perspectiva comunitaria y española”, op.cit.

*relaciones a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio, salvo que se pruebe la existencia de otro motivo económico válido”.*

Por otro lado, el art. 23 de la LIS 43/1995 (añadido por Ley 6/2000, de 13 de diciembre) en su número 4 establecía que la deducción por inversiones para la implantación de empresas en el extranjero *“no será de aplicación en relación con aquellas entidades filiales que desarrollen su actividad en el extranjero con la finalidad principal de disfrutar de la deducción prevista en el mismo. Se presumirá que concurre dicha circunstancia cuando la misma actividad que desarrolla la filial en el extranjero, en relación con el mismo mercado, se hubiera desarrollado con anterioridad en España por otra entidad que haya cesado en dicha actividad y que guarde con aquélla alguna de las relaciones a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio, salvo que se pruebe la existencia de otro motivo económico válido”.*

El actual art. 21.1.b) LIS en su cuarto párrafo, de nuevo utiliza el concepto de *“motivos económicos válidos”* para referirse a una operativa en paraísos fiscales que debe justificarse como lógica en base a su existencia.

En ninguno de estos artículos se explica el concepto de motivos económicos válidos, pero de su redactado se puede interpretar, en referencia a la normativa antielusión, tal y como señala DURÁN-SINDREU<sup>723</sup> que *“... su aplicación se limita a aquellos casos en los que normalmente el único objetivo perseguido es el de beneficiarse de una norma fiscal dictada con finalidad distinta a la utilizada por el contribuyente.”*

El redactado de los artículos nos lleva a corroborar la conclusión de DURÁN-SINDREU. En efecto, en el caso de la exención por doble imposición internacional, la norma trataba de evitar la posible doble imposición que se produciría en la transmisión de valores representativos del capital de entidades no residentes, exonerando de tributación en España a esas rentas, pero con la cautela de que, si la situación de esa actividad en el extranjero se produce exclusivamente con la finalidad de beneficiarse de esa exención, no se aplicará la misma. Además, se establece una presunción, *iures tantum*, si, de manera directa o indirecta, dicha actividad se había desarrollado previamente en España.

---

<sup>723</sup> DURÁN-SINDREU BUIXADÉ. A. (2001). “El artículo 110.2 de la Ley 43/1995: análisis y propuesta de reforma”, cit., pág. 55.

En el supuesto de la deducción para la implantación en el extranjero también se negaba la aplicación de dicha deducción en el supuesto de que se desarrollase la actividad en el extranjero con la finalidad de disfrutar de la deducción, presumiéndose, salvo prueba en contrario, que dicha finalidad ha existido si dicha actividad se desarrollaba previamente en España.

Finalmente, en el caso de entidades residentes en paraísos fiscales se debe acreditar que dicha residencia en ese territorio obedece a una justificación más allá de la ventaja fiscal por la baja o nula tributación.

La redacción original del artículo 25 del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo (LIRNR), que establece la determinación de la cuota íntegra incluye el concepto de motivos económicos válidos en este caso no como cláusula antielusión sino, precisamente, para evitarla.

Por otra parte, los requisitos establecidos por la Ley 39/2010 para que las entidades gocen de exención incluye una cláusula antielusión (*“Este régimen no es de aplicación cuando la mayoría de los derechos de voto de la sociedad perceptora de los rendimientos se posea, directa o indirectamente, por personas físicas o jurídicas que no residan en Estados miembros de la UE...”*) que puede eludirse *“... cuando aquella pruebe que se ha constituido por motivos económicos válidos y no para disfrutar de este régimen”*.

Como ha señalado GÓMEZ VERDESOTO<sup>724</sup>, la referencia a los motivos económicos válidos de la operación debe ponerse en relación precisamente con los motivos que justificarían la aplicación de la Directiva y de sus objetivos. Se trata, como ya hemos expresado, de permitir e, incluso, fomentar, con un tratamiento neutro desde el punto de vista fiscal, las operaciones que permitan a las empresas adaptarse a un mercado común más amplio, más competitivo, reforzando su posición frente a él.

La DGT, por su parte, en diferentes consultas<sup>725</sup> ha entendido como motivos económicos válidos la concentración de actividades para mejorar la capacidad de financiación, acometer de forma unificada un determinado proyecto, mejorar la gestión empresarial, la reducción de costes redundantes, incremento de los márgenes de solvencia,

---

<sup>724</sup> GÓMEZ VERDESOTO, M. (1999). “Concepto comunitario de fraude o evasión fiscal en relación con las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos y canje de valores (A propósito de la STCJE de 17 de julio de 1997)”, en *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, núm. 1, págs. 1047-1067.

<sup>725</sup> Respuestas a consultas de 24 de mayo de 2001, 13 de junio de 2001, 28 de junio de 2001, 6 de marzo de 2002, 13 de marzo de 2002, 21 de mayo de 2002, 23 de julio de 2002, 30 de julio de 2002, etc.



diversificación del riesgo, aumento de recursos propios, centralizar la planificación y la toma de decisiones, facilitar la percepción externa de “grupo empresarial”, mejorar la capacidad comercial y de negociación con terceros, superar limitaciones financieras y mejorar las condiciones de viabilidad de diferentes Proyectos, separar actividades para facilitar la entrada de un nuevo socio sólo en una parte de las mismas. En cambio, no ha admitido otros motivos, aparentemente tan válidos, como la adquisición de unos terrenos para su urbanización a través de la adquisición y posterior fusión (por entender que se pretendía aprovechar las ventajas del art. 103.3 de la LIS 43/1995), ni la separación de las actividades de una entidad a través de una escisión por entender que lo que se perseguía era repartir el patrimonio entre los socios<sup>726</sup>. Las consultas más recientes<sup>727</sup> sencillamente no contestan sobre este tema tan importante limitándose a señalar que deberá ser objeto de un análisis por los órganos de comprobación e investigación, valorando la totalidad de los hechos. Es indudable, en nuestra opinión, el incumplimiento de la DGT de su obligación de aclarar los conceptos tributarios que se le solicitan.

Existe, además, otro modelo de cláusulas antiabuso en la que se niega la aplicación de determinadas normas (en principio, beneficiosas para el contribuyente) ante la concurrencia de una serie de requisitos objetivos.

En el caso de la compensación de BIN en el IS pendientes de aplicar, para evitar una práctica extendida en el pasado, cuál era la adquisición de sociedades inactivas, pero con una cantidad relevante de BIN pendientes de compensar, por un tercero para dotar a la sociedad de nueva actividad y así poder beneficiarse de las BIN, el art. 26.4 LIS establece una serie de requisitos que, en caso de cumplirse, limitan considerablemente la posibilidad de su aplicación.

Otro ejemplo del mismo sistema de cláusulas antiabuso sería, por ejemplo, el art. 25.2.b) de la Ley del IRPF, al limitar la imputación del rendimiento negativo en la transmisión de valores cuando en los 2 meses anteriores o posteriores se hubiesen adquirido activos financieros homogéneos a los transmitidos.

En definitiva, se pretende evitar que haciendo uso de una norma dictada con una finalidad distinta a la perseguida por el legislador se obtenga un beneficio fiscal.

---

<sup>726</sup> Respuestas consultas de 30 de julio de 2002 y 6 de marzo de 2002.

<sup>727</sup> Entre otras, respuestas a consultas vinculantes nº V1480-23, de 31 de mayo, nº V1481-23, nº 1478-23, de 31 de mayo de 31 de mayo, nº V1477-23, de 31 de mayo.

Sin embargo, debemos plantearnos si podemos distinguir entre aquellos supuestos en los que se persigue obtener un beneficio fiscal lícito de los que sería ilícito. Así, por ejemplo, la realización de una operación de reestructuración con la finalidad de alcanzar una estructura que permita la consolidación fiscal de un grupo de entidades parece que, conceptualmente, debería tener acceso al régimen fiscal especial pese a que, evidentemente, existe una finalidad de obtener una ventaja fiscal tras la misma. El régimen de consolidación sólo se explica con la voluntad de obtener, en conjunto, un tratamiento fiscal que podría ser más beneficioso, pero, en ningún caso se puede hablar de fraude o evasión fiscal. De hecho, se trata de ofrecer un régimen fiscal beneficioso planteado así expresamente por el legislador y, probablemente, más justo desde el punto de vista del principio de capacidad económica.

Un supuesto parecido sería una operación para alcanzar el mejor cumplimiento de los requisitos que el ordenamiento tributario exige para gozar de los beneficios fiscales previstos para la empresa familiar en el IP y en el ISD.

Por tanto, debemos plantear que la obtención de una ventaja fiscal no necesariamente debería equipararse a la finalidad de fraude o evasión fiscal<sup>728</sup>. De hecho, el régimen de tributación consolidada es una posibilidad ofrecida por el ordenamiento jurídico al que el sujeto pasivo puede acogerse o no, siempre que, por supuesto, cumpla los requisitos. Precisamente por ello, resulta francamente difícil determinar qué ventajas fiscales impedirían la aplicación del régimen fiscal y cuáles no. Algún autor, como Cordón<sup>729</sup>, entiende que las ventajas económicas de carácter fiscal son aceptables siempre que no sean de una importancia vital para justificar la operación.

En el caso de la aplicación de BIN lícitamente generadas que, por culpa de una determinada estructura societaria, no podrían ser objeto de aprovechamiento, resulta cuanto menos discutible negar la aplicación del RFE por el mero hecho de buscar una estructura que permita este aprovechamiento.

En efecto, partiendo del principio de capacidad económica como fundamental a la hora del establecimiento de tributos, no poder computar unas rentas negativas (convertidas en BIN desde el punto de vista fiscal) y que, desde un punto de vista de la capacidad económica demostrada por el sujeto pasivo, deberían ser tenidas en cuenta a la hora de

---

<sup>728</sup> Pese a que es cierto que comparten ese elemento subjetivo difícil de comprobar.

<sup>729</sup> CORDÓN EZQUERRO, T. (2012). "Los motivos económicos válidos en el Impuesto sobre Sociedades y en el Impuesto sobre la Renta de No Residentes", en *Crónica tributaria*, núm. Extra 5, págs. 11-17.

determinar su carga tributaria global, atenta, en nuestra opinión, contra el referido principio de capacidad económica. En la práctica, a la hora de determinar su capacidad tributaria, no se estarían teniendo en cuenta una serie de rentas negativas que, analizadas en una serie temporal más amplia, claramente deberían ser tenidas en cuenta para valorar la capacidad contributiva del sujeto pasivo.

Por ello, aplicar el RFE para poder aplicar unas BIN que, de otra manera, no podrían ser aplicadas y, por tanto, no se respetaría el principio de capacidad contributiva no parecen chocar de manera tan evidente contra las finalidades del propio RFE.

CÁMARA BARROSO<sup>730</sup>, en el análisis que realiza de la SAN de 21 de mayo de 2021 señala que en *Equiom*<sup>731</sup> el TJUE se decantaba por una concepción más restrictiva de las situaciones de abuso de Derecho, obligando a la Administración tributaria a aportar, cuanto menos, un principio de prueba o indicio de fraude o abuso. Criterio reiterado por el TJUE en su Sentencia de 20 de diciembre de 2017 (asuntos acumulados C-504/16 y C-613/16, *Deister Holding*).

RUBIO OLIVER<sup>732</sup> enfatiza que la importancia de la sentencia anterior radica en la posibilidad de determinar un contexto de aplicación de las cláusulas antiabuso, estableciendo un criterio interpretativo restrictivo sin recoger la normativa de los estados miembros que suele incorporar presunciones generales al respecto.

De hecho, la Audiencia Nacional, a partir de la doctrina del TJUE expuesta entiende que *“es la Administración tributaria la que debe justificar los presupuestos de aplicación de la cláusula antiabuso, siéndole exigible a esta última una mayor prueba, a través de los distintos medios de información previstos en el Convenio con Luxemburgo y Canadá, realizando los oportunos requerimientos para obtener la información precisa que justifique la inexistencia de un interés económico válido”*.

---

<sup>730</sup> CÁMARA BARROSO, M. del C. (2021). “La Audiencia Nacional arroja luz a la polémica generada por los “asuntos daneses” sobre el concepto de “beneficiario efectivo”: Análisis de la sentencia de la Audiencia Nacional”, en *Nueva fiscalidad*, núm. 3, págs. 275-285, pág. 284.

<sup>731</sup> Sentencia del TJUE de 7 de septiembre de 2014 (Asunto C-6/16, *Equiom*).

<sup>732</sup> RUBIO OLIVER, R. (2018). “Alcance de las cláusulas antiabuso de la Directiva Matriz-Filial en relación con los dividendos distribuidos a matrices europeas (Análisis de la STJUE de 20 de diciembre de 2017, asuntos acumulados C-504/16 y C-613/16).”, en *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm. 420, págs. 125-132.

CÁMARA BARROSO subraya como propuesta de reparto de la carga de la prueba que debiera recaer en el obligado tributario cuando es condición de acceso a la exención y en la Administración tributaria cuando es indicio de abuso.

El art. 15.h) de la actual Ley del Impuesto sobre Sociedades establece que no serán deducibles los gastos financieros devengados en el periodo impositivo, derivados de deudas con entidades del grupo según los criterios establecidos en el art. 42 del Código de Comercio, destinadas a la adquisición, a otras entidades del grupo, de participaciones en el capital o fondos propios de cualquier tipo de entidades, o a la realización de aportaciones en el capital o fondos propios de otras entidades del grupo, salvo que el contribuyente acredite que existen motivos económicos válidos para la realización de dichas operaciones<sup>733</sup>.

El propio Tribunal Supremo pareció admitir al inicio, con carácter general, estas operaciones, al permitir que las conocidas como fusiones apalancadas<sup>734</sup> se acogiesen al régimen fiscal especial<sup>735</sup>, aunque debiendo examinarse caso por caso.

La STS de 26 de febrero de 2015 relativa a una transmisión de una participación a una entidad financiada con endeudamiento interno, con carácter general, establece que en las operaciones de venta de compras apalancadas “...ha de convenirse que es a la Administración a la que corresponde acreditar en este caso concreto que dicho mecanismo se ha utilizado en fraude de ley, una operación artificiosa con el único o preponderante propósito de lograr la ventaja fiscal”.

GARCÍA NOVOA señala que las cláusulas anti-abuso especiales se basan, en última instancia, en una presunción o ficción tributaria, lo que exime a la Administración de la prueba, no del presupuesto de hecho, pero sí de la condición elusiva del mismo. Esto es, a partir de este precepto, según la referida STS, la Administración solo tiene que acreditar las circunstancias que veremos a continuación; que se trata de un interés

---

<sup>733</sup> Como bien señala GARCÍA NOVOA, C. (2016). *La deducibilidad de gastos financieros en el impuesto de sociedades*, Marcial Pons, Madrid, págs. 53-76, pág. 55, la posterior recepción por la Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades Se trata de una modalidad de cláusula de limitación de deducción de gastos financieros intragrupo, similar a la norma sueca aprobada en 2009, aunque el sistema fiscal sueco no incluye, como en el caso español, una limitación general a la deducibilidad de otros gastos financieros

<sup>734</sup> Antes de las limitaciones establecidas en el IS respecto de los gastos financieros y de la normativa de subcapitalización, era una práctica común la compra de sociedades (en muchas ocasiones desde el extranjero) a través de una sociedad española con muy poco capital y mucho crédito. Tras la compra de la sociedad se fusionaban las sociedades de manera que la resultante tenía la deuda en su Balance y pagaba los gastos financieros derivados de ella al extranjero reduciendo la carga tributaria en España.

<sup>735</sup> SSTs de 12 de noviembre de 2012 y 25 de abril de 2013.

pagado por un préstamo concedido por otra entidad del grupo mercantil y destinado a adquirir participaciones y que se ha devengado en el periodo impositivo. A partir de ese momento, la carga de la prueba se desplaza al contribuyente, mediante la técnica de adverar la concurrencia de motivos económicos válidos<sup>736</sup>. No compartimos este criterio en su totalidad. Es cierto que la ausencia de motivos económicos válidos determina una presunción de fraude en la operación. Pero entendemos que no de modo absoluto.

MARÍN<sup>737</sup>, tras analizar de forma detallada las sentencias del TJUE al respecto, desarrolla una teoría muy interesante al respecto. Tras verificar que “...en todas y cada una de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la cláusula contenida en el artículo 11.1.a) de la primigenia Directiva 90/434/CEE, o en el artículo 15.1 a) de la vigente Directiva 2009/133/CE, se afirma que el régimen fiscal común establecido en la Directiva “se aplica indistintamente a todas las operaciones de fusión, de escisión, de aportación de activos y de canje de acciones, abstracción hecha de sus motivos, ya sean éstos financieros, económicos o puramente fiscales”<sup>738</sup>, considera que en una obviedad que una cosa no puede ser una y su contraria al mismo tiempo. Por tanto, si el régimen se aplica abstracción hecha de sus motivos puramente fiscales no puede ser que estos motivos, los puramente fiscales, sean los que determinen la inaplicación del régimen.

Una consecuencia tan grave para el obligado tributario no puede estar basada en algo tan insignificante y poco preciso como la ausencia de motivos económicos válidos. Nótese que la frase no sólo exige que haya motivos económicos, sino que, además, sean válidos. ¿Quién determina si son válidos o no? Si es la Administración, automáticamente desplaza la carga de la prueba al administrado. No hay duda que motivos económicos (al menos, aparentes) existirán. No puede ser tan sencillo trasladar esta carga al administrado en caso en los que, incluso, podría no haber ninguna ventaja fiscal. Aun así, de acuerdo con esta interpretación no compartida, parece que es el administrado el que debe “convencer” a la Administración que sus motivos son válidos sin que se haya establecido cuales son los criterios para considerarlos válidos o no.

---

<sup>736</sup> GARCÍA NOVOA, C. (2016). *La deducibilidad de gastos financieros*, op.cit. pág. 67

<sup>737</sup> MARÍN BENÍTEZ, G. (2023). *Yo opiné antes. Yo opino ahora*. op.cit.

<sup>738</sup> Así se dice expresamente en las siguientes sentencias: la sentencia de 17 de julio de 1997, *Leur-Bloem*, C-28/1995, en su apdo. 36; la de 5 de julio de 2007, *Kofoed*, C-321/2005, en su apdo. 31; la de 20 de mayo de 2010, *Modehuis A. Zwijnenburg BV*, C-352/2008, en su apdo. 41; la de 10 de noviembre de 2011, *Foggia – Sociedade Gestora de Participações Sociais SA*, C-126/2010, en su apdo. 31; y la de 8 de marzo de 2017, *Euro Park Service*, C-14/2016, en su apdo. 47

Si buscamos la interpretación de este concepto en otros supuestos que no sean el de las reestructuraciones empresariales y la cláusula del art, 89.2 LIS, tampoco encontramos unos elementos claros que nos ayuden a definir en qué casos se entenderán los motivos de la operación válidos o no.

Así el art 14.1.h) del LIRNR exige para su aplicación<sup>739</sup> en determinados supuestos en los que la mayoría de los derechos de voto de la sociedad matriz se posean por personas que no residan en le UE o en el EEE con efectivo intercambio de información en materia tributaria que se demuestre la existencia de motivos económicos válidos y razones empresariales sustantivas. Nótese que se exige un doble requisito: motivos económicos válidos y razones empresariales sustantivas, lo que, siendo ambos conceptos jurídicos intermediados, multiplica la inseguridad de la norma.

En lo relativo al concepto de motivo económico válido, como señala GARCÍA NOVOA<sup>740</sup>, el concepto primario tiene su origen en la interpretación de la cláusula relativa a operaciones de reestructuración, y que desde el Informe de la Dirección General de Tributos de 6 de febrero de 2002, dictado en torno a una contestación a consulta promovida por la AEAT, entiende que no hay motivo económico cuando concurra «*la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal, entendida como más favorable que el régimen general*». Esta concepción, como señala, sería tautológica, porque la aplicación de un gasto deducible siempre constituye una ventaja fiscal en el sentido de que supone reducir el beneficio gravable.

Conviene reflexionar, a este respecto, en el tratamiento que deben tener los supuestos en los que precisamente no hay ninguna ventaja fiscal (más allá del tratamiento fiscal favorable de la propia operación); es decir, los casos en los que, tras la realización de la operación, no se puede apreciar ninguna ventaja fiscal para el sujeto pasivo que la realiza en relación a la situación previa. ¿Debe bastar este mero hecho para acreditar que no existía finalidad de fraude o evasión fiscal?, Dicho de otro modo, ¿debe la administración fiscal acreditar indicios de una ventaja fiscal o, en caso contrario, de

---

<sup>739</sup> GARCÍA NOVOA, C. (2016). *La deducibilidad de gastos financieros, op.cit.* pág. 69, se permite que “Los beneficios distribuidos por las sociedades filiales residentes en territorio español a sus sociedades matrices residentes en otros Estados miembros de la Unión Europea o a los establecimientos permanentes de estas últimas situados en otros Estados miembros, cuando concurren los siguientes requisitos”

<sup>740</sup> *Ibidem* pag. 70.

manera automática debemos considerar la inexistencia de finalidad fraudulenta y, por tanto, de inaplicabilidad de la cláusula antielusión?

La doctrina no parece haber reflexionado sobre este aspecto y sí sobre el concepto de motivos económicos válidos. El propio GARCÍA NOVOA, tras referirse a la sentencia Leur-Bloem, de 17 de julio de 1997 (As. 28/95), según la cual «*el concepto motivos económicos válidos es más amplio que la mera búsqueda de una ventaja puramente fiscal*», por lo que en la operación deben concurrir otras orientaciones además de la búsqueda del ahorro tributario, pero tal ahorro tributario es también un motivo económico válido. La sentencia, considera, a nuestro juicio, que lo fundamental es verificar la existencia de un «objetivo distinto del exclusivamente fiscal»; si ese objetivo existe, la búsqueda de la ventaja tributaria sería una valoración económica más del coste de la operación en el marco del referido *business judgement*, que incluye la obtención de una mayor rentabilidad económica derivada de la operación.

En este sentido, trata de apartarse del concepto, más extenso, elaborado para los supuestos de reestructuración empresarial buscando un sentido a los motivos económicos válidos más ligado al propio art. 14 TRLIRNR pues, obviamente, un préstamo intragrupo para la adquisición de acciones y participaciones no tiene porqué ir ligado a una operación de reestructuración. Pero, sí considera aceptables los criterios del TJUE, en el sentido de las sentencias Leur-Bloem de 17 de julio de 1997 (As. 28/95), y la posterior sentencia Foggia de 10 de noviembre de 2011 (As. C-126/10), que propone una ponderación entre la cuantificación de la razón económica de la operación y el importe de la ventaja fiscal obtenida. En tal caso, tales motivos deben entenderse extrapolables a la posibilidad de deducción de gastos financieros, en la adquisición de acciones y participaciones.

La sentencia Foggia es una sentencia especialmente peligrosa y desafortunada en nuestra opinión tanto por el enfoque que realiza como por la desustanciación de alguno de los motivos económicos válidos. En el fondo considera que hay que hacer un juicio comparativo entre los motivos económicos de la operación y las ventajas fiscales que se consiguen. En absoluto creemos que es esta la interpretación que debe darse a la cláusula antiabuso y mucho menos desvalorizar razones de ahorro económico consustanciales, en su opinión, con determinadas operaciones de reestructuración, en especial en las operaciones de fusión. Entiende que el ahorro en gastos administrativos y de gestión se produce siempre al simplificar la estructura y que, por tanto, no se pueden admitir sistemáticamente. Tal vez el desconocimiento de la realidad empresarial

puede llevar a banalizar la importancia de la reducción de estos gastos como motivo de reestructuración, pero, en absoluto, la Directiva autoriza a poner estos motivos en confrontación con las ventajas fiscales obtenidas para su aceptación o no. La validación de los motivos económicos, con toda la dificultad que representa y que ya hemos expuesto, en nuestra opinión, debe analizarse de modo independiente para entender si (i) son los motivos reales y (2) valorados en su conjunto pueden entenderse como suficientes para realizar la operación. Por mucho que las ventajas obtenidas sean un referente importante, no deben ser éstas las que validen o no los motivos económicos. CALDERÓN CARRERO<sup>741</sup> subraya que en esta sentencia el TJUE perdió una buena oportunidad de sustanciar el concepto de motivo económico válido excluyendo del mismo aquellos que en realidad no lo son, entre ellos, aquellos de carácter incidental o marginal. No podemos compartir esta conclusión, dado que la realidad económica y empresarial es suficientemente rica y determinar que unos motivos son incidentales o marginales, sin especificar si refiere a su carácter cualitativo o cuantitativo, se nos antoja una tarea muy compleja (aún más teniendo en cuenta las diferentes legislaciones fiscales, laborales y mercantiles de los Estados miembros).

Sobre la interpretación que debe darse a los motivos económicos es este artículo pese a una inicial visión global de toda la operación hay alguna opinión discordante al respecto. Así, el Tribunal Supremo, en su STS de 26 de febrero de 2015 (sentencia *Glaxo*), señala que hay que tener en cuenta la existencia de “... un conjunto de operaciones complejas dirigidas directamente, como finalidad y objetivo, (...), a la reestructuración y reorganización de los dos grupos empresariales» y lo importante será, por tanto, “... la adecuación de la operación de endeudamiento al fin económico de reestructuración perseguido”. En cambio, el Voto Particular del Magistrado Fernández-Montalvo Martín-Timón, señala que lo realmente importante, desde el punto de vista tributario, no es la reorganización empresarial, sino exclusivamente la consideración del préstamo realizado en cuanto generador de unos gastos financieros. La operación de endeudamiento debe ser considerada individualmente, y al margen de los motivos económicos concurrentes en la operación de reestructuración.

---

<sup>741</sup> CALDERÓN CARRERO, J.M. (2012). “Una vuelta de tuerca a la interpretación europea de la cláusula antiabuso de la “Directiva de Fusiones”: ¿hacia motivos económicos válidos de “alto voltaje”?”, en *Estudios Financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm. 347, págs. 5-40, págs. 29



Como señala GARCÍA NOVOA,<sup>742</sup> el concepto de motivos económicos válidos es un concepto abierto; incluso la Exposición de Motivos de la Ley del Impuesto sobre Sociedades hace referencia a dos de ellos como son las reestructuraciones dentro del grupo consecuencia directa de adquisiciones a terceros y la adquisición de entidades vinculadas no residentes cuando la gestión pase a llevarse directamente desde territorio español. En el primer caso podrían tener encaje algunas operaciones de *debt push down*<sup>743</sup>. En cuanto a la adquisición de vinculadas que pasan a gestionarse desde territorio español, la resolución del TEAC de 1 de junio de 2010 excluye la existencia de abuso en una operación de compra apalancada de filiales por el elevado grado de integración entre la filial adquirida y la entidad española adquirente en todas las áreas de negocio (productiva, financiera, logística, de recursos humanos...)<sup>744</sup>.

En resumen, aunque con deficiencias técnicas, parece que lo que se pretende es combatir aquellas reestructuraciones de cartera que suponen una mera generación artificiosa o abusiva de pasivos (pago de intereses a no residentes, situadas en Estados

---

<sup>742</sup> GARCÍA NOVOA, C. (2016). *La deducibilidad de gastos financieros*, op.cit. pág. 74.

<sup>743</sup> En explicación del propio GARCÍA NOVOA, como muestra de estas situaciones podemos señalar los hechos contemplados en la respuesta a consulta V0775-15 de 10 de marzo de 2015, referidos a una entidad residente dominante de un grupo de sociedades que tributa en el régimen de consolidación fiscal y que participa en un 75,74 por 100 en una sociedad holding española tenedora de un 99,49 por 100 de otra sociedad residente en territorio español. Y en un 100 por 100 en una sociedad francesa. La operación consiste en que esta última alcanza un acuerdo con la *holding* española, mediante el cual la francesa adquiere el 24,26 por 100 de la residente.

Tras la adquisición por la entidad francesa, el grupo se plantea reestructurar la participación recién adquirida para conseguir un esquema accionario más racional y eficiente. Para ello la entidad francesa se plantea transmitir a la entidad consultante el 24,26 por 100 del capital social de la sociedad recientemente adquirida, de tal forma que la entidad consultante pasaría a ser titular del 100 por 100 del capital social de la sociedad holding española. Para ello pretenden utilizar una estructura de financiación mediante una combinación de patrimonio neto y financiación ajena. La financiación ajena sería la concesión por parte de una sociedad francesa del grupo de un préstamo. Mediante esta estructura de inversión se localizaría en sede de la entidad consultante española la totalidad del capital social de la *holding* española.

Para la Dirección General de Tributos, «este planteamiento puede encuadrarse en el marco de un supuesto de reestructuración dentro del grupo, consecuencia directa de una adquisición a terceros, de manera que los motivos alegados permiten determinar la deducibilidad fiscal de los gastos financieros correspondientes a préstamos intragrupo asociados a la adquisición intragrupo de la participación del 24,26 por 100 en la sociedad A, en aplicación del art. 14.1.h) del TRLIS».

<sup>744</sup> La sociedad española gestionaba realmente desde España las participaciones adquiridas, por lo que la operación no responde al propósito de eludir el impuesto sino a auténticas razones económicas. En esta resolución se dan algunas pistas de lo que podría entenderse como motivos económicos como pueden ser «las sinergias entre la sociedad adquirente y la adquirida».

con una tributación más reducida para los ingresos de las sociedades), que, en los últimos tiempos, venían siendo objeto de actas por la Inspección<sup>745</sup>.

La Sentencia del Tribunal Supremo 2589/2016, de 13 de diciembre confirma la no aplicación del RFE aplicando la cláusula antiabuso y, como dato novedoso, considera que *“el acto impugnado satisface las exigencias que se derivan de nuestra jurisprudencia en cuanto justifica ampliamente y de forma suficiente la concurrencia de culpabilidad...”* Aprecia la existencia de simulación relativa, y por ello, considera que de esta manera concurre *“el elemento subjetivo de la infracción tributaria en la conducta del contribuyente”* y como consecuencia procede a imponer la sanción pertinente.

Como señala Romero Flor<sup>746</sup>, hasta ese momento, la línea jurisprudencial “consolidada” del Tribunal Supremo había sido la de declarar la exclusión de la posibilidad de imponer sanciones en casos de aplicación de la cláusula antiabuso como resultado de la interpretación literal, histórica y sistemática del artículo 110.2 de la LIS 43/1995<sup>747</sup>.

La explicación de que no constituía infracción era obvia. Al ser derogado el artículo 16, apartado segundo de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre por el artículo 110.2 de la LIS 43/1995, en el nuevo texto desapareció la posibilidad de imponer sanciones por estos hechos, aplicándose el precepto sin necesidad de acudir al procedimiento especial de declaración de fraude de ley.

Por ello, el Tribunal Supremo entendió que no procedía imponer sanción de ningún tipo, incluyendo una serie de menciones peligrosas en cuanto a su interpretación, respecto de la regulación contenida en el artículo 24.3 de la LGT 1963 se prohibía expresamente

---

<sup>745</sup> Señala GARCÍA NOVOA, C. (2016). *La deducibilidad de gastos financieros*, op.cit. pág. 75, que ante lo que la Agencia Tributaria venía calificando como un comportamiento abusivo, se decide la implantación de una medida legal que jugaría el rol de una cláusula especial antiabuso, ante las dificultades de acudir a las distintas modalidades de cláusulas generales (conflicto y simulación). Y, ello porque, aunque la Administración tributaria mostró cierta propensión a aplicar a estas operaciones de endeudamiento la cláusula de conflicto del art. 15 de la Ley General Tributaria o la de simulación del art. 16, el TEAC, mediante resolución de 1 de junio de 2010, negó el carácter abusivo de las operaciones de endeudamiento en el grupo, al no concurrir la nota de artificiosidad, por existir una realidad económica que justificaba la operación y que, en el caso enjuiciado, era la centralización de la gestión en el mercado español y la consecución de la eficacia en la organización.

<sup>746</sup> ROMERO FLOR, L.M<sup>a</sup>. (2017). “El “nuevo criterio jurisprudencial” de aplicación de sanciones en el indebido disfrute del incentivo fiscal en las operaciones de reestructuración: Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo 2589/2016, de 13 de diciembre”, en *Nueva Fiscalidad*, núm.1, págs. 255-265, pág. 257.

<sup>747</sup> Que habían tenido su refrendo jurisprudencial en las Sentencias de 3 de julio de 2012 (recurso de casación 3703/2009), seguida después en las Sentencias de 16 de enero de 2014 (recurso de casación 390/2011), 11 de junio de 2014 (recurso de casación 848/2012) y 23 de febrero de 2016 (recurso de casación 887/2014).

la imposición de sanciones tributarias en los supuestos de mera apreciación de fraude de ley. De esta manera parecía equiparar en algún caso el concepto de fraude de la norma antielusión con el de fraude de Ley del art. 24.3 de la LGT 1963<sup>748</sup>.

En la STS 2589/2016 el Tribunal entendió que no resultaba automática la aplicación de la doctrina jurisprudencial hasta el momento “consolidada”, y se ampara en la Sentencia de 16 de enero de 2014 (recurso de casación 390/2011) para apreciar la culpabilidad en la conducta del contribuyente ante la ausencia de motivos económicos válidos, sino buscando únicamente un ahorro fiscal<sup>749</sup>; que abría la puerta a la posibilidad de sanción si, amparándose en la doctrina del TJUE se apreciara la existencia de simulación<sup>750</sup>.

El TS en su reciente STS 1503/2022 analiza el concepto de motivos económicos válidos a partir, como no podía ser de otra manera, de las sentencias del Tribunal europeo:

1. Empezando por la conocida sentencia Leur-Bloem contra Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2 donde el concepto de motivos económicos válidos es más amplio que la búsqueda de una ventaja fiscal. Asimismo, en el Asunto C-28/95 , sentencia de 17 julio de 1997, consideró que la Directiva debe interpretarse de tal forma que las autoridades nacionales competentes deben realizar un examen global y detallado de la operación, caso por caso, para determinar si persigue el fraude o la evasión fiscal; correspondiéndole a los jueces internos comprobar si procede la aplicación del

---

<sup>748</sup> En este sentido, el Tribunal Supremo echa mano de la Sentencia del Tribunal Constitucional 120/2005, de 10 de mayo, la cual declaró que una conducta en fraude de Ley Tributaria nunca puede dar lugar a una tipicidad por ilícito, ni penal, ni administrativo, cualquiera que sea el procedimiento que se utilice para su declaración

<sup>749</sup> En esta STS, curiosamente, el objeto de litigio no era si existía o no simulación, ni se sancionaba al contribuyente, sino que más bien se remitía al examen de las circunstancias concurrentes del caso, abriendo la posibilidad de imponer “solución distinta” (quizás sancionar la conducta del contribuyente que se acogiera indebidamente al régimen incentivado de reestructuración, y siempre y cuando se hubiera producido algún tipo de simulación

<sup>750</sup> En dicha STS hay dos votos de dos magistrados discrepantes que niegan siquiera el análisis de qué tipo de simulación se produce (y, por tanto, si daría lugar a sanción o no) porque consideran que toda la actuación de la entidad resultó transparente”, lo que descarta el carácter infractor de la conducta. Por tanto, en todo caso, se trataría de un supuesto del (por entonces vigente) art. 110 LIS. Como señala Romero Flor, Lm (*op.cit.* pág. 263) en referencia a la STS “la simulación debe ser real y objetiva, fáctica, en suma, sin que quepa asimilar a tal categoría la ocultación o simulación de las intenciones o propósitos, pues en tal caso todos los negocios indirectos o anómalos serían, por definición, simulados y, en tal carácter susceptibles de venir acompañados de sanción. Si queremos llegar a tal conclusión (si la aceptamos como válida y pertinente), deberíamos afrontar un cambio de rumbo de nuestra doctrina, pero no de una pera elíptica o solapada, sino de forma clara, solemne y motivada, a fin de deslindar los supuestos de aplicación de la cláusula antifraude en que sería improcedente la sanción de aquellos otros en que en principio cabría su ejercicio”.

régimen de neutralidad fiscal atendiendo al conjunto de la operación y valorar si prevalecen los motivos económicos válidos sobre la ventaja fiscal que se adquiere.

2. De la sentencia del TJUE de 10 de noviembre de 2011, Asunto C-126/10. Caso Foggia-SGPS contra Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, se entendió que sólo será aplicable la cláusula antiabuso cuando se persiga con la operación el fraude o la evasión fiscal, presumiéndose esta finalidad cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos y cuando se pruebe que la operación tiene como único objetivo obtener una ventaja fiscal; además, la exclusión del régimen de diferimiento no puede basarse en meras presunciones, ni tampoco en que el obligado tributario no haya probado motivos económicos válidos, siendo necesario el examen global de la operación, y no basarse en elementos aislados.
3. La sentencia del TJUE de 8 de marzo de 2017, Asunto C-14/16, Caso Euro Park Service contra Ministre des Finances et des Comptes publics, señaló que el artº 11.1 no establece una norma antiabuso armonizada, sino que habilita a los Estados miembros, respetando el principio de proporcionalidad, a establecer las normas precisas para evitar el fraude o la evasión fiscal en relación con las operaciones cubiertas por la Directiva 90/434. En esta sentencia sí se establecía que corresponde a la Administración tributaria aportar la prueba, cuando menos indiciaria, de fraude o evasión fiscal, para lo cual puede apoyarse en la inexistencia de motivos económicos válidos, que también deberá probar, sin que, por lo tanto, corresponda al contribuyente probar la existencia de dichos motivos económicos válidos, a los efectos de disfrutar del régimen de diferimiento.

Del contenido de esta STS (importante por ser reciente) podemos establecer cuatro conclusiones, algunas “históricas y repetidas” y otras no tanto:

- 1.- Se debe realizar un examen global de la operación.
- 2.- Corresponde a los jueces internos valorar la prevalencia de los motivos económicos frente a las ventajas fiscales.
- 3.- La negación del régimen tributario no puede basarse en meras presunciones ni en el hecho de que el obligado tributario no haya probado la existencia de motivos económicos válidos.
- 4.- La administración debe probar, cuanto menos indiciariamente la inexistencia de motivos económicos válidos.

Podríamos completar estas conclusiones con un corolario del propio TJUE como es el hecho de que la ausencia de motivos económicos válidos solo puede utilizarse como presunción de la existencia de fraude o evasión, pero estas figuras tienen que apreciarse, en todo caso, en un procedimiento en el que se aplique la norma antifraude.

Añadiríamos, modestamente, una matización. La prevalencia de los motivos económicos válidos, expresada sin mayor detalle, pudiera querer interpretarse bajo un criterio de importancia cuantitativa para decir cuál es más importante frente a las ventajas fiscales. No es esta la dicción de la norma. El art. 89.2 señala que la motivación deben ser motivos económicos válidos, aunque tras ellos, adicionalmente, se generen unas enormes ventajas fiscales. Basta, en nuestra opinión, unos motivos económicos suficientemente contundentes y razonables para que cualquier ventaja fiscal, por importante que sea, decaiga ante ellos.

La Hacienda Foral de la Diputación de Vizcaya en su Instrucción 10/2005, de 7 de octubre señaló con claridad que el hecho de que la operación de reestructuración empresarial no tenga "motivos económicos válidos" es sencillamente un caso particular de inaplicación de dicho régimen, dependiente del general, que es que el objetivo principal de la operación sea el fraude o la evasión fiscal. Por tanto, el requisito de que la operación de reestructuración empresarial tenga motivos económicos no válidos no se considera autónomo y, en consecuencia, la inaplicación del régimen fiscal requiere, en todo caso el objetivo del fraude o evasión. La ausencia de motivos económicos válidos únicamente sería indicio de tal fraude o evasión pudiendo, por supuesto, aportarse prueba en contrario de la inexistencia de fraude o evasión. En este sentido la mención señalada en el actual apartado 4 del artículo 114 de la NFIS, como la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal debe entenderse que sólo se produce cuando hay un ánimo o finalidad de fraude o evasión fiscal.

#### **1.4. Consecuencias de la ausencia de motivos económicos válidos**

Centrándonos en la cláusula antielusión, debemos reiterar, en primer lugar, que la actual redacción del párrafo primero del art. 89.2 no se adecua a lo preceptuado por la Directiva. Así, si bien se introducen los conceptos de "motivos económicos válidos", "reestructuración" o "racionalización de actividades", la ausencia de estos dos últimos conceptos en la redacción de la Directiva supone, como máximo y con toda claridad, una presunción de una posible motivación de fraude o evasión fiscal pero no una inaplicación automática de la norma. En cambio, en el art. 89.2 se introduce una redacción

desafortunada que ha permitido defender a la Administración, y a algunos autores, la inaplicación automática del régimen fiscal especial ante la ausencia de motivos económicos válidos.

Además, en la legislación española se contrapone a los motivos económicos la finalidad de conseguir una ventaja fiscal, contraposición que, igualmente, no existe ni en la redacción de la Directiva<sup>751</sup> ni en el sentido común, puesto que resulta evidente, como ya hemos manifestado con anterioridad, la existencia de otros muchos motivos no económicos distintos de una ventaja fiscal.

Tal y como señala DURÁN-SINDREU<sup>752</sup>, la redacción actual introduce conceptos jurídicos indeterminados (*“ventaja fiscal”* o *“motivos económicos válidos”*) y plantea serias dudas sobre su adecuación a lo preceptuado por la Directiva 90/434/CEE. En la misma línea ALONSO<sup>753</sup> señala que el legislador debería recordar que una cosa es la causa, que en cada negocio jurídico será una diferente, y otra distinta son los motivos, que pueden ser tantos como se quiera.

El preámbulo de la Ley 29/91 señalaba que pese a que la normativa comunitaria se aplicaba únicamente a las operaciones realizadas entre entidades residentes en diferentes Estados miembros, *“los principios tributarios sobre los que está construida son igualmente válidos para regular las operaciones realizadas entre entidades residentes en territorio español”*, por lo que, a priori, debemos entender que todas las reflexiones realizadas a partir de la normativa comunitaria deben ser aplicadas no solo a las operaciones en las que intervengan entidades de más de un Estado miembro sino también a las realizadas entre entidades españolas dada la voluntad manifestada del legislador español de aplicar los mismos principios tributarios.

---

<sup>751</sup> Señala PALAO TABOADA, C. (2002). *“Los “motivos económicos válidos” en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales”*, en Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos, núm. 235, págs. 63-110, pág. 67, que el legislador ha tomado esta referencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de julio de 1997 dictada en el caso Leur-Bloem (asunto C-28/95).

<sup>752</sup> DURÁN-SINDREU BUIXADÉ, A. (2001). *“El artículo 110.2 de la Ley 43/1995: análisis y propuesta de reforma”*, cit. pág. 22.

<sup>753</sup> ALONSO GONZALEZ, L.A. (2002). *“El régimen fiscal de las operaciones de reestructuración empresarial”*, *op.cit.* pág. 486.

Como bien señala SOTO LÓPEZ<sup>754</sup>, se trata de determinar si la ausencia de motivos económicos válidos constituye un supuesto autónomo de inaplicación del régimen fiscal de neutralidad (en cuyo caso el RFE no será aplicable aun cuando la finalidad principal no sea el fraude o la evasión fiscal) o bien se trata de un supuesto especial de inaplicación de dicho régimen (en este caso la ausencia de motivos económicos válidos únicamente sería un indicio de la existencia de fraude o evasión fiscal, pero no permitiría *per se* la inaplicación del régimen).

Dicho de otra manera: la cuestión es si ante la ausencia de motivos económicos válidos es posible alegar la existencia de otros motivos que permitan la aplicación del régimen fiscal o, bien, automáticamente éste no sería aplicable.

Un segundo elemento de discusión sería si dentro de estos otros motivos válidos puede incluirse la obtención de ventajas fiscales y si, dentro de éstas, es posible distinguir entre ventajas fiscales lícitas y ventajas fiscales ilícitas.

Para responder a estas cuestiones es necesario tener en cuenta el texto de la Directiva, de acuerdo con las razones expuestas y, además, por otra razón fundamental: el actual redactado del art. 89.2 de la LIS adolece, en nuestra opinión y como ya hemos expuesto, de ciertas deficiencias semánticas por lo que, interpretando de manera exclusiva este artículo, difícilmente llegaríamos a dar una respuesta.

Exclusivamente de la lectura del art. 89.2 de la LIS se desprendería que el régimen no se aplicará cuando la finalidad principal de la operación sea el fraude o la evasión fiscal. Adicionalmente, parece que (si atendemos a la redacción), como un caso particular de la afirmación anterior, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos (sin que especifique cuales de los motivos económicos son válidos y cuales no); sin embargo, (si atendemos a un análisis conceptual), parece evidente que la segunda afirmación no puede ser un caso particular de la primera, sino que o bien se trata de un supuesto adicional o bien, dados los antecedentes, se trata de una presunción. Finalmente, parece, igualmente, desprenderse que la ausencia de motivos económicos válidos supone necesariamente que la operación se realizó para conseguir una ventaja fiscal.

---

<sup>754</sup> SOTO LÓPEZ, D. (2015). “La cláusula antiabuso del régimen fiscal especial de reestructuraciones”, op. cit. pág. 183

Los partidarios de la tesis que defiende la ausencia de motivos económicos válidos como un supuesto autónomo de inaplicación del RFE encuentran a su precursor en LÓPEZ TELLO<sup>755</sup> quien, a partir de la utilización de la Directiva en su redacción inglesa de los términos *tax avoidance* y *tax evasion* y en función de los conceptos de ambas ya expuestos, concluye que, en la medida que *tax avoidance* se refiere a una reducción fiscal lícita, la utilización de la operación de reestructuración para evitar el pago de cualquier tipo de impuestos determina la imposibilidad de aplicar el RFE.

GÓMEZ VERDESOTO<sup>756</sup>, en la misma línea de pensamiento, entiende que la ausencia de motivos económicos válidos, distintos de los fiscales, determina la inaplicación de régimen por cuanto equipara, también, los conceptos de fraude o evasión fiscal a la minoración en el pago de impuestos.

Pese a lo razonable del argumento, no podemos compartirlo en la medida en que, por un lado, la referencia a otras versiones de la Directiva<sup>757</sup> no permiten justificar la equiparación de fraude o evasión fiscal a la obtención de una ventaja fiscal legítima o economía de opción. Por otro lado, la oposición entre motivos económicos válidos y ventajas fiscales no es cierta, en la medida que, como hemos expuesto repetidamente, caben otro tipo de motivos no económicos que no generan ventaja fiscal alguna y que son totalmente lícitos.

SANZ GADEA<sup>758</sup> también entiende que se trata de un supuesto autónomo basándose fundamentalmente en la literalidad de la norma que, además, expresamente, se aparta (en sentido restrictivo) de la redacción de la Directiva y que, además, en sede de tramitación parlamentaria fue modificado para dejar una redacción que permite defender este planteamiento.

Conviene reseñar, adicionalmente, que, si esa hubiera sido la voluntad del legislador comunitario, hubiera sido mucho más sencillo negar la aplicación del régimen sencillamente ante la ausencia de motivos económicos válidos o incluso, en los supuestos en los que la finalidad de la operación fuera de tipo tributario y, de esta forma,

---

<sup>755</sup> Citado por DURÁN-SINDREU BUIXADÉ. A. (2001). "El artículo 110.2 de la Ley 43/1995: análisis y propuesta de reforma", pág. 45.

<sup>756</sup> GÓMEZ VERDESOTO, M. (1999). "Concepto comunitario de fraude o evasión fiscal", cit. pág. 1055.

<sup>757</sup> Por ejemplo, Francia (la fraude ou l'évasion fiscale) o Italia (la frode o l'evasioni fiscali).

<sup>758</sup> SANZ GADEA, E. (2001). "Novedades introducidas en la normativa del Impuesto sobre Sociedades por las Leyes 13/2000 y 14/2000", en *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm. 215, págs. 99-132, pág. 99.



no se hubiera generado la presente discusión. La razón de la presente redacción de la Directiva podría ser, en nuestra opinión, la voluntad de negar la aplicación del régimen en los supuestos de actuación contra Ley del sujeto como consecuencia de la operación, pero no en los casos en los que se intentara obtener una legítima reducción de impuestos.

Un segundo grupo de autores considera que, únicamente, la existencia de fraude o evasión fiscal determina la inaplicación del régimen. Obviamente, resulta, a estos efectos, muy relevante lo que se entienda por ambos conceptos.

Para HOENJET<sup>759</sup>, lo relevante en este análisis es si la presunción de fraude o evasión fiscal admite o no prueba en contrario, mostrándose partidario de que así sea, por cuanto ello significaría la admisión de otro tipo de motivos distintos de los económicos.

En este sentido, plantea también DURÁN-SINDREU<sup>760</sup> un supuesto ya valorado con anterioridad en que se realice cualquier operación de reestructuración con la finalidad de conseguir, por ejemplo, tributar bajo el régimen de consolidación fiscal con la intención de, según las circunstancias, obtener una mejor tributación. Resulta, en nuestra opinión, evidente, la licitud de optar por la tributación del régimen de consolidación fiscal y, por tanto, de la inexistencia de fraude o evasión fiscal como finalidad en la reestructuración que se realice con la finalidad de reunir las características necesarias para tributar por ese régimen.

Para MENÉNDEZ GARCÍA<sup>761</sup>, las operaciones de reestructuración pueden realizarse específicamente para sacar partido de determinadas ventajas fiscales previstas expresamente en el ordenamiento y el hecho de que exista esa finalidad no supone en ningún caso incurrir en fraude de ley tributario. Abundando en esta idea, el hecho de que la finalidad de la operación sea precisamente una operación lícita prevista expresamente por nuestro ordenamiento tributario supone, en nuestra opinión, que el motivo económico válido existe.

---

<sup>759</sup> HOENJET, F. (1997). "The Leur-Bloem Judgement: the jurisdiction of the European Court of Justice and the interpretation of the anti-abuse clause in the Merger Directive", en *EC Tax Review*, Volume 6, Issue 4, págs. 206-215.

<sup>760</sup> DURÁN-SINDREU BUIXADÉ. A. (2001). "El artículo 110.2 de la Ley 43/1995: análisis y propuesta de reforma", *op.cit.* pág. 58.

<sup>761</sup> MENÉNDEZ GARCIA, G. (2000). "Realización de operaciones de fusión, escisión", cit.

LÓPEZ RODRIGUEZ<sup>762</sup> entiende que la mera inexistencia de motivos económicos válidos no justifica la inaplicación del RFE, sino que, únicamente, representa un indicio pero que deberá incluir la existencia de “*la artificiosidad o impropiedad de las operaciones llevadas a cabo y de la obtención de ventajas fiscales*”. Concluye que la obtención de ventajas fiscales no permite por sí solo la inaplicación del régimen.

HOENJET<sup>763</sup> considera que, en ausencia de motivos económicos válidos, el contribuyente debe ser capaz de demostrar la existencia de otros motivos (como los fiscales) que no sean el fraude o la evasión fiscal y que son perfectamente válidos como finalidad de la operación permitiendo la aplicación del régimen fiscal especial. Así, estima dicho autor, que en la St. Leur-Bloem el hecho de que no hubiera motivos económicos válidos no debe impedir la aplicación del régimen fiscal especial, puesto que el motivo era la compensación horizontal de pérdidas, algo absolutamente legítimo y que en ningún caso puede considerarse fraude o evasión fiscal.

Es decir, según esta interpretación, habría un único supuesto de inaplicación del régimen fiscal especial: la finalidad de fraude y evasión fiscal (en el sentido de búsqueda de una ventaja antijurídica), y habría una presunción subordinada a esta inaplicación: la inexistencia de motivos económicos válidos puede presuponer la existencia de finalidad defraudatoria o evasiva, siendo posible siempre demostrar lo contrario.

PALAO TABOADA<sup>764</sup> entiende que la consideración como un supuesto autónomo puede venir de un error de interpretación del término *tax avoidance*. Si en lugar de considerarlo como un impago de impuestos de forma lícita lo asociamos al concepto de fraude de ley, llegaríamos a la conclusión que lo que se pretende es evitar tanto el impago de impuestos a través de la infracción tributaria como del fraude de ley, pero no afectaría al impago de impuestos obtenido de manera lícita.

En todo caso, debe quedar claro que la prohibición de aplicación del régimen especial, debería permitir su aplicación cuando exista cualquier motivo, aunque no sea económico. El único impedimento es que la operación se realice con fines de fraude o evasión fiscal.

---

<sup>762</sup> LÓPEZ RODRIGUEZ, J. (Coord.), (2011). *Comentarios de Derecho Fiscal Comunitario. Análisis e interacción con la normativa fiscal española*, Asociación Española de Asesores Fiscales, Madrid, pág. 383.

<sup>763</sup> HOENJET, F. (1997). “The Leur-Bloem Judgement”, op.cit. pág. 206 y ss.

<sup>764</sup> PALAO TABOADA, C. (2002). “Los “motivos económicos válidos”, op.cit. pág. 83.

Se pregunta, manteniendo la misma tesis aquí expuesta, DURÁN-SINDREU<sup>765</sup> qué ocurriría en el supuesto en que, siendo el principal objetivo el económico, se persiga también, aunque de forma secundaria, una finalidad de fraude fiscal. Concluye poniendo de manifiesto la incoherencia de esta situación, al indicar que, en todo caso, una actuación contraria a nuestro ordenamiento en ningún caso debería ser aceptable. Ya hemos expuesto, al analizar la finalidad principal de la operación, que tal circunstancia, en nuestra opinión, no se puede producir puesto que no existen objetivos principales o secundarios. Si el objetivo es el económico no puede existir una finalidad de fraude fiscal, por mucha ventaja que se logre de la situación.

ALGUACIL MARI<sup>766</sup>, de forma muy sencilla pero también muy clara, resume su posición. La ausencia de un motivo de reestructuración societaria o de racionalización de las actividades no implica necesariamente la búsqueda de una ventaja fiscal. Pero puede ocurrir que concurren ambos, es decir, los resultados de la organización incluyendo las ventajas fiscales de la misma se deriven; en este caso, la inaplicación del RFE exigirá que esa ventaja se haya realizado con la finalidad de fraude o evasión fiscal.

Cabe decir, adicionalmente, que el art. 15 es únicamente una posibilidad que se ofrece a los Estados miembros al transcribir la Directiva, pero, en ningún caso, se trata de norma obligatoria lo que significa que debe interpretarse de la manera más restrictiva posible.

De hecho, del análisis exclusivo de la Directiva e incluso de la redacción de la Ley 29/1991 y de la primera redacción del art. 110.2 de la LIS 43/1995 no debía generarse discusión alguna puesto que los términos de la norma eran claros. Fue a partir de, por un lado, una restrictiva interpretación de la norma española por parte de la Administración coincidiendo con la citada Sentencia Leur-Bloem que, además, motivó la modificación del art. 110.2 de la LIS 43/1995, cuando se generó la actual discusión. Pero el recurso a la fuente original (cualquiera de las dos Directivas) creemos que no ofrece dudas respecto a la interpretación que debe darse a la cláusula antielusión.

Parece claro que la ventaja fiscal a la que se refiere el primer párrafo no es la ventaja que otorga el RFE sino otra diferente porque no tendría sentido que la finalidad “ilícita”

---

<sup>765</sup> DURÁN-SINDREU BUIXADÉ. A. (2001). “El artículo 110.2 de la Ley 43/1995: análisis y propuesta de reforma”, *op.cit.* pág. 40.

<sup>766</sup> ALGUACIL MARÍ, M.P. (2006). “La doctrina administrativa sobre el motivo económico válido en las reestructuraciones societarias”, en *Cuadernos de Aranzadi Jurisprudencia Tributaria*, núm. 44, parte Estudios.

fuera la propia del RFE que no se produciría y no sería necesaria si no se realiza la operación. Además, la Ley 29/1991 cuando introdujo el régimen lo calificó en su Exposición de Motivos como “beneficio fiscal”, aunque es cierto que la STS de 17 de marzo de 2016 lo califica de ventaja fiscal ínsita en el propio régimen.

Por su parte, el segundo párrafo establece como consecuencia de la aplicación de la cláusula antiabuso, precisamente, la pérdida de los efectos de esa ventaja fiscal. Conviene recordar que la Exposición de Motivos (apartado 5.b)) de la LIS configura el RFE como régimen general que, además, es de aplicación salvo renuncia expresa al mismo.

Por tanto, de la redacción literal del art. 89.2 parece desprenderse que la inexistencia de motivos económicamente válidos y la finalidad no lícita de la operación tiene dos consecuencias diferentes si quien decide la no aplicación es el propio contribuyente o bien la Administración en una actuación de comprobación. Si es el propio contribuyente no se aplicará el RFE en cuanto al IS y si, en cambio, es la administración no se aplicarán los efectos de la ventaja fiscal que, presuntamente, ha intentado conseguir el contribuyente.

Esta última conclusión implica otra adicional muy clara: la ausencia de motivos económicos válidos sin que se aprecie la existencia de una ventaja fiscal no debe suponer la no aplicación del RFE, pero aunque, así fuera, las consecuencias serían nulas por cuanto no hay efectos que eliminar al no existir la ventaja fiscal.

En este sentido, parece, según hemos expuesto, que, siempre que no existiese una utilización fraudulenta o artificiosa de la norma, no debería haber problemas para, a través de la reestructuración, alcanzar la aplicación de una serie de ventajas fiscales que ofrece la normativa fiscal en el propio IS o en otros impuestos. En ello están de acuerdo la mayoría de autores. Sin embargo, también parece mayoritaria la opinión de que utilizar el RFE para alcanzar una estructura que permita aprovechar ventajas fiscales lícitas (por ejemplo, la aplicación de unas BIN del IS) que, de otra manera, no podrían ser aplicables, no sería posible. Nos cuesta entender esta distinción que se realiza entre unas ventajas fiscales y otras. No olvidemos que, por seguir con el ejemplo expuesto, la aplicación de las BIN obedece a la aplicación del principio de capacidad económica, de manera que exigencia de tributación debe ir ligada a la capacidad económica del sujeto. La medición de esta capacidad, en el IS, en periodos anuales es una simple convención para poder exigir los tributos periódicamente. Pero ello no evita que, en aplicación del principio, los resultados negativos previos puedan compensarse con los resultados

positivos futuros (y en algunas legislaciones, también con los pasados). Por ello, la situación en la cual existen BIN que se acaban no pudiendo aplicar puede afectar a este principio. En este sentido, realizar una reestructuración para que se puedan aplicar unas BIN legítimamente generadas, en nuestra opinión, no debería tener la consideración de fraude o evasión fiscal.

PRÓSPER ALMAGRO<sup>767</sup> considera la redacción de la cláusula antiabuso capciosa pues, partiendo de la consideración de que el fraude y la elusión fiscal son conductas ilícitas en ningún caso las operaciones podrían acogerse al RFE, aunque no fuera el principal objetivo. Interpreta, en consecuencia, que la expresión se refiere a la imposibilidad de acogerla operación al RFE cuando el objetivo sea conseguir ciertas ventajas tributarias, incluso dentro de la absoluta legalidad.

Ya hemos expuesto además que las diferentes sentencias del TJUE dan a entender que los motivos estrictamente fiscales serían válidos. La mayoría de la doctrina ha interpretado que la sentencia *Leur-Bloem* se había posicionado en contra al referirse que no podía admitirse como motivos económicos válidos la mera finalidad de obtener una ventaja fiscal. Sin embargo, una lectura más atenta de la sentencia y de la normativa permite considerar que, simplemente, la sentencia *Leur-Bloem* defiende que la presunción de motivos económicos válidos no se puede romper alegando motivos puramente fiscales, pero eso no significa, ni se manifiesta así en ningún momento, que esos motivos determinen la existencia de fraude o evasión fiscal.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha tenido ocasión de pronunciarse respecto a diferentes aspectos referentes a la cláusula antielusión de las Directivas 90/434/CEE y la 2009/133/CE, tratando de clarificar los diferentes aspectos que suscitan controversia en la misma, siendo la lucha contra el fraude uno de los elementos principales de atención de la normativa comunitaria<sup>768</sup>.

---

<sup>767</sup> PRÓSPER ALMAGRO, A. B. (2017). “Modificaciones estructurales y motivos económicos válidos: logros, conflictos y desafíos pendientes”, en *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm. 412, págs. 5-46.

<sup>768</sup> Las más relevantes, las siguientes: Sentencia *Leur- Bloem*, de 17 de julio de 1997, asunto C 28/95; Sentencia *Kofoed*, de 5 de julio de 2007. asunto C 321/05; Sentencia *AT*, de 11 de diciembre de 2008. asunto C 285/07; Sentencia *Modehuis A. Zwijnenburg*, de 20 ele mayo de 2010, asunto C 352/08; Sentencia *Foggia, SGPS*, de 10 de noviembre ele 2011, asunto C-126/10 y, especialmente, Sentencia *Halifax* de 21 de febrero de 2006, Asunto C-255/02.

Las sentencias que a lo largo de la vigencia de la cláusula antiabuso ha ido dictando el Tribunal podrían clasificarse en tres ámbitos referidos a la misma<sup>769</sup>:

- 1.- Las cláusulas antiabuso como excepción permitida o no de las libertades comunitarias.
- 2.- Aplicación de estas normas a determinadas prácticas habituales realizadas por contribuyentes.
- 3.- Compatibilidad de las medidas antiabuso establecidas por cada Estado y el Derecho Comunitario.

En concreto, en su Sentencia de 17 de julio de 1997 (Asunto C-28/95) a resultas de varias cuestiones prejudiciales planteadas por el *Gerechtshof te Amsterdam* respecto de la Directiva, el TJCE tuvo ocasión de establecer varios criterios al respecto.

La primera cuestión planteada era la posibilidad de que el Tribunal sea competente para interpretar el derecho comunitario cuando éste no regula directamente la situación controvertida pero la legislación interna se ha remitido a él para regular cuestiones internas. Esta cuestión es altamente interesante en el supuesto español dado que precisamente en la aplicación o no del régimen como consecuencia de supuestos de fraude o evasión fiscal se produce este supuesto<sup>770</sup>.

El Tribunal mantiene al respecto que siendo competente para interpretar el tratado de la CEE y los actos adoptados por las Instituciones de la Comunidad, no se desprende ni del propio Tratado ni de la finalidad del procedimiento establecido, que “ *los autores del Tratado hayan pretendido excluir de la competencia del Tribunal de Justicia las remisiones prejudiciales referentes a una disposición comunitaria en el caso concreto en que el Derecho nacional de un Estado miembro se remita al contenido de esa disposición para determinar las normas aplicables a una situación puramente interna de ese Estado*”. En todo caso, prosigue el Tribunal, éste se limita al examen de las disposiciones de Derecho comunitario, correspondiendo al Tribunal interno examinar el alcance de la remisión al propio Derecho comunitario<sup>771</sup>.

---

<sup>769</sup> PITA GRANDAL, A.M., ANEIROS PEREIRA, J. (2012). “La cláusula antiabuso en las fusiones”, cit.

<sup>770</sup> En efecto, tal y como ya hemos mencionado con anterioridad, la Directiva comunitaria exige su aplicación para las operaciones de reestructuración previstas en las que intervengas sociedades de dos Estados miembros. No obstante, el legislador español decidió extender dicho régimen también a las operaciones realizadas exclusivamente entre entidades españolas.

<sup>771</sup> El art. 189 del Tratado de la CEE establece que la Directiva no obliga al Estado miembro respecto de la forma de implementarse, sino únicamente sobre el resultado que desea conseguirse. El TJCEE se ha

Respecto de la posible existencia de fraude o evasión fiscal en una operación, el Tribunal mantiene que las autoridades nacionales no pueden aplicar criterios generales predeterminados, sino que es necesario analizar caso por caso. Además, en referencia a la presunción establecida en la propia Directiva, señala que el concepto de motivos económicos es más amplio que un motivo puramente fiscal, indicando en su desarrollo que la inaplicabilidad del régimen fiscal se producirá en caso de que éste sea el objetivo principal o uno de los principales objetivos.

Cabe matizar respecto del razonamiento del Tribunal que el establecimiento de la cautela respecto de los motivos de fraude o evasión fiscal era una posibilidad para los diferentes Estados<sup>772</sup>, lo que puede dificultar la aplicación de la interpretación a las legislaciones internas. Por otra parte, administrativamente, no existe un criterio claro de qué debe entenderse por estos conceptos y cuáles deberían ser las circunstancias concurrentes que supusieran la no aplicación a la operación del régimen fiscal protegido. Pero, sobre todo, sorprende enormemente que el Tribunal tras razonar, en nuestra opinión de modo acertado, que el concepto de motivos económicos válidos es más amplio que el puramente fiscal, en su conclusión excluya el motivo fiscal de la aplicación del régimen fiscal especial. Si el concepto es más amplio que el puramente fiscal significa que éste también está incluido y, por tanto, debe permitirse su aplicación. La expresión “más amplio que” no puede equipararse a “distinto que”.

La STJCE de 5 de julio de 2007, en el Asunto *Kofoed*, señaló con claridad que el abuso de Derecho está prohibido y que, por tanto, no pueden invocarse de manera abusiva o fraudulenta las normas del Derecho comunitario. Para prevenir estas prácticas, señalaba la sentencia, no es necesario específicamente la incorporación al Derecho interno de la cláusula antiabuso que, recordemos, las Directivas no exigían, sino que puede realizarse perfectamente mediante la aplicación de normas internas que previesen estas prácticas.

---

manifestado en varias ocasiones en el sentido de que la posibilidad de aplicación directa de la directiva se limita a los supuestos en que los Estados miembros no hayan introducido en la legislación del país el resultado pretendido (entre otros, Asuntos 148/78, 124/86, 125/86, 231/87, 129/88).

<sup>772</sup> El legislador español no incluyó la presunción respecto de los motivos económicos válidos.

La Dirección General de Tributos, a través de diferentes consultas<sup>773</sup>, ha establecido una serie de criterios al respecto que sistematizó (con las existentes en aquel momento) en el Informe emitido en febrero de 2002<sup>774</sup>:

- a) La no aplicación del art. 110.2 de la LIS 43/1995 (vigente en aquel momento) requiere la existencia de una finalidad que justifique la realización de la operación que resulte adecuada o proporcional a la misma.
- b) Para poder determinar que la operación se realiza con fines de fraude o evasión fiscal es necesario analizar globalmente las circunstancias que concurren, examen que deberá realizarse en fase de comprobación administrativa y que se refiere a la propia sociedad que realizó la operación.
- c) El concepto de motivos económicos válidos es más amplio que la búsqueda de una mera ventaja fiscal.

Asimismo, considera la DGT que no es posible establecer criterios generales y objetivos que permitan determinar ante cada operación si concurren finalidades de fraude o evasión fiscal.

En relación a la posible pérdida parcial del régimen, considera la DGT, esta vez con buen criterio, que en un proceso de reestructuración pueden coincidir diferentes operaciones acogidas al régimen fiscal especial y que deberá analizarse operación a operación respecto de sus finalidades pudiéndose dar la circunstancia que el régimen resulte aplicable a determinadas operaciones del proceso de reestructuración pero no a otras, en función de que se aprecien o no las finalidades de fraude o evasión fiscal.

Sin embargo, su respuesta al supuesto de que en una misma operación existan partes en las que concurren los referidos motivos de fraude o evasión y otras en que no, no puede calificarse de satisfactoria. En efecto, concluye correctamente que, en esos supuestos, dado que se trata de una única operación, no podrá aplicarse el régimen a una parte de la operación y no aplicarse a otra. Sin embargo, no indica de manera clara la solución que debe darse a esta situación. Así, por ejemplo, en el supuesto de que en una fusión entre dos compañías totalmente independientes en una de las mismas

---

<sup>773</sup> Entre ellas: 22 de diciembre de 1999, 30 de junio de 1999, 6 de octubre de 1999, 8 de noviembre de 1999, 22 de marzo de 1999, 10 de abril de 2000, 13 de julio de 2000 y 4 de octubre de 2000.

<sup>774</sup> Informe sobre cuestiones relativas a la aplicación del artículo 110 apartado 2 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, solicitado por la AEAT, de 5 de febrero de 2002 emitido por la Subdirección General de Impuestos sobre las Personas Jurídicas.



concurriera esa finalidad y en la otra no, debería interpretarse si a la operación se le permite aplicar el régimen fiscal especial o no. La solución (nada sencilla) debe ir en consonancia con las consecuencias generales en estos casos que serán analizadas con posterioridad. Parece entenderse que la DGT opta por la no aplicación del régimen fiscal sin tampoco hacer una referencia a quién, de los intervinientes en la operación, decide la aplicación o no del RFE y, por tanto, debería ser responsable de las consecuencias.

Pero aún existe un supuesto de más difícil solución. Para entenderlo debemos partir del análisis del lugar donde se manifiesta la finalidad en la operación. En efecto, la finalidad, por su propia esencia, es una característica subjetiva del sujeto que toma la decisión y esa subjetividad no puede predicarse de una persona jurídica, sino que pertenece necesariamente a una persona física, es decir, a los directivos, administradores o socios de la entidad, dependiendo de quien tome la decisión<sup>775</sup>.

Por tanto, el análisis de la finalidad de la operación recae necesariamente en el sujeto que toma la decisión que, en multitud de ocasiones no será único, sino que se tratará de una pluralidad de socios o de miembros de un órgano de administración colegiado. En estas circunstancias, es necesario determinar qué ocurre en el supuesto de que en algunos de ellos efectivamente la finalidad a la hora de decidir la operación sea de fraude o evasión fiscal y en los otros no.

En relación a la carga de la prueba de la existencia de motivos económicos válidos, la DGT considera que el sujeto pasivo, en fase de comprobación, debe aportar aquellas justificaciones que expliquen los motivos de la operación. Ahora bien, en el supuesto de que no lo haga, ello no debe llevar a la conclusión de su inexistencia y, por consiguiente, a la inaplicación del régimen. Efectivamente, pueden existir numerosos motivos que expliquen la no aportación por parte del sujeto pasivo, más allá de su ausencia.

En relación a la interpretación que debe realizarse de la redacción del art. 110.2 de la LIS 43/1995, en especial de su segunda frase, considera que no se trata de una oración subordinada de la primera sino de dos casos diferentes. Es decir, el régimen no se aplica cuando la finalidad es el fraude o la evasión fiscal y, tampoco, cuando se realice para obtener una mera ventaja fiscal, de manera que la existencia de un proceso de reestructuración no es suficiente para la aplicación del régimen.

---

<sup>775</sup> Respecto en quién debe valorarse la toma de decisiones podría plantearse la asimilación a las personas que, de acuerdo con la antigua redacción del art. 110.1 LIS 43/1995 deban decidir el acogimiento o no al régimen fiscal especial.

En efecto, continúa la DGT, la existencia de un proceso de reestructuración no permite sostener por sí mismo la ausencia de fines de fraude o evasión fiscal, y ello es así, porque la propia operación siempre supone un proceso de reestructuración en sí mismo, de mayor o menor relevancia. Sin embargo, para llegar a esa conclusión no es necesario analizar si la segunda frase del art. 110.2 de la LIS 43/1995 es un supuesto especial del primero.

Finalmente considera que el hecho de que con posterioridad se transmitan activos que han intervenido en la operación con un coste fiscal menor no debe considerarse un indicio de la finalidad fraudulenta de la operación.

La opinión administrativa, sistematizada originalmente en el referido Informe, es, en general, bastante coherente y ajustada a la normativa con la excepción de la segunda frase del art. 110.2 de la LIS 43/1995. Entender que se trata de una oración independiente de la primera es un evidente error semántico de interpretación de la normativa aplicable. Lo que supone esta interpretación es la no aplicación del régimen fiscal especial a las operaciones realizadas por motivos fiscales sin constituir supuestos de fraude o evasión fiscal, interpretación incorrecta como trataremos de demostrar. Pero lo que es más grave es haber mantenido esta misma interpretación estando vigente la anterior redacción del art. 110.2 que en ningún caso permitía amparar esta interpretación sencillamente aplicando la literalidad de una redacción suficientemente clara a este respecto.

GUEZURAGA UGALDE<sup>776</sup> ha sistematizado la posición de la DGT en tres criterios muy concretos:

- a) El fundamento del régimen fiscal especial es la neutralidad de la fiscalidad en la toma de decisiones de reestructuración.
- b) Si no existe un motivo económico válido hay una presunción de que la operación se realiza por motivos fiscales. Presunción que admite prueba en contrario.
- c) Cualquier ventaja fiscal, potencial o real, derivada de la operación, anterior o posterior, relevante o no, relacionada con personas vinculadas o no a la operación, contamina la operación impidiendo la aplicación del régimen.

Y critica la posición de la DGT, a partir de las consultas tributarias, por cuanto, en contra de la interpretación de la Directiva, dada por el TJCEE en su sentencia de 17 de julio de

---

<sup>776</sup> GUEZURAGA UGALDE, A. (2004). "Motivo económico válido y D.G.T: historia de un desencuentro", en *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 17, pág. 2.

1997 (Asunto C-28/95), establece normas de carácter general en lugar de analizar, caso por caso, las circunstancias de la operación. En concreto, en diversos supuestos<sup>777</sup>, niega la aplicación del RFE en función de lo que puedan hacer sujetos terceros, a posteriori, con el resultado de la operación.

CHECA GONZÁLEZ<sup>778</sup>, a través del análisis de las resoluciones del TEAC y de las Consultas de la Dirección General de Tributos, ha establecido cinco grandes grupos de supuestos que, según la DGT, son considerados aptos para la aplicación del régimen fiscal especial.

Un primer grupo lo constituyen aquellas operaciones que pretenden mejorar la solvencia frente a terceros con el objetivo de mejorar, en términos amplios, la situación financiera actual o futura. Un segundo grupo son operaciones que pretenden general economías de escala y aprovechar las sinergias entre las diferentes entidades. El tercer grupo lo constituyen aquellas operaciones que tratan de buscar una mejor estructura con la finalidad de planificar la sucesión en vida o mortis causa. El cuarto grupo lo constituyen aquellas operaciones que persiguen centralizar la toma de decisiones en la empresa. Finalmente, el quinto grupo serían los que buscan simplificar la estructura empresarial o el cumplimiento de sus obligaciones tributarias.

Pese a esta clasificación de motivos, la realidad es que en muchas de las operaciones concurren varios de estos motivos y que no siempre es posible determinar cuál de ellos es el principal.

Tal y como hemos comentado, la inexistencia de motivos económicos válidos debe interpretarse como una presunción de la existencia de fraude o evasión fiscal, pero en ningún caso como determinación indubitada de la finalidad fraudulenta de la operación y, por tanto, de la aplicación de la cláusula antielusión.

Esta conclusión, siendo coherentes, también debería ser válida en sentido contrario. La existencia de motivos económicos válidos no garantiza que la finalidad principal de la operación no sea el fraude o la evasión fiscal y por tanto que deba aplicarse la cláusula del art. 89.2.

El Tribunal Supremo, en la reproducida sentencia número 2508/2016, de 23 de noviembre (recurso de casación número 3742/2015), con invocación de jurisprudencia comunitaria sobre el artículo 11.1.a) de la Directiva 90/434/CEE, sostiene que se trata

---

<sup>777</sup> Entre otras, consultas DGT nº V0062/2004 y V1877/2004

<sup>778</sup> C CHECA GONZÁLEZ, C. (2009). “Los motivos económicos válidos”, cit.

de una cláusula antiabuso general (que entronca en nuestro derecho interno con el artículo 7.2 del Título Preliminar del Código Civil, que prohíbe el abuso del derecho y su ejercicio antisocial, figura diferenciada y distinta del fraude de ley de su artículo 6.4), no con el perfil del antiguo fraude de ley del artículo 24 de la Ley 230/1963 ni del actual conflicto en la aplicación de la norma del artículo 15 de la Ley 58/2003<sup>779</sup>.

De forma más clara, el TS en su STS 463/2021, 31 de marzo de 2021 ha establecido que: *“La apreciación de la ausencia de un motivo económico válido en el negocio jurídico celebrado, excluyente de la aplicación del régimen especial relativo a las fusiones, escisiones, etc., regulado en el Capítulo VIII del Título VII del Texto refundido, aplicable por razones temporales al caso, debidamente motivada y sometida al control judicial, hace innecesaria la tramitación del expediente de conflicto en la aplicación de la norma, ya que se trata de una cláusula antiabuso particular que opera como lex specialis, directamente derivado del Derecho de la Unión Europea.*

*Ello no significa la imposibilidad de que pueda tramitarse y resolverse el procedimiento del artículo 15 LGT, cuando los hechos y circunstancias así lo impongan.”*

Continúa el TS: *“A partir del mencionado esquema, proceden algunas consideraciones: 1) Según nuestra jurisprudencia, no haría falta acudir a un procedimiento especial interno antiabuso cuando la norma de la Unión Europea lleva como consecuencia la inaplicación del régimen fiscal especial, supeditado a ciertos requisitos.*

*2) Es perfectamente posible que una operación no se lleve a cabo por motivos económicos válidos -y hemos declarado que no necesariamente han de ser los de reestructuración o racionalización empresarial, sino otros posibles, también legítimos-, lo que determinaría, en directa aplicación de la norma, la denegación del régimen especial.*

*3) En otras palabras, no todo negocio jurídico celebrado en ausencia de motivos económicos válidos, en los términos de la directiva de 1990 y del TRLIS que la traspone a nuestro Derecho, sería fraudulento en el sentido del art. 15 LGT, lo que no impediría la*

---

<sup>779</sup> Aunque dicha STS nº 2508/2016, de 23 de noviembre no versaba directamente sobre idéntica cuestión a la que aquí subyace, sí razonaba sobre el carácter autónomo de la norma antiabuso del artículo 96.2 TRLIS, en relación con el 11.1.a) de la Directiva 90/434/CEE, aplicable al caso -reproducida en la Directiva 2009/133/CE, en relación con el fraude de ley del artículo 24 de la LGT de 1963; y 15 de la LGT vigente -conflicto en la aplicación de la norma.

*exclusión del régimen especial de las operaciones empresariales, pues para ello quedan habilitados los Estados miembros.*

*4) En tal sentido, hemos de significar que la expresión fraude es polisémica y tiene acepciones distintos en el ámbito de la directiva y el TRLIS -como sinónimo de evasión, incluso elusión fiscal-, esto es, la obtención de una ventaja indebida, mediante actos carentes, en general, de sustancia económica - concepto principal del Derecho de la Unión-; lo que es diferente de la palabra fraude en la expresión tradicional de fraude de ley, que está, como norma antiabuso particular, tanto en el régimen del artículo 24 LGT 1963 como del 15 de la LGT vigente, pues en este caso, lo defraudado es la norma preceptiva o imperativa que se soslaya (vid. art. 6.4 C.C.). Por ejemplo, no haría falta, para excluir el régimen especial de diferimiento de las ganancias puestas de manifiesto en las operaciones -en este caso, de fusión por absorción- que los actos o negocios, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.”*

Por tanto, el TS considera que el procedimiento para declarar la no aplicación del RFE no es el de conflicto en la aplicación de la norma, sino el procedimiento ordinario de una cláusula antiabuso que deriva directamente de la normativa de la UE. Lo cual no significa que, en función de las características de la operación, no deba tramitarse este procedimiento, pero, en ningún caso, como procedimiento general para la aplicación de la cláusula antiabuso.

La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2016, RC 3742/2015, afirma que pueden existir otros motivos económicos válidos, que no sean la reestructuración o racionalización de las actividades de las sociedades, pues como en otras ocasiones ha dicho el propio Tribunal Supremo, “Con tal que el negocio aspire, razonablemente, a la consecución de un objetivo empresarial, de la índole que fuere, debe decaer la idea de que, en los términos legales, (...) la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal.”

Según la STS 1902/2017, 4 de diciembre, en principio, nada impide que, legítimamente, se pueda perseguir en la escisión, a la vez, un doble objetivo: lograr una reorganización empresarial conveniente y racional desde el punto de vista económico y, además, articular una sucesión ordenada en la dirección de las empresas implicadas en la escisión, de manera que se asegure la continuidad familiar, al permitir que sean los hijos de los socios que llevaban la dirección de aquéllas los que continúen al frente de la actividad en el futuro

La STSJ Galicia 363/2018, 29 de noviembre reconoce que es perfectamente posible la convivencia de finalidades económicas en la operación con la obtención de ventajas fiscales y que eso no invalida la aplicación del RFE a la operación de que se trate. Incluso va un paso más allá al señalar que el hecho de que esas mismas finalidades económicas hubiesen podido obtenerse por otros medios, no significa que los medios utilizados no sean válidos y que, por tanto, la aplicación del RFE sea perfectamente lícita<sup>780</sup>.

El TSJ Comunidad Valenciana en su sentencia 797/2019, 14 de mayo valora positivamente la redacción del artículo 89. Entiende que *“la aplicación de este régimen fiscal no ha de constituir el “motivo” de la fusión, sino que es el resultado de la existencia de un “motivo económico válido”, al que no se puede equiparar el motivo de obtener un beneficio o ventaja fiscal, pues de lo que se trata es que la “reestructuración” llevada a cabo por las entidades supongan un mejor aprovechamiento de sus elementos, materiales, inmateriales y personales, en el contexto de la economía de la entidad y de la economía nacional o comunitaria”*.

Es cierto que la citada normativa no elude dar un concepto de "motivo económico válido", supliendo su definición acudiendo a decisiones empresariales que evocan el "poder de dirección" de todo empresario, como *“la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación”*.

Concluye con una afirmación un tanto peligrosa por la inseguridad que en la práctica genera: *“En parte, es mejor que el legislador no dé un concepto de “motivo económico válido”, pues las decisiones empresariales pueden abarcar diversas facetas de la*

---

<sup>780</sup> Señala la STSJ Galicia 363/2018 que *“O recorrente sostén que a sociedade cabeceira LENCE TORRES SL, na situación actual, sufriu unha importante mellora na súa situación patrimonial, cun balance de situación mais saneado e cunha maior capacidade de obter recursos, propios e alleos.*

*Esto é certo; a sociedade LENCE TORRES SL é a sociedade de control dentro do grupo o que, a nivel teórico, mellora a súa situación patrimonial; o que acontece é que, como o propio recorrente alega (reparto ou non de dividendos nas sociedades dominadas) a mellora da súa situación patrimonial pode ir en mingua da das outras sociedades o facer prevalecer a vontade do grupo verbo dos intereses das concretas sociedades.*

*Concordamos coa inspectora en que a sucesión nas empresas do Sr. Jon podería organizarse por medios variados, sen que fose requisitos sine qua non a creación de Lence Torres coma sociedade matriz á que se achegan tódalas participacións das varias sociedades; mailo dito, que concorran outras posibilidades, non fai que a opción do Sr. Jon e fillos non sexa unha perfectamente válida e que, na practica, facilite a sucesións empresarial: coa simple disposición das participacións en LENCE TORRES SL pode traspasalo control de todo o grupo.*

*Do dito resulta que, se ben é certo, que os recorrentes obtiveron un beneficio fiscal (aínda que sexa diferido) coa operación de reestruturación realizada coas tres escrituras do ano 2009 non pode considerarse que esta fose a única finalidade perseguida.”*

*estrategia empresarial, sea en relación con el lanzamiento e introducción de productos en un mercado concreto, con la estructura organizativa de la propia empresa, etc.”*

### **1.5. Formulación de consultas tributarias**

Dada la importancia del régimen fiscal especial y sus consecuencias tributarias, la posibilidad de conocer previamente a la realización de la operación la aplicación o no del régimen tiene una utilidad evidente puesto que, en muchas ocasiones, si se entendiera que el régimen no es aplicable, muy posiblemente, la operación de reestructuración no se llevaría a cabo o bien se realizaría de manera diferente. Cuestión distinta es el valor que otorgue el sujeto pasivo a la opinión de la Administración si él está convencido de la corrección en la aplicación del régimen fiscal.

Dentro del procedimiento general de consultas tributarias, que, aunque iniciado en 1922, no se incorporó hasta 1975 a la LGT 1963 en su art. 107, ha existido siempre la posibilidad de formular consultas a la Administración para conocer su opinión respecto de la calificación tributaria de estas operaciones. No obstante, de modo específico en el propio art. 110.2 de la LIS 43/1995 y en el 107 de la LGT 1963 se hicieron referencias concretas a la posibilidad de realizar consultas al respecto.

A nivel conceptual, por consulta tributaria, MORILLO MÉNDEZ<sup>781</sup> entiende la información solicitada por escrito de un órgano competente para contestarla de la misma forma, relativa a las consecuencias tributarias que deben producir hechos imponibles que afecten al consultante. Desde otro punto de vista, por consulta no deberíamos entender la información solicitada sino, más bien, el escrito formalmente presentado donde se solicita la opinión de la Administración al respecto.

Se consideró por algún autor<sup>782</sup> que, en base a normativa vigente hasta 1 de enero de 1999, la dicción literal del artículo 110.2, que exigía que la prueba de la finalidad principal se produzca como consecuencia de la comprobación administrativa, imposibilitaba la presentación de consultas a la Administración para conocer su opinión respecto de la finalidad defraudatoria o no de la operación. No podemos compartir esta opinión por cuanto el citado artículo únicamente establecía bajo qué condiciones y en

---

<sup>781</sup> MORILLO MÉNDEZ, A. (1995). “La consulta tributaria vinculante”, en GACETA FISCAL, núm. 136, págs. 169-182, pág. 171.

<sup>782</sup> ANTÓN BASANTA, A. (1998). “Régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos”, cit. pág. 1981.

qué momento se perdía el derecho a la aplicación del régimen fiscal. Unas y otro no podían ser más que la necesidad de que la Administración acreditara fehacientemente (probara) la finalidad defraudatoria y el momento en que resultaba probado.

Con independencia de la comprobación administrativa, no existía problema, en nuestra opinión, en que el contribuyente que proyectase realizar una operación de reestructuración consultase a la Administración para conocer si, según su criterio, se justificase suficientemente que la motivación principal de la operación no era el fraude o la evasión fiscal<sup>783</sup>. Obviamente, la calificación posterior en caso de comprobación por parte de la Administración no impediría que se perdiera el derecho a la aplicación del régimen dada la ausencia de vinculación, en aquel momento, con carácter general de la respuesta a las consultas. En cualquier caso, y al margen del análisis posterior sobre la aplicación de sanciones en los supuestos de inaplicabilidad del régimen porque la finalidad principal de la operación fuera el fraude o evasión fiscal, siempre que en la consulta formulada no se hubieran omitido datos relevantes para la contestación, deberían excluirse la aplicación de las mismas.

La Ley 50/1998 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social añadió una nueva letra f) al artículo 107.4 de la LGT 1963, pasando a tener las consultas tributarias relativas a la interpretación y aplicación del Capítulo VIII, del Título VIII, respecto de las operaciones de reestructuración empresarial, la categoría de vinculantes.

Entendemos que esta modificación de la LGT 1963 en ningún caso puede interpretarse como la incorporación de la posibilidad de realizar consultas respecto del régimen especial de reestructuraciones, sino como la elevación a la categoría de vinculantes de dichas consultas. Cabría plantearse, atendiendo exclusivamente a lo establecido en dicha LGT, la posibilidad de que dichas consultas únicamente tuvieran la categoría de vinculantes respecto de la aplicación objetiva del régimen, pero no respecto de la

---

<sup>783</sup> En la práctica, y de forma indirecta, desde la vigencia del régimen fiscal especial a través de la Ley 29/1991, la Administración ha sido consultada sobre la posibilidad de que determinadas situaciones en el proceso de reestructuración impidieran la aplicación del régimen fiscal protegido. Así, en la contestación de 8 de noviembre de 1993 se respondía que no obstaba a la aplicación del régimen el hecho de que la sociedad absorbida (en un supuesto de fusión inversa) tuviera bases imponibles negativas pendientes de compensación siempre que existieran motivos económicos válidos como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades intervinientes. La Resolución de la DGT de 17 de noviembre de 1994, frente a la pregunta de si una transmisión inmediata de las acciones recibidas como consecuencia de una aportación no dineraria de rama de actividad desvirtuaría la aplicación de la Ley 29/1991 (vigente en aquel momento) a la propia aportación, responde que se trata de dos operaciones diferentes y que por tanto la posterior transmisión en nada afecta a la aplicación inicial de dicha Ley a la aportación inicial.



aplicación subjetiva, es decir, aquella que dependería de la finalidad de fraude o evasión fiscal en la misma. No es esta, creemos, la interpretación que debe realizarse, por cuanto el citado apartado f) se refería a la interpretación y aplicación del régimen, dentro del cual, por supuesto, esta apreciación subjetiva tiene una importancia evidente<sup>784</sup>. Adicionalmente, el párrafo segundo de del art. 96.2 de la LIS, tras la última modificación en el art. 110.2 de la LIS 43/1995 antes de la refundición del texto, señalaba la posibilidad de realizar consultas con carácter vinculante respecto, específicamente, a la aplicación o no del régimen en función de sus objetivos, por lo que no cabe duda alguna sobre el carácter vinculante de las mismas. En todo caso, la eventual duda únicamente subsistiría respecto de las consultas formuladas durante 1999, año en el que estuvo vigente el último redactado del art. 107 LGT 1963 y todavía no la nueva redacción del art. 110.2.

La actual LGT, a través de su art. 89, ha transformado en vinculantes todas las consultas realizadas con la forma y en los plazos exigidos. Pero la vinculación, de modo indirecto, se extiende más allá de la propia consulta, ya que los criterios establecidos en la contestación son aplicados a cualquier obligado tributario siempre que exista coincidencia entre los hechos del obligado y los contenidos en la contestación. De este modo la contestación a las consultas se convierte en vinculante para todos los obligados tributarios. No obstante, la Administración podrá modificar su criterio en contestaciones posteriores ante modificaciones legislativas o jurisprudenciales o, sencillamente, por un cambio en la interpretación de la norma consultada.

La realidad es que la DGT, respecto de este tema, raramente da una respuesta concreta (a menudo porque los datos planteados en la consulta no se lo permiten), por lo que las respuestas a las Consultas están, en muchos casos, vacías de contenido. Incluso, en todos los supuestos, insiste la DGT en que las circunstancias deberán valorarse en fase de comprobación lo cual, de facto, equivale a no responder. Conviene, en consecuencia, analizar los efectos de la no respuesta efectiva a estas consultas.

Como ya hemos comentado el antiguo art. 96 del TRLIS 2004 preveía la posibilidad de formular consultas en relación con el cumplimiento del propio requisito previsto en el

---

<sup>784</sup> Desde un punto de vista práctico no conocemos ninguna respuesta a consulta en la que la Administración se haya mostrado favorable a la aplicación del régimen de un modo categórico. En la mayoría de consultas, aun interpretando el cumplimiento del resto de requisitos objetivos para la aplicación del régimen, nunca ha aceptado de manera definitiva que la operación no se realizaba con fines de fraude o evasión fiscal. Sin embargo, en sentido opuesto, si se ha atrevido a negar la aplicación del régimen al considerar que de los antecedentes que se le aportaban no se desprendía una motivación económica válida.

art. 96.2 pero se remitía, respecto del procedimiento y sus efectos, a lo previsto en la LGT, art. 107 de la LGT 1963 y arts. 88 y 89 de la actual LGT. El actual art. 89 LIS (equivalente en contenido al referido art. 96) ya no incluye esta mención por entenderla redundante respecto de lo preceptuado en la LGT.

Respecto de la redacción anterior, en primer lugar, merece la pena destacar que el contenido previsto en el art. 110 de la LIS 43/1995 y el previsto en el art. 107.4 f) de la LGT 1963 no eran del todo coincidentes. Así, mientras el art. 110 se refería a la posibilidad de *“formular consultas a la Administración tributaria sobre la aplicación y cumplimiento de este requisito en operaciones concretas”* (en referencia al requisito de que la finalidad principal no sea el fraude o la evasión fiscal), en la LGT 1963 se refería a la *“interpretación y aplicación del Capítulo VIII, del Título VIII de la Ley 43/1995 (...) a las operaciones de reorganización empresarial”*. De este modo, si hubiéramos atendido exclusivamente a la LIS 43/1995 (o a la redacción del art. 96 de la LIS) sólo podrían formularse consultas sobre si la finalidad principal es el fraude o la evasión fiscal (lo cual no deja de ser paradójico, dado el componente subjetivo que encierra, que sea el sujeto pasivo el que solicite la opinión al respecto), mientras que, de acuerdo con la LGT 1963, la consulta podría formularse sobre todos aquellos aspectos que permiten aplicar el régimen fiscal a la operación incluyendo, por supuesto, el cumplimiento del requisito previsto en el art. 110.2 de la LIS 43/1995.

Dado que con la actual LGT no existen supuestos excepcionales de consultas vinculantes, sino que todas tienen esta característica, no se detalla nada respecto de la aplicación a las operaciones sometidas al régimen fiscal especial.

En relación con la falta de respuesta o a una respuesta a la Consulta formulada sin manifestarse expresamente respecto de todas o algunas de las preguntas formuladas, la LGT ha aclarado ligeramente la situación.

Así, formulada la consulta con los requisitos establecidos al efecto, la LGT 1963 no establecía ningún plazo para responder a la misma ni, por supuesto, qué efectos pudieran desprenderse de la eventual no respuesta a la misma. Sin embargo, el art. 13 del RD 404/1997, de 21 de marzo, por el que se establece el régimen aplicable a las consultas cuya contestación deba tener carácter vinculante para la Administración Tributaria estableció un plazo de seis meses para proceder a la respuesta, pero aclarando que la ausencia de la misma en el plazo establecido en ningún caso podía interpretarse como aceptación de los criterios expresados. Curiosamente, en el supuesto de transcurso del plazo sin haber contestado, la Administración debía

comunicar al consultante tal circunstancia; la utilidad de dicha comunicación resulta difícil de entender.

Dado que el referido RD 404/97 sólo era aplicable a las consultas vinculantes, resultaba que las consultas no vinculantes carecían de plazo para su resolución y, además, no resultaban claros los efectos de su no contestación.

La LGT establece también en su art. 88.6 un plazo de seis meses para responder a las consultas planteadas considerando, igualmente, que la falta de respuesta en el plazo previsto no supone aceptar los criterios expuestos en la propia consulta. Además, se prevé la posibilidad de que, faltando alguno de los requisitos previstos (como, por ejemplo, poca claridad en el contenido) la Administración pueda exigir la oportuna clarificación y, ante la falta de respuesta, se archive sin más la consulta.

Sorprende, sin duda, que ante la clara opinión pública y doctrinal de que es necesario que la Administración abandone sus prerrogativas que la sitúan en una posición excesivamente preponderante en sus relaciones con el administrado, la actual LGT permita a la Administración sencillamente no responder al sujeto consultante sin que ello tenga la más mínima consecuencia. No contentos con otorgar un plazo a todas luces excesivo de seis meses para proceder a responder a las consultas, el incumplimiento de dicho plazo, ya previsto por la norma, permite a la Administración demorar *sine die* sus obligaciones con los administrados y, al mismo tiempo, deja a éstos en una posición de clara inseguridad, puesto que ante una situación dudosa de interpretación de la normativa tributaria que provoca consultar a la Administración cuál es su punto de vista al respecto, el administrado no puede sino esperar una respuesta sin poder realizar la operación con la seguridad jurídica que debiera. Además, esta situación contradice abiertamente la declaración de principios del art. 85.1 LGT en la cual se manifiesta que *“La Administración deberá prestar a los obligados tributarios la necesaria información y asistencia acerca de sus derechos y obligaciones”*.

No es esta falta de consecuencias ante la no respuesta en plazo de las consultas tributarias el único supuesto de este tipo que contempla la nueva LGT. Así, por ejemplo, en los supuestos de los Acuerdos previos de valoración previstos en el art. 91 de la LGT, el apartado 4 también manifiesta que la falta de contestación de la Administración tributaria en ningún caso podrá interpretarse como aceptación de los valores propuestos por el obligado tributario, contradiciendo lo previsto en el art. 9 de la LDGC que, en referencia a los mismos acuerdos de valoración, preveía que la falta de contestación en el plazo establecido suponía la aceptación de los valores propuestos por

el consultante. De esta manera, los derechos y garantías que la LDGC estableció parece que se van reduciendo poco a poco.

En consecuencia, en principio, la falta de respuesta de la Administración a las consultas formuladas en vigencia de la actual LGT no tiene efecto alguno, ya que la propia LGT se ha encargado de clarificar que el efecto favorable al contribuyente que podría derivarse, cual es la aceptación de sus propuestas, no se produce. Lo mismo ocurre respecto de las consultas vinculantes en vigencia de la anterior LGT y del RD 404/1997. Sin embargo, en este mismo periodo y respecto de las consultas no vinculantes, ante la falta de previsión normativa y en un análisis integrador de la normativa que contemplara precisamente el art.9 LDGC, la respuesta no puede ser otra que la aceptación de los criterios expuestos en el escrito de consulta (si es que realmente se han expuesto criterios).

En efecto, si en referencia a los Acuerdos previos de valoración, la falta de respuesta significa la aceptación de los criterios expuestos, en el caso de las Consultas tributarias no vinculantes la respuesta debería ser idéntica: en vigencia de la LGT 1963 (y, sobre todo, a partir de la entrada en vigor de la LDGC) la falta de respuesta a una Consulta no vinculante formulada cumpliendo los requisitos establecidos significa la aceptación de los criterios manifestados en el escrito de Consulta.

En este sentido, el art. 23.2 LDGC establecía que vencido el plazo para responder por parte de la Administración en todos los procedimientos iniciados a instancia de parte se producirían los efectos que estableciera la normativa específica y estos efectos debían obligatoriamente estar establecidos. Sin embargo, respecto de las consultas no vinculantes y hasta la entrada en vigor de la nueva LGT (en la que éstas desaparecieron) tal circunstancia no se produjo.

La posibilidad de acudir al art. 24 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que señala que los interesados podrán entender estimadas sus solicitudes (procedimiento iniciados por el interesado) llegado el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa, salvo que otra norma con rango de ley (o norma de la UE o de derecho internacional aplicable en España) disponga lo contrario queda descartada si consideramos la aplicación del art. 104.3 LGT que exige que todo procedimiento de aplicación de los tributos debe regular expresamente el régimen de actos presuntos que le corresponda. En este sentido, el art. 88.6 establece que la falta de contestación en el plazo establecido (seis meses desde su presentación) no implicará la aceptación de los criterios expresados en el escrito de consulta.

Dado que, en vigencia de la LGT 1963 y de la LDGC, no se establecía ningún plazo para responder a la consulta, hubiera sido necesario establecer un plazo a partir del cual dichas consultas debían entenderse respondidas en sentido afirmativo que podría ser el plazo de seis meses previsto para la respuesta de las consultas vinculantes y en el propio RIS para los Acuerdos Previos de Valoración. En este mismo sentido se manifiesta MARTÍN FERNÁNDEZ<sup>785</sup> al entender que carecía de sentido que un tipo de consultas tuviera plazo y las otras no y, además, por la aplicación del art. 23.1 LDGC que establecía este plazo máximo para los procedimientos de gestión tributaria entendiendo la consulta como una especie de cuestión preliminar del procedimiento de gestión tributaria.

Sin embargo, existe otro supuesto que por su frecuencia y su falta de regulación expresa en la anterior y en la actual LGT puede tener una trascendental importancia. Nos referimos al supuesto de que efectivamente exista (en plazo o no) un escrito de respuesta de la Administración tributaria a la consulta formulada pero no se responda expresa o tácitamente a las preguntas realizadas.

MORILLO MÉNDEZ<sup>786</sup> se plantea que en los casos en los que la contestación se produzca con posterioridad al vencimiento del plazo para realizar la declaración (incluso aun contestando dentro del plazo establecido dada la amplitud del plazo de seis meses), la ulterior presentación de declaraciones complementarias realizada por el sujeto pasivo para adecuar su declaración al criterio de la Administración en el supuesto de que éste haya sido diferente al elegido por el sujeto pasivo en el momento de declarar no deberían suponer en ningún caso la aplicación de recargos de los previstos en el art. 61.3 de la LGT 1963.

Subyace tras esta opinión un concepto que no puede dejar de compartirse: el sujeto pasivo no debe soportar los efectos adversos de la deficiente actuación administrativa que, en el caso que nos ocupa, se pueden producir a través de una falta de respuesta, una respuesta tardía o una respuesta incompleta<sup>787</sup>.

---

<sup>785</sup> MARTÍN FERNÁNDEZ, J. (2000). "Luces y sombras del régimen jurídico de las consultas tributarias", en *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, núm. 2, págs. 629-645, pág. 638.

<sup>786</sup> MORILLO MÉNDEZ, A. (1995). "La consulta tributaria vinculante", *op.cit.* pág. 177.

<sup>787</sup> En este mismo sentido, el Grupo Parlamentario catalán (CIU) presentó una enmienda (nº 40) al Proyecto de LDGC en la que proponía que la falta de respuesta en plazo de la Administración a las consultas determinara la exención de responsabilidad del sujeto pasivo, enmienda que finalmente no prosperó.

Partiendo de la base de que las consultas deben formularse de manera completa, es decir, recogiendo todos aquellos datos que permitan valorar de modo indubitado las circunstancias que deben tomarse en cuenta a la hora de emitir la correspondiente respuesta, resulta de todo punto inaceptable el hecho de que no se conteste efectivamente a las cuestiones planteadas<sup>788</sup>. MORILLO MÉNDEZ<sup>789</sup> plantea la posibilidad de solicitar aclaraciones o plantear sugerencias que lleven al planteamiento de cuestiones complementarias, circunstancia que entendemos admisible siempre que así lo estime conveniente el sujeto pasivo, pero nunca como medio para solventar la deficiente actuación de la Administración a la hora de resolver las consultas.

Sin perjuicio del derecho a solicitar aclaraciones, coincidimos plenamente con RAMALLO MASSANET<sup>790</sup> que, en aquellos casos en los que en la consulta se manifiesten criterios, la falta de respuesta en plazo de la Administración debería interpretarse como una aceptación tácita de los mismos. De otro modo, el derecho a la información, ejercido a través de la consulta, sería un derecho sin garantía contraviniendo a todas luces el principio constitucional de seguridad jurídica. Por ello, estimamos que el art. 88.6 LGT en cuanto niega expresamente esta posibilidad vulnera el referido principio constitucional.

No obstante, donde la referida conclusión de aceptación tácita de los criterios expresados por el consultante no encuentra ninguna norma que se oponga a la misma es en los supuestos en que se produce una efectiva respuesta de la Administración, pero en la misma no responde de modo efectivo a todas o a alguna de las cuestiones planteadas, bien porque no se hace referencia alguna, bien porque de modo expreso se manifiesta la no respuesta.

En estos supuestos, resultando plenamente aplicables las reflexiones en torno a las consecuencias y a la seguridad jurídica antes realizadas, la falta de una norma que se oponga a las mismas hace, a nuestro entender, que sean plenamente eficaces. Conviene

---

<sup>788</sup> ADAME MARTINEZ, F. D. (2001). "Régimen Jurídico de las consultas tributarias en derecho español y comprado", en *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 21, págs. 1-44, págs. 23 y 24 señala que los requisitos para que una consulta se entienda correctamente formulada y se produzca el efecto exoneratorio de la responsabilidad son tres: (i) Que el consultante cumpla con sus obligaciones tributarias de acuerdo con la contestación del órgano competente (ii) Que la consulta se formule dentro del plazo establecido y (iii) Que exista identidad entre el hecho producido y el supuesto de hecho tomado en consideración por la Administración en el momento de emitir su contestación.

<sup>789</sup> MORILLO MÉNDEZ, A. (1995). "La consulta tributaria vinculante", *op.cit.* pág. 179.

<sup>790</sup> RAMALLO MASSANET, J. (1999). en ORÓN MORATAL, G. JUAN LOZANO, A.M. (Dir), *Estatuto del contribuyente. Ley 1/1998 de Derecho y Garantías del contribuyente*, Francis Lefebvre, Madrid, pág. 66.

recordar que el art. 86.6 LGT únicamente se refiere a los supuestos en los que no se ha producido la respuesta. La Resolución del TEAC de 6 de marzo de 1984<sup>791</sup> manifiesta una línea similar al considerar que, ante la falta de respuesta de la Administración ante una consulta formulada, fue por parte del contribuyente razonable interpretar que nada debía tributar.

FENELLÓS PUIGSERVER se plantea la no exigencia de responsabilidad al sujeto pasivo ante la falta de respuesta de la Administración, pero partiendo únicamente, de uno de los dos supuestos que se pueden producir cuál es que la consulta se produzca una vez realizado el hecho imponible y antes de liquidar el tributo. Pero, además, en muchas ocasiones la consulta se produce antes de realizado el hecho imponible por cuanto la respuesta de la Administración respecto de la carga tributaria que un negocio jurídico lleva aparejada es la que en muchas ocasiones se utiliza para decidir respecto de su realización o no<sup>792</sup>.

Por tanto, ¿qué debe hacer un sujeto pasivo que, ante la posibilidad de realizar un negocio jurídico determinado, consulta a la Administración sobre las consecuencias tributarias del mismo y ésta no responde, bien sin emitir formalmente su respuesta o bien emitiendo una respuesta que omite la contestación pertinente? Como bien señala la STS de 20 de marzo de 1985 en referencia a una respuesta a consulta realizada “... en términos de una generalidad tal que se limitaba a transcribir lo que el Reglamento del Impuesto decía, con lo que es obvio que, para ello, basta el reglamento y es innecesaria la consulta...”, es necesario realizar, de modo efectivo, una interpretación de la norma aplicable aclarando las consecuencias fiscales de una determinada actuación. En la misma línea la STS de 13 de diciembre de 1990 señala que “... la labor de aplicación e interpretación de normas exige unos razonamientos, por lo que cuando las consultas se contestan negando simplemente una exención, pero sin razonar porque se aplica un precepto que declara sujeta y no exenta una actividad, y no otro, en el que dicha actividad pueda subsumirse para declararla exenta, nos hallamos ante una opinión expuesta por escrito, pero no ante una interpretación razonada de un texto, legal o reglamentario”.

---

<sup>791</sup> *Ibidem* pág. 66.

<sup>792</sup> La sentencia de la AN de 20 de diciembre de 1994 califica a las primeras de consultas de presente y a las segundas de consultas de futuro.

Nos encontramos en este caso ante un sujeto que, teniendo dudas sobre el tratamiento tributario de determinado negocio jurídico, realiza una consulta a la Administración, en ejercicio de su derecho de asistencia, expresando su criterio al respecto y la Administración no responde de manera efectiva. Podría entenderse que, de una manera tácita, la Administración ha aceptado los criterios expuestos por el sujeto pasivo, por lo que la Administración deberá en el futuro adecuar su conducta respecto a los mismos. En todo caso, lo que si debería estar fuera de toda duda es la imposibilidad de sancionar la conducta del contribuyente que no obtiene respuesta efectiva de la Administración.

En este sentido, no resulta claro si la respuesta de la Administración debe entenderse como un acto administrativo o no. MORILLO MÉNDEZ<sup>793</sup> se inclina por la respuesta afirmativa, entendiendo que se trata de un acto no resolutorio, declarativo, singular y de administración consultiva al que la Administración gestora debe someterse en su actuar. Sin embargo, resulta poco convincente el hecho de tener que declararlo como acto de puro trámite para justificar la imposibilidad de recurrirlo. RAMALLO MASSANET<sup>794</sup>, sin embargo, estima que no se trata de un acto administrativo dado que no es constitutivo y lo califica de acto administrativo interno dado que sólo alcanza a otro órgano de la Administración. El TS se ha manifestado algo errático en su postura; en sus sentencias de 6 de marzo de 1985 y 29 de octubre de 1982 ha manifestado que las respuestas a consultas no son verdaderos actos administrativos, sino que se encuentran supeditadas a resoluciones posteriores. Sin embargo, en la STS de 8 de junio de 1992 sí que considera que una consulta, dado su carácter de vinculante, sí es un auténtico acto administrativo.

Dado que el régimen fiscal especial afecta a varios tributos que pueden pertenecer a Administraciones diferentes, se plantea la cuestión de quien es el competente para resolver las consultas formuladas sobre la aplicación de un régimen fiscal que debe aplicarse a todos los tributos o a ninguno. Es decir, de forma más clara que ocurriría si existieran dos órganos competentes para resolver, cada uno dentro de la competencia de su tributo, y, frente a una misma situación, resolvieran de manera diferente.

La LGT 1963 atribuía en su art. 107.6 la competencia para contestar a las consultas “a los centros directivos del Ministerio de Economía y Hacienda que tengan atribuida la iniciativa del procedimiento para la elaboración de disposiciones en el orden tributario

---

<sup>793</sup> MORILLO MÉNDEZ, A. (1995). “La consulta tributaria vinculante”, *op.cit.* pág. 180.

<sup>794</sup> RAMALLO MASSANET, J. (1999). *cit.* pág. 64.



*general o en de los distintos tributos, su respuesta o interpretación*". Por su parte, el art. 10 del RD 404/1997 estableció que la competencia exclusiva para contestar a las consultas vinculantes era de la DGT. La nueva LGT, en su art. 88.5 otorga la competencia *"a los órganos de la Administración tributaria que tengan atribuida la iniciativa para la elaboración de disposiciones en el orden tributario, su propuesta o interpretación"*.

La D.A. Tercera del RD 404/1997 establece que las Comunidades Autónomas podrán aplicar el procedimiento previsto en el propio Real Decreto para la resolución, por sus propios órganos, de las consultas que en el ámbito de sus tributos propios deban resolver con efecto vinculante de acuerdo con lo previsto en el artículo 107 de la Ley General Tributaria pero, sin embargo, en el ámbito de los tributos del Estado cedidos a las Comunidades Autónomas la respuesta será de competencia exclusiva de la DGT, excepto que las consultas se refieran a la aplicación de las disposiciones dictadas por las Comunidades Autónomas en ejercicio de su competencia, en cuyo caso quien tenga atribuidas en cada Comunidad (de acuerdo con su propia Ley de Hacienda) las competencias referidas de iniciativa en la elaboración de disposiciones, respuesta o interpretación, deberá responder a las consultas.

Respecto de las Entidades locales, igualmente, podrán aplicar el procedimiento previsto para la resolución, por sus propios órganos, de las consultas que deban resolver. El órgano competente será el Presidente de la Corporación o aquel en quien éste delegue de la Entidad que ejerza las funciones de gestión, liquidación, inspección y recaudación de los tributos locales.

En el supuesto objeto de estudio, ya hemos indicado cuales son los impuestos afectados. Pues bien, teniendo en cuenta que el ITPAJD se trata, de acuerdo con el art. 17 de la Ley 21/2001 de un tributo cedido, la competencia para la contestación a todas las consultas que puedan derivarse de la aplicación del Régimen fiscal especial corresponderá a la DGT excepto por lo que se refiere al IIVTNU, tributo de competencia de las entidades locales.

La cuestión que se plantea, como decíamos, es qué ocurre si consultadas las entidades competentes de una y otra Administración respecto de temas comunes como por ejemplo la aplicación a una operación del régimen fiscal especial, dadas las

características técnicas del mismo o la aplicación a la operación del art. 89.2 LIS, las respuestas son diferentes<sup>795</sup>.

Otro de los aspectos relevantes en relación con las consultas tributarias y el régimen fiscal especial es determinar quiénes pueden presentar las consultas tributarias. De nuevo se produce una cierta descoordinación entre la normativa específica del IS y la LGT. El art. 96.2 TRLIS 2004 se refería a que “*los interesados podrán formular consultas*” en los términos de los arts. 88 y 89 de la LGT, mientras que el art. 88 de la LGT señala que “*los obligados tributarios podrán formular a la Administración tributaria consultas*”.

En lo que al presente trabajo se refiere, en las aportaciones no dinerarias intervienen básicamente dos entidades: la entidad transmitente (que también puede ser una persona física) y la entidad adquirente. De las dos, únicamente es contribuyente (en esta operación) respecto del IS la entidad transmitente, por lo que, en principio, sólo ésta podría formular consulta de acuerdo con lo previsto en el art. 88 de la LGT. Sin embargo, al mismo tiempo, el art. 89.2 del TRLIS 2004 se refería a “los interesados”, resultando claro que la entidad adquirente es un interesado en la operación. Por otro lado, si bien la entidad adquirente no es contribuyente por el IS, si lo puede ser por otro tributo, como el ITPAJD, en caso de que la operación se instrumente a través de un aumento de capital.

Cabe añadir que, como veremos, con posterioridad, en estos supuestos, la facultad de acoger la operación al régimen fiscal especial la tendría la entidad adquirente que es quien, como mínimo, más problemas parece tener a la hora de poder formular consultas. En definitiva, entendemos que dada la redacción amplia del antiguo art. 96.2 al referirse a los interesados, todos los intervinientes en la operación podían formular consulta tributaria. En la actualidad, esa facultad tan amplia estaría puesta en entredicho resultando dudoso la facultad de formular consulta tributaria por parte de la entidad adquirente. No es descartable la existencia de ulteriores problemas en función de quien haya formulado la consulta y de la opinión posterior de la Administración.

---

<sup>795</sup> ADAME MARTINEZ, F. D. (2001). “Régimen Jurídico de las consultas tributarias”, *op.cit.* págs. 15 y ss.

## **1.6. Infracciones y sanciones**

Dada la poca concreción de los términos utilizados para definir los supuestos de no aplicación de este régimen, inmediatamente surge la cuestión de la posible imposición de sanciones a dichas conductas.

Si consideráramos que el concepto que trata de establecer es el del antiguo fraude de ley del art. 24 de la LGT 1963 o el actual conflicto en la aplicación de la norma tributaria previsto en el art. 15 de la nueva LGT la conducta no será sancionable en la medida que ambos artículos excluyen la posibilidad de sancionar a estos supuestos. No obstante, ya hemos indicado que, en nuestra opinión se trata de figuras distintas.

La LGT 1963 establecía que serán infracciones tributarias (objeto de sanción) las acciones y omisiones tipificadas y sancionadas en las leyes y añadía que las infracciones tributarias son sancionables incluso a título de simple negligencia<sup>796</sup>. La LGT señala que son infracciones tributarias las acciones u omisiones dolosas o culposas con cualquier grado de negligencia que estén tipificadas y sancionadas como tales en cualquier ley<sup>797</sup>.

Entendemos que la posibilidad de demostrar que la intencionalidad de la reestructuración era el fraude o evasión fiscal es sumamente difícil, pero una vez demostrado, parece razonable entender que se trata de conductas por parte del sujeto pasivo digna de sanción. Sin embargo, la LIS 43/1995, tal y como hemos mencionado, al recoger literalmente el artículo de la Ley 29/1991 referido a este tema, omitió la referencia a las sanciones e intereses de demora y dicha ausencia ha permanecido hasta la redacción vigente en la actualidad.

Esta omisión podría interpretarse de dos formas totalmente diferentes. La primera entendería que en la medida que la redacción original sí incluía la mención a la sanción y la segunda no, significa que a partir de la LIS 43/1995 esta conducta no sería sancionable<sup>798</sup>. La segunda argumentaría que al ser un supuesto obvio de imposición de

---

<sup>796</sup> Art. 77 de la antigua LGT

<sup>797</sup> Art. 183 de la nueva LGT.

<sup>798</sup> Esta es la postura que defiende NAVARRO EGEA, M. (1997). *Fiscalidad de la reestructuración empresarial op.cit.*, pág. 244, partiendo de una premisa incorrecta en nuestra opinión. Considera que el concepto de fraude se asemeja al de fraude de ley regulado en la Ley General Tributaria y, en consecuencia, al no ser sancionable esa conducta es lógico que se haya eliminado de la redacción del artículo 110.

sanción resultaba ociosa dicha mención y su eliminación obedece a una mejora de técnica jurídica<sup>799</sup>.

En favor de la segunda interpretación cabría decir que también se elimina la mención a los intereses de demora y sin embargo nadie duda que éstos deberían ser abonados en su caso. En favor de la primera cabe argumentar que sería absurdo abrir una polémica sobre la posibilidad de sancionar estas conductas, que anteriormente resultaba clara por la propia mención legal, si no fuera porque, efectivamente, el legislador desea eliminarlas.

SÁNCHEZ OLIVÁN<sup>800</sup>, señala, de forma poco clara que, si bien la redacción de la LIS 43/1995 se suavizó en relación con la de la Ley 29/91, no existe garantía alguna puesto que los intereses acompañan siempre la dilación en el pago y las sanciones serán aplicables cuando se hayan demostrado las maniobras fraudulentas.

Por otra parte, y aunque ya hemos manifestado reiteradamente que se trata de figuras distintas, haciendo una comparación con la antigua figura de fraude de ley (o con el actual conflicto en la aplicación de la norma), desde el punto de vista del obligado tributario, se aprecia, como ya hemos referido previamente, un cierto paralelismo en su conducta (violación de la norma pero no de forma flagrante, sino indirectamente, a partir de la valoración de su intención real) que podría justificar un tratamiento similar respecto de la sanción.

En nuestra opinión, pese a que estimamos que debieran ser conductas sancionables, la evolución legislativa a partir de la Ley 29/1991 permite defender la no sanción en cuanto a la aplicación del régimen fiscal especial, pero, por supuesto, esta defensa en ningún caso alcanza a la propia conducta, en su caso, que representa el fraude o la evasión.

Respecto de la imposición de sanciones, el TS<sup>801</sup> ha mantenido (con alguna excepción) el criterio de que, una vez suprimida en la LIS la referencia a las sanciones, la conexión entre la cláusula antiabuso y el concepto de fraude de Ley de la LGT 1963 que, en ningún caso, debía ser objeto de sanción. Navarro considera que, con la LGT, esta construcción interpretativa se mantiene remitiéndose al art. 206 bis LGT en relación con el art. 179.2

---

<sup>799</sup> Así lo entiende ANTÓN BASANTA, A. (1998). "Régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos", cit. pág. 1981.

<sup>800</sup> SÁNCHEZ OLIVÁN, J. (1998). *La fusión y la escisión de sociedades*, op.cit. pág. 475.

<sup>801</sup> Sentencias de 3 de julio de 2021 (rec. 3703/2009), 23 de febrero de 2016 (rec. 887/2014) y 16 de enero de 2014 (rec. 390/2011).

d) LGT<sup>802</sup>. Por otra parte, LUCAS DURÁN<sup>803</sup> considera que el art. 206 bis LGT no aporta nada y hubiera sido igual remitirse al régimen común de sanciones de la LGT (arts. 91 a 195) eliminando la imposibilidad de sancionar la elusión fiscal del art. 25.3 de la LGT sin más matices.

No debemos olvidar que la pérdida del régimen tiene efectos también en el resto de impuestos a los que resultan de aplicación los beneficios fiscales del régimen fiscal especial con la consiguiente regularización de cuota, aplicación de intereses de demora y, de acuerdo con lo dicho con anterioridad, sin imposición de sanciones<sup>804</sup>.

En cambio, el TS en su STS 463/2021, 31 de marzo de 2021, pese a que no se pronuncia en el sentido de declarar formalmente jurisprudencia por la falta de necesidad del recurso que tramitaba, sí se ha manifestado de forma positiva respecto de carácter infractor de la conducta que ha determinado la aplicación de la cláusula antiabuso respetando las exigencias que con carácter general aplica el Derecho Tributario en estos supuestos. Razona el TS que *“...no basta con afirmar, simplemente, que no hay motivo económico válido, para basar en ese solo hecho no solo la tipicidad, sino la culpabilidad como sustento inexorable de la sanción, pues las situaciones que se pueden presentar en la realidad son muy variadas y distintas entre sí. Esto es, se exige un razonamiento motivado, en la resolución sancionadora, sobre la culpabilidad, en los términos exigidos constantemente por la jurisprudencia”*.

El TEAC ha mantenido reiteradamente que es merecedora de sanción la conducta consistente en acogerse al régimen especial de fusiones con la exclusiva finalidad de compensar en sede de la sociedad absorbente las bases imponibles negativas generadas

---

<sup>802</sup> El art. 206 bis LGT ha establecido expresamente que los supuestos de conflicto en la aplicación de la norma tributaria en casos en los que la ya hubiera criterio administrativo al respecto son constitutivos de infracción tributaria. El art. 179.2.d) LGT señala que las acciones u omisiones tipificada en la Leyes no darán lugar a responsabilidad cuando se haya puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones tributarias.

<sup>803</sup> LUCAS DURÁN, M. (2016). “Sanciones administrativas para algunas conductas de elusión tributaria: el nuevo artículo 206 bis de la LGT y posibles alternativas del mismo”, en *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm. 397, págs. 5-58.

<sup>804</sup> Señala a estos efectos SÁNCHEZ OLIVÁN, J. (1998). *La fusión y la escisión de sociedades*, cit., que la experiencia durante la vigencia de la Ley 29/1991 ha sido sumamente positiva considerando las gravísimas consecuencias derivadas de la no aplicación del régimen especial por el consiguiente sometimiento a tributación de las plusvalías derivadas de la operación.

por la sociedad absorbida, estando ésta inactiva<sup>805</sup>. Considera el TEAC que el elemento de la culpabilidad y su requisito básico, que es la imputabilidad, entendida como la capacidad de actuar culpablemente, son exigencias de nuestro ordenamiento jurídico-fiscal, empezando por nuestros principios constitucionales<sup>806</sup>.

GARCÍA BERRO<sup>807</sup> sistematiza la doctrina del TS de la siguiente manera: *“si el único fin económico capaz de explicar racionalmente la operación fuera, prima facie, el logro de una ventaja fiscal, podrá afirmarse que su objetivo principal es el fraude o la evasión (entendido este concepto en el sentido amplio de la directiva), salvo que se acredite por los interesados la presencia de una razón económica de rango suficiente para alzarse como móvil predominante sobre el objetivo estrictamente fiscal”*

A partir de los referidos criterios del TS, podríamos hacer una serie de reflexiones:

- 1.- Según nuestra jurisprudencia, no haría falta acudir a un procedimiento especial interno antiabuso cuando la normativa de la Unión Europea ya contiene una cláusula específica antiabuso que evita la aplicación del régimen fiscal especial en casos de fraude o evasión fiscal.
- 2.- La ausencia de motivos económicos válidos no determina la existencia de fraude o evasión fiscal y, por tanto, la inaplicación del RFE, sino que únicamente puede interpretarse como una presunción contra la que cabe prueba en contrario.
- 3.- El concepto de motivos económicos válidos debe ser entendido en sentido amplio (nunca restrictivo) como aquellos motivos que mejoran, en general, la operativa empresarial y, por tanto, el motivo último de cualquier empresa cual es la obtención del mejor resultado económico posible. Además, hay que entender que esos objetivos pueden ser tanto a corto como a largo plazo. En estos casos, debe ser el sujeto pasivo quien, cuanto menos indiciariamente, acredite la existencia de estos motivos.
- 4.- No todo negocio jurídico celebrado en ausencia de motivos económicos válidos, sería fraudulento en el sentido del art. 15 LGT, lo que no impediría la exclusión del

---

<sup>805</sup> Criterio mantenido en, entre otras, las resoluciones de 13 de mayo de 2009 (R.G. 3287/08) y 28 de mayo de 2009 (R.G. 3265/08), referidas al art. 110.2 de la Ley 43/1995, antecedente del art. 96.2 del TRLIS. Así en la última resolución mencionada, el TEAC señala que:

<sup>806</sup> Resoluciones de 21 de octubre de 1987, entre otras.

<sup>807</sup> GARCÍA BERRO, F. (2015). “La cláusula antiabuso en el régimen de neutralidad y pautas para su aplicación tras la intervención del Tribunal Supremo”, en *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm. 393, págs. 5-28

régimen especial de las operaciones empresariales, pues para ello quedan habilitados los Estados miembros. En todo caso, la ventaja fiscal obtenida debe ser demostrada por la Administración.

- 5.- La palabra fraude es polisémica y tiene acepciones distintas en el ámbito de la directiva y el TRLIS -como sinónimo de evasión, incluso elusión fiscal-, esto es, la obtención de una ventaja indebida, mediante actos carentes, en general, de sustancia económica. Probablemente el legislador uso el término en un sentido poco específico y más generalista como contravención de la legislación fiscal en general.
- 6.- En todo caso el concepto fraude del art. 89.2 es diferente del fraude de ley tradicional, que está, como norma antiabuso particular, tanto en el régimen del artículo 24 de la antigua LGT 1963 como en el 15 de la LGT. Hay que decir, no obstante, que se aprecia un cierto elemento común como es el cumplimiento aparente de la norma, pero con un fin diferente del pretendido por el legislador.

NAVARRO EGEA<sup>808</sup> previamente a la referida STS 463/2021 ya consideraba dudosa el carácter infractor de estas conductas teniendo en cuenta, sobre todo, la postura del TEAC al respecto.

### **1.7. Procedimiento para la aplicación de la cláusula antiabuso**

Debe reseñarse, en primer lugar, que la pérdida del régimen tributario debe producirse necesariamente como consecuencia de una comprobación administrativa. Debe ser la Administración Tributaria la que probara que efectivamente las operaciones realizadas acogidas al régimen especial se realizaron con fines, básicamente, de fraude o evasión fiscal<sup>809</sup>.

Sin embargo, señala CERDÁ ALBERO<sup>810</sup> la falta de concreción respecto del mecanismo de supresión del régimen fiscal previsto en caso de que se estimara como finalidad principal el fraude o la evasión fiscal, proponiendo la aplicación del expediente de fraude de ley o bien aplicando la presunción establecida por la Directiva 90/434/CEE. No

---

<sup>808</sup> NAVARRO EGEA, M. (2016). *La neutralidad fiscal de las aportaciones de rama de actividad*, Aranzadi, Cizur Menor, pág. 146.

<sup>809</sup> Así lo manifiesta RUIZ ZAPATERO, G. G. (1992). "Régimen fiscal de las operaciones internas y transnacionales", op.cit., pág. 381.

<sup>810</sup> CERDÁ ALBERO, F. (1993). *Escisión de la sociedad anónima*, cit. pág. 433.

estimamos esta necesidad de concreción respecto del mecanismo, por cuanto entendemos que será aplicable el mecanismo ordinario respecto de las infracciones tributarias (con la dificultad ya expuesta de determinar la existencia de fraude o evasión como finalidad principal determinante de la operación<sup>811</sup>). En cuanto a la aplicación del expediente previsto para los supuestos de fraude de ley, expuesto que, a nuestro juicio, la figura prevista en el art. 89 no es la figura del fraude de ley establecido en la LGT 1963 (actual conflicto en la aplicación de la norma), no encontramos razón alguna para aplicar dicho procedimiento especial.

En todo caso, conviene reseñar que este procedimiento especial estuvo regulado originariamente por el Real Decreto 1919/1979 que, sin embargo, fue suprimido por la disposición derogatoria del RD 803/1993, por lo que desde esa fecha y hasta la entrada en vigor de la nueva LGT no ha existido regulación específica respecto de este procedimiento especial cuya existencia, sin embargo, fue ratificada en la modificación que del art. 24 de la LGT 1963 realizó la Ley 25/1995 manteniendo la referencia al expediente especial en fraude de ley. Ante esta falta de regulación, cabían dos interpretaciones: (i) no se podían tramitar expedientes de fraude de ley y (ii) la regulación específica no es necesaria de manera que siempre que se sujete a lo preceptuado en la norma (es decir, expediente especial y con audiencia del interesado) era posible instruir expedientes de este tipo<sup>812</sup>.

Pese a la necesaria reprobación por la falta de desarrollo reglamentario de ese expediente especial, entendemos que era perfectamente posible incoar expedientes de fraude de ley por parte de los órganos de inspección, cumpliendo los requisitos establecidos, es decir, con tramitación separada de la propia inspección y con audiencia y participación del interesado como medio de garantizar sus derechos. Respecto de la forma de tramitación y plazos deberíamos acudir a la LPA como procedimiento iniciado de oficio<sup>813</sup>.

---

<sup>811</sup> Dificultad común, por otra parte, a otros supuestos de calificación como el de negocio simulado de la antigua LGT que no requería expediente especial o la actual simulación del art. 16 LGT.

<sup>812</sup> En este sentido, la resolución del TEAR de Valencia de 31 de octubre de 1996 contiene una justificación muy coherente sobre la manera de instruir los expedientes.

<sup>813</sup> Sin embargo, señala WERT ORTEGA, M. (2002). "El fraude de ley tributaria", *op.cit.* pág. 175 y 176, que en la práctica ha sido un procedimiento muy poco utilizado por la Administración, aduciéndose, como razones justificativas, el rigor en los requisitos de la norma que lo regulaba. Sin embargo, WERT entiende que la razón hay que buscarla en que hasta la reforma de la antigua LGT de 1995, la Administración disponía de otros mecanismos de lucha contra los comportamientos elusivos de los contribuyentes. En concreto, el art. 25.3 de la antigua LGT que permitió a la Administración realizar una interpretación



La LGT, para los procedimientos de conflicto en la aplicación de la norma, no exige un procedimiento especial, sino que exige tener en cuenta de manera vinculante el Informe de una Comisión consultiva al efecto. Esta Comisión está regulada en el art. 159 de la nueva LGT y exigía un desarrollo reglamentario que se produjo mediante el RD 1065/2007 que aprobó el Reglamento de Inspección<sup>814</sup>.

Señala NAVARRO EGEA<sup>815</sup>, la poca claridad del artículo respecto de la posibilidad de que la comprobación se realice en fase de gestión o de inspección, aunque la teórica ausencia de intervención administrativa parece descartar la primera opción. No es, en nuestra opinión, un tema controvertido. El Capítulo III de la anterior Ley General Tributaria, relativo al procedimiento tributario, distinguía con claridad en su Sección Primera el procedimiento de gestión y se centra en el Capítulo Segundo en el procedimiento de inspección bajo el título "*Comprobación e investigación*". La LGT establece en su art. 117 (Capítulo III del Título III) las funciones correspondientes a la gestión tributaria y en el art. 141 (Capítulo IV del Título IV) las funciones asignadas al procedimiento de inspección tributaria. Parece claro que es en esta última fase del procedimiento en la que la Administración debe probar la existencia de fraude o evasión fiscal como finalidad principal de la operación y, en consecuencia, la pérdida del derecho al régimen fiscal establecido.

### **1.8. Aplicación a diferentes operaciones**

Con la redacción vigente hasta el 2002 de la LIS 43/1995, se planteaba un aspecto importante respecto de la finalidad principal de fraude o evasión fiscal como era a qué operaciones resultaba de aplicación esta limitación respecto del régimen fiscal. La cuestión surgía por el hecho de que, con la anterior redacción, el artículo 110 se refería exclusivamente a las operaciones contempladas en el artículo 97 de la LIS 43/1995. Estas operaciones eran la fusión, la escisión, el canje de valores y la aportación no dineraria de rama de actividad. Sin embargo, existían otras operaciones a las que también resultaba de aplicación el régimen fiscal protegido y que no estaban contempladas en

---

economicista del hecho imponible, calificándolo de acuerdo a su sustrato económico y no a su forma jurídica, lo que permitió aplicar directamente unas normas a unos actos jurídicos por el simple hecho de que la Administración interpretara que, desde el punto de vista económico eran lo mismo.

<sup>814</sup> Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos.

<sup>815</sup> NAVARRO EGEA, M. (1997). *Fiscalidad de la reestructuración empresarial op.cit.*, pág. 239.

ese artículo. Nos estamos refiriendo al artículo 108 de la propia LIS 43/1995 que regulaba las aportaciones no dinerarias (sin exigir que fueran rama de actividad) y, quizás, a la extensión que realizaba del régimen de las aportaciones no dinerarias de rama de actividad realizadas por personas físicas y del régimen de las aportaciones no dinerarias especiales realizadas por empresarios personas físicas (en la actualidad reguladas en el art. 87 de la LIS).

Cabe separar a estos efectos los dos tipos de operaciones que se recogían en el artículo 108. Por un lado, la extensión a las personas físicas de los beneficios del régimen fiscal en determinadas operaciones no privaba de contenido a la propia operación en sí. En efecto, la aportación no dineraria de rama de actividad realizada por persona física conceptualmente no variaba y seguía estando definida en el propio artículo 97. Respecto de las aportaciones no dinerarias especiales, cabe reseñar que se trataba de una figura distinta a las previstas en el artículo 97 (con ciertos puntos comunes) y que, además, no se contemplaba en la Directiva por lo que bien hubiera podido entenderse que no debiera incluirse a efectos de la limitación, aunque, técnicamente, tampoco parecía existir razón alguna para que esta operación gozara de un tratamiento más favorable que el resto. Por ello, entendemos que debía interpretarse<sup>816</sup> que cuando el artículo 108 se refería a la aplicación del régimen previsto incluía también al propio artículo 110.2 y sus limitaciones en caso de existencia de fraude o evasión fiscal.

La modificación en la redacción del art. 110 dada por la Ley 14/2000 eliminó esta duda al hacer una referencia genérica a las operaciones realizadas al amparo del régimen fiscal previsto en el Capítulo VIII del título VIII (hoy Capítulo VII del Título VII).

Las redacciones posteriores, incluido el actual art. 89 LIS, no ofrecen duda al respecto, al referirse de manera genérica a las operaciones a las que sea aplicable el régimen fiscal contenido en el propio capítulo VII.

La duda explicitada de si la aplicación de la cláusula antiabuso, necesariamente, debía aplicarse al conjunto de operaciones mercantiles que conformaban una determinada reestructuración o bien debía analizarse operación por operación, aunque una fuera concatenada con otra ofrece una primera reflexión al amparo de la habitual necesidad

---

<sup>816</sup> De la misma opinión es ANTÓN BASANTA, A. (1998). "Régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos", cit. pág. 1981.

del análisis individualizado de cada situación evitando criterios genéricos de aplicación, en muchas ocasiones, equivocada.

Por otra parte, como ya hemos explicado, la cláusula antiabuso incorpora una valoración subjetiva como en la finalidad con la que se realiza la operación (fraude o evasión fiscal). Dada la habitual intervención de más de una entidad en las operaciones, la finalidad de la misma no necesariamente debe coincidir y por tanto la aplicación de la cláusula puede resultar problemática.

Respecto de la posibilidad de dividir la operación en diferentes suboperaciones, la STS de 12 de julio de 2012, (RC 2308/2009)<sup>817</sup>, aplicando el principio de proporcionalidad, ha afirmado que cuando sea identificable la parte de la operación realizada con fraude o evasión fiscal, es decir, sin motivos económicos válidos podrá excluirse el régimen especial respecto de la misma y, por tanto, con carácter parcial.

Sin embargo, cuando en una misma operación las finalidades de los intervinientes pueden ser diferentes (por ejemplo, en una simple fusión de dos sociedades independientes) ni la LIS ni la Directiva ofrecen criterios para resolver si la operación debe ser beneficiada por el criterio más favorable, el menos favorable o, incluso, aplicarse un criterio a una parte de la operación y otro al resto.

Hay que decir que la DGT, en 2005, ya emitió un Informe al respecto<sup>818</sup> en el que extrae una primera conclusión (aunque no sea el objeto del Informe) en el sentido de que, en una interpretación coherente e integradora del, entonces vigente, art. 96.2 del TRLIS 2004 y de la propia Directiva, es posible negar la aplicación parcial del régimen y determinar la retirada parcial del mismo.

Ahora bien, el objeto del Informe era determinar la posibilidad de retirar parcialmente (no de aplicar parcialmente) el RFE en un supuesto, lógicamente, de aplicación por el contribuyente y revisión por parte de la Administración. La conclusión es que sí es posible la retirada parcial del RFE a la entidad en la que se aprecia la existencia de fraude o evasión fiscal en la parte correspondiente a la ventaja fiscal perseguida, es

---

<sup>817</sup>En idéntico sentido, SAN 262/2016, 26 de mayo.

<sup>818</sup> "Informe sobre la posibilidad de inaplicación parcial del régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores en operaciones de escisión-venta" de 6 de octubre de 2005 de la DGT, firmado por el Director General de Tributos, Jose Manuel de Bunes Ibarra.

decir, en este supuesto concreto, la correspondiente al patrimonio transmitido a terceros que responde a la verdadera finalidad de las operaciones realizadas.

Además de esta conclusión, en sí misma verdaderamente interesante, se extraen del redactado del Informe dos aspectos importantes adicionales: por un lado, que el efecto de la retirada en la aplicación del RFE se refiere a los efectos en la parte del patrimonio transmitido y no a la ventaja fiscal perseguida. Por otro lado, parece entender aplicable el RFE a aquellos supuestos en los que, pese a no existir motivos económicos aparentes en la operación, no se localiza ventaja fiscal alguna.

Pese a la importancia de este segundo punto en el sentido de que, ante la ausencia de ventaja fiscal, el RFE debería ser aplicable y a compartirla plenamente, cabe decir que el resto de la conclusión es un tanto sorprendente. Si no se realiza por razones de ventaja fiscal, es obvio que se realiza por alguna razón que, en una sociedad mercantil, necesariamente debe estar vinculado a la finalidad principal de su existencia que es la obtención de un resultado económico.

### **1.9. Medios de prueba**

El art. 105.1 LGT señala que *“quien haga valer su derecho deberá probar los hechos constitutivos del mismo”*. Por tanto, inicialmente aquel que base su derecho en unos hechos determinados deberá ser capaz de probarlos, al menos indiciariamente.

En el presente caso, tal y como hemos comentado, pese a la poca claridad del art. 89.2 LIS, partimos de una primera suposición y es que la operación debe efectuarse por motivos económicos válidos. Entendemos que la existencia de esos motivos y la relación directa y evidente entre su existencia y la realización de la operación, corresponde, de entrada, al sujeto pasivo.

Deberá, por tanto, el sujeto pasivo demostrar la existencia de unos motivos económicos válidos que justifiquen la operación de reestructuración. No obstante, el art. 89.2 exige que existan esos motivos y que, además, la operación se efectúe debido a ellos. Esta exigencia, como podemos apreciar, incorpora un elemento subjetivo de difícil de demostración (por ambas Partes), por lo que entendemos que la obligación de demostración se limita a justificar la existencia de esos motivos y que el “valor” de los mismos respecto de la magnitud de la operación se corresponda razonablemente.

A partir de aquí se invierte la carga de la prueba. Demostrado por el sujeto pasivo la existencia de los motivos económicos para la realización de la operación, deberá ser la Administración Tributaria la que pruebe (si lo considera oportuno) que, pese a la existencia de esos motivos, el verdadero objetivo de la operación era el fraude o la evasión fiscal (conseguir una ventaja fiscal) con las limitaciones ya expuestas.

No parece tarea fácil esta demostración en la medida que se tiene que acreditar un componente subjetivo, cual es la verdadera intención del sujeto pasivo. Ni siquiera el procedimiento administrativo (al contrario que el penal o el civil) está orientado al esclarecimiento de las voluntades sino más bien a la calificación jurídica de los hechos.

La simple existencia de una ventaja fiscal clara y relevante, por sí misma, no permite suponer que ese era el objetivo del sujeto pasivo al realizar la operación si coexisten con unos motivos económicos válidos suficientes y justificativos de la realización de esa operación.

Por tanto, el sujeto pasivo podrá utilizar cualquier medio de prueba (art. 106.1 LGT) admitido en Derecho para demostrar la existencia de motivos económicos que justifiquen la operación. Demostrada esta existencia deberá la Administración Tributaria desvirtuarlos y justificar que el verdadero motivo de la operación era obtener una ventaja fiscal.

A juicio de MÁRQUEZ<sup>819</sup>, el principio de presunción de inocencia<sup>820</sup>, previsto para los procedimientos sancionadores penales o administrativos debería aplicarse en el procedimiento derivado de la cláusula antiabuso por cuanto la base del mismo es un acto de voluntad del sujeto pasivo. Bajo este criterio corresponde a la Administración Tributaria la prueba plena que desvirtúe los efectos de la presunción de buena fe y de inocencia.

Para MÁRQUEZ<sup>821</sup>, el art. 110.2 LIS (ahora, art. 89.2) no establece formalmente una presunción, sino que le permite presumir (como medio de prueba) la existencia de fraude o evasión fiscal. La Administración tiene que hacer un examen global del conjunto de las operaciones en su elemento subjetivo (intenciones, causas, fines pretendidos,

---

<sup>819</sup> MÁRQUEZ Y MÁRQUEZ, A. (2004). "La planificación fiscal, los motivos económicos válidos y el deber de contribuir: Artículo 110.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades", en *Quincena fiscal*, núm. 10, págs. 37-47, pág. 8.

<sup>820</sup> Entendido en el sentido del Tribunal Constitucional en su sentencia 76/1990, de 26 de abril.

<sup>821</sup> MÁRQUEZ Y MÁRQUEZ, A. (2004). "La planificación fiscal, los motivos económicos válidos", cit. pag.10.

voluntad de las partes) y el elemento objetivo, es decir, de todas las circunstancias físicas, económicas y jurídicas del supuesto de hecho concreto. No basta con probar la ausencia de motivos económicos válidos y presumir lo demás porque, aunque la Directiva parece aceptarlo así, nuestro ordenamiento es más exigente respecto de la acreditación del fraude o la evasión fiscal. Por tanto, la Administración Tributaria debe probar tanto la ausencia de motivos económicos válidos como la presencia de irregularidades fiscales, sin que pueda trasladar la carga de ambas pruebas al contribuyente.

Insiste MÁRQUEZ<sup>822</sup> en que los motivos económicos válidos son una serie de conceptos indeterminados pero determinables según los casos reales comprobados. Considera que un motivo basado en una ventaja o ahorro fiscal (siempre que sea una consecuencia natural de la reestructuración), es perfectamente válido. Por tanto, distingue entre causa (motivo que impulsa las actividades) y efecto (objetivo final de las operaciones). La economía de opción es un motivo válido, aunque no de modo absoluto si el beneficio fiscal conseguido con la operación realizada se opone a la lógica del sistema jurídico general y, además, resulta injustificado.

Bajo este criterio cuando existe un motivo de reorganizar la estructura empresarial y como consecuencia se logran ventajas económicas o fiscales la operación puede acogerse al régimen fiscal especial con toda normalidad (el ahorro fiscal, en el orden económico, reduce el coste de las empresas como finalidad natural de los negocios). Lo que es irrelevante (en cualquiera de los dos sentidos) es que el mayor o menor importe del beneficio fiscal pueda tenerse en cuenta a la hora de calificar la operación como irregular.

Sobre el concepto material de fraude o evasión fiscal, MÁRQUEZ<sup>823</sup> considera que es irrelevante. Lo importante es que es una irregularidad fiscal (del tipo que sea). En este sentido, el art 110.2 no aporta nada nuevo sobre el fraude por cuanto ya existe la regulación general.

Para MÁRQUEZ<sup>824</sup> producida la irregularidad tributaria se deberá regularizar la situación tributaria, incorporando la pérdida del beneficio fiscal del régimen especial, con la carga sancionadora que ello comporta. No obstante, parece difícil probar (quizás por

---

<sup>822</sup> Ibídem pag.12.

<sup>823</sup> Ibídem pág. 13.

<sup>824</sup> Ibídem pág. 16.

inexistentes) la existencia de los elementos típicos de una infracción tributaria (acciones u omisiones típicas, antijurídicas, culpables, punibles), por lo que, si no se prueba su existencia, dichas conductas no podrían ser objeto de sanción.

Como señala ALGUACIL<sup>825</sup> a partir del análisis de numerosas resoluciones de la DGT a consultas formuladas, el concepto de motivo económico válido acaba teniendo un carácter polivalente. En algunas de las Consultas (y en el Informe de 5 de febrero de 2002) se le considera requisito para la aplicación del régimen, en otras, a pesar de la proclamación en las respuestas, se puede apreciar su uso como mero indicador de fraude.

La STS de 19 de noviembre de 2014, (RC 2305/2012, FFJJ 2 a 5), precisa que es exigible que se acredite de modo exhaustivo y escrupuloso que concurren razones que hacen conveniente y necesaria la operación. Por tanto, entiende el TS que la primera carga de la prueba recae sobre el obligado tributario que pretende aplicar el RFE<sup>826</sup>.

#### **1.10. Consecuencias de la aplicación de la cláusula antiabuso**

La cláusula antiabuso prevista tanto en la Directiva 90/434/CEE como en la Directiva 2009/133/CE, preveían, en los casos citados con anterioridad de objetivos defraudatorios, unas consecuencias muy claras: la no aplicación del régimen fiscal especial previsto en sus disposiciones, de manera total o parcial, a elección de cada Estado. Así se transpuso al derecho español tanto en la Ley 29/91, como en la LIS 43/1995 y el TRLIS 2004.

El resultado, por tanto, era la tributación de la operación según el régimen general del IS y, muy probablemente, un incremento de la tributación en los impuestos sobre la renta personal que se vieran afectados (IS, IRNR o IRPF). Ya hemos explicado la controversia derivada de si ese defecto de cuota, además debería incrementarse con la sanción correspondiente y, lo que parece quedar fuera de toda duda es la aplicación de los intereses de demora correspondientes.

Con la aprobación de la vigente LIS a partir de 2015, se introduce un segundo párrafo en el art. 89.2 que, sin duda, necesita de un análisis para su comprensión. Mientras el

---

<sup>825</sup> ALGUACIL MARÍ, M.P. (2006). "Las discrepancias entre socios como motivo económico válido en las escisiones, según la DGT", en *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 21, parte Presentación.

<sup>826</sup> En idéntico sentido, SAN 262/2016, 26 de mayo.

párrafo primero mantiene la redacción existente en los términos de no aplicación del régimen fiscal establecido cuando la finalidad de la operación sea el fraude o la evasión fiscal, el segundo párrafo dice: *“Las actuaciones de comprobación de la Administración tributaria que determinen la inaplicación total o parcial del régimen fiscal especial por aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior, eliminarán exclusivamente los efectos de la ventaja fiscal”*.

Es decir, supuesta la existencia de una finalidad de fraude o evasión fiscal en la operación, ¿cuáles son las consecuencias desde el punto de vista fiscal?

Por un lado, el párrafo primero del art. 89.2 deja claro que no se aplicará el régimen establecido y, por tanto, se aplica el régimen general. Incluso el segundo párrafo se refiere a las actuaciones que determinen la inaplicación del régimen fiscal especial. Hasta aquí parecen claras las consecuencias que, además, son las establecidas en las redacciones anteriores y coinciden con las previstas en ambas Directivas.

Sin embargo, en este segundo párrafo, cuya única finalidad es determinar las consecuencias de la existencia de una finalidad de fraude en la operación, tras hablar de la inaplicación del régimen, determina que las actuaciones de comprobación de la Administración tributaria, exclusivamente, eliminarán los efectos de la ventaja fiscal.

Por tanto, conforme a las redacciones anteriores, a las Directivas y al inicio del propio artículo, parecería claro que las consecuencias serían la aplicación a la operación del régimen fiscal general perdiendo las ventajas del régimen fiscal especial. No obstante, de modo específico, al final del segundo párrafo, se señala que la Administración tributaria, en sus actuaciones de comprobación, únicamente eliminará los efectos de la ventaja fiscal.

Frente a ello cabe decir, en primer lugar, que esta redacción no es conforme a lo preceptuado por la Directiva y, en segundo lugar, que se da por hecho que siempre que existe una finalidad fraudulenta es porque existe una ventaja fiscal que será objeto de eliminación.

En el concreto enfoque con el que la actual LIS se ocupa de las consecuencias de la aplicación de la cláusula antiabuso, la doctrina del TJUE es un elemento esencial. La Sentencia *Zwijenburg*<sup>827</sup>, ya citada, analiza los efectos sobre la fiscalidad de una

---

<sup>827</sup> STJUE de 20 de mayo de 2010.



operación en la que se entiende que la operación buscaba evitar el pago de un impuesto que grava las transmisiones de inmuebles.

La resolución del TEAC de 2 de julio de 2015 entiende que es procedente la sanción a la vista de la ausencia de motivos económicos válidos, valorando la culpabilidad del sujeto, pero, sorprendentemente, excluyendo la interpretación razonable de la norma como causa excluyente de la misma.

Por su parte, la SAN 262/2016, 26 de mayo de 2016 señala que *"... cuando se comprueba la existencia de una Práctica abusiva, las operaciones implicadas deben ser redefinidas para restablecer la situación a cómo habría sido de no haber existido operaciones constitutivas de esta práctica abusiva."*

La consulta vinculante V2887/2015, de 6 de octubre, ya en vigor la LIS 27/ establece con claridad estas consecuencias:

*Por tanto, puede ocurrir que, durante el procedimiento de comprobación de la operación realizada, la Administración determine que la ventaja fiscal (en este caso la posibilidad de compensar bases imponibles negativas cuya compensación estaba dificultada con carácter previo a la fusión) es preponderante en relación con el ahorro de costes, la simplificación de la estructura o cualquier otro motivo económico al margen del fiscal que pudiera derivarse de la operación.*

*Dándose dichas circunstancias, procedería aplicar el segundo párrafo del artículo 89.2 de la LIS. Este párrafo es novedoso respecto a la redacción que el artículo 96.2 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, en periodos impositivos iniciados con anterioridad a 1 de enero de 2015. Así mientras el artículo 96.2 del TRLIS establecía como consecuencia la no aplicación del régimen fiscal especial, el artículo 89.2 de la LIS circunscribe el resultado de la comprobación administrativa a la eliminación de las ventajas fiscales obtenidas.*

Señala RODRIGO<sup>828</sup> que, de conformidad con lo anterior, tras la realización de unas actuaciones de comprobación e investigación la AEAT *"... considerase insuficientes los motivos económicos válidos esgrimidos por la entidad consultante, siendo*

---

<sup>828</sup> RODRIGO CHAQUES, G. (2021). "El concepto de ventaja fiscal en el régimen de diferimiento tributario ante la ausencia de motivo económico válido, antes y después de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre.", en *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm. 463, págs. 83-104, pág. 102.

*preponderante la ventaja fiscal, la inaplicación del régimen fiscal especial se limitaría a eliminar los efectos de la ventaja fiscal, que en este caso concreto se entienden localizados en el aprovechamiento de las bases imponibles negativas que posee la entidad consultante, todo ello sin perjuicio del régimen sancionador que pudiera corresponder.”* Al margen de la confrontación motivos económicos válidos-ventaja fiscal ya comentada, se niega el aprovechamiento de las BIN, pero no se especifica que ocurre con ellas.

Según este autor, el proceso de revisión que se seguiría sería:

- a) determinar si existen o no motivos económicos válidos
- b) si no fueran identificables por el contribuyente, determinar si existe una ventaja fiscal y si la misma es preponderante
- c) identificar exacta y concretamente cuál es la ventaja fiscal y las consecuencias en caso de no haberla obtenido
- d) ceñir la regularización tributaria exclusivamente a las consecuencias «perniciosas» derivadas de la indebidamente obtenida ventaja fiscal
- e) no retirar en su integridad el régimen de neutralidad fiscal
- f) si la ventaja fiscal afecta a tributos no contemplados en la Directiva, acudir a mecanismos de derecho interno español para aplicar sus consecuencias (como los señalados a lo largo del artículo), pero
- g) El apartado f), de producirse, no afectará la aplicación del régimen de neutralidad fiscal y a la Directiva mencionada.

Nótese que, a título de ejemplo, en este caso la negación de la ventaja fiscal adquirida supondría no poder aplicar las BIN de la entidad absorbida (en un proceso de fusión) respecto de la parte de la BI generada por la entidad absorbente (una vez ya fusionadas) pero no desaparecerían las BIN y, de hecho, serían de aplicación contra la parte de la BI de la entidad absorbida. Resulta evidente la dificultad de aplicar en la práctica esta disposición.

### **1.11. Incidencia sobre el resto de impuestos**

En el Asunto C-352/08 el TJUE en la cuestión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden declaró que *“El artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre*

*sociedades de diferentes Estados miembros, debe interpretarse en el sentido de que las ventajas que establece no pueden denegarse al sujeto pasivo que proyecta, mediante un montaje jurídico que incluye una fusión de empresas, evitar el pago de un impuesto como el controvertido en el procedimiento principal, en concreto, el impuesto sobre transmisiones, dado que este impuesto no está incluido en el ámbito de aplicación de la citada Directiva".* Es decir, la cláusula antiabuso, en caso de ser apreciada, puede determinar la pérdida de las ventajas fiscales del RFE en los impuestos afectados (IS, IRPF e IRNR) pero no en aquellos no afectados por la Directiva, como era, en este caso, el ITPAJD.

La STJCE 20 de mayo de 2010 (Modehuis vs Zwijnenburg) ap. 50 aborda directamente esta cuestión y establece, por primera vez, algunos principios sobre este tema que se han mantenido invariables en las decisiones del propio TJCE y, en la medida que la interpretación que hace el TJCE resulta aplicable en la mayoría de Estados (incluido España) también en estos países<sup>829</sup>.

Por un lado, deja muy claro que el art. 11 de la entonces vigente Directiva 90/434/CEE (que contenía la cláusula antiabuso), en la medida que suponía una restricción de derechos debía interpretarse de forma restrictiva. Dado que la Directiva no contempla una completa armonización de tributos que pueden darse en las operaciones que contempla, sino que se limita a eliminar algunas desventajas fiscales en estas operaciones, las restricciones del art. 11 sólo pueden referirse a los impuestos que contempla la Directiva de manera expresa.

Por tanto, si el objetivo no deseado por la norma incorpora alguna ventaja fiscal pero que afecta a otro impuesto, no puede compensarse esa menor tributación de un impuesto no afectado por la Directiva, denegando las ventajas de la misma e incrementando la tributación en los impuestos que sí contempla (básicamente los impuestos que gravan las plusvalías en la transmisión que determina las operaciones protegidas).

---

<sup>829</sup> Recordemos que la primera sentencia en España que trató de la cláusula antiabuso se refería al IIVTNU (STSJ de la Rioja de 17 de mayo de 1997).

Como señala FALCÓN Y TELLA<sup>830</sup>, cuestión distinta será que el Estado miembro de que se trate pueda exigir el impuesto eludido si en su ordenamiento interno ha previsto mecanismo que impidan el desarrollo de estas estrategias fiscales.

Si bien, como dice LÓPEZ TELLO<sup>831</sup>, la sentencia, en su apartado 47, parece exigir que la cláusula solo afecte a los impuestos derivados de la operación. Si eso fuera así, en la medida que nunca la ventaja fiscal puede buscarse en los impuestos que se derivan de la operación puesto que, si esta no se hiciera, no se devengarían, resulta la cláusula difícilmente aplicable. Probablemente, la interpretación correcta se centraría en los efectos de los impuestos que contempla la Directiva en sentido genérico y no en los especialmente devengados con motivo de la operación.

Partiendo del hecho de que la Directiva se centra en la imposición de las plusvalías puestas de manifiesto en las operaciones que regula, GUEZURAGA<sup>832</sup> entiende que las consecuencias de la aplicación de la cláusula antiabuso no pueden alcanzar a otros impuestos (en este caso, el impuesto sobre transmisiones) pues queda fuera del ámbito de la Directiva. En la práctica, la interpretación de esta sentencia supone la imposibilidad de la Administración tributaria de combatir el fraude fiscal en la aplicación de la Directiva para aquellos impuestos que no forman parte del régimen fiscal protegido y, dentro de éstos, únicamente puede impedir el alcanzar la indebida ventaja fiscal perseguida pero no la aplicación del régimen.

En este sentido, la Agencia Tributaria<sup>833</sup> ha entendido que la cláusula antiabuso sólo puede utilizarse frente a los impuestos afectados por la propia Directiva (IS; IRPF e IRNR). En los casos en los que se vean afectados otros impuestos será necesario reconducirlas hacia alguna de las figuras previstas en la LGT para estos supuestos.

La pérdida del régimen y los efectos sobre en el resto de impuestos a los que resultan de aplicación los beneficios fiscales del régimen fiscal especial deberá suponer la consiguiente regularización de cuota, aplicación de intereses de demora y, de acuerdo

---

<sup>830</sup> FALCÓN Y TELLA, R. (2011). “El limitado alcance de la exigencia de un motivo económico distinto del ahorro fiscal: la necesidad de una cláusula antiabuso específica (STJ 20 mayo 2010, Zwijnenburg) y la posibilidad de aprovechar las ventajas derivadas de calificaciones «híbridas» en el IVA (STJ 22 diciembre, RBS)”, en Quincena fiscal, núm. 6, págs. 7-12, pág. 3.

<sup>831</sup> LÓPEZ TELLO, J. (2010). “La cláusula antiabuso del Régimen Fiscal de Fusione”, cit., pág. 54.

<sup>832</sup> GUEZURAGA UGALDE, A. (2004). “Motivo económico válido y D.G.T”, *op.cit.* pág. 3 y ss.

<sup>833</sup> Consulta vinculante V3940-15, de 9 de diciembre de 2015.

con lo dicho con anterioridad, con evidentes dudas, la posibilidad de no imponer sanciones.

## **2. Comunicación de la operación**

Tal y como hemos comentado, el presente régimen no necesitará de la autorización previa de ningún organismo oficial para su aplicación. No obstante, a efectos de su mejor control se estableció inicialmente la necesidad de comunicación al Ministerio de Economía y Hacienda de la intención de acoger al régimen fiscal protegido el resultado de las operaciones de la reestructuración.

Ni la Directiva 90/434/CEE ni la 2009/133/CE se refieren en ningún caso a la obligación de comunicar la decisión de optar por el régimen establecido en las mismas. Al contrario, parecen asumir la aplicación del régimen especial a las operaciones descritas de manera genérica y, únicamente en determinados supuestos (artículos 4 y 8 en la primera y artículos 4.4 y 4.5 en la segunda), y en base a la legislación interna de cada uno de los Estados, parece admitir la existencia de un tratamiento fiscal diferente que sería el que con carácter general resultara aplicable a las operaciones de las que se trata.

Sin embargo, el artículo 16.1 de la Ley 29/1991 estableció la obligación de comunicación al Ministerio de Economía y Hacienda de la realización de las operaciones, con carácter previo, como condición para la aplicación del régimen. El primer redactado de la LIS 43/1995 modificó sustancialmente la redacción de forma que el régimen resultaba aplicable cuando así lo decidiera el sujeto pasivo, subsistiendo, no obstante, la obligación de comunicación. La diferencia entre uno y otro redactado se consideró relevante en los supuestos de ausencia de comunicación al MEH, puesto que mientras en el primer caso se entendía que esta ausencia determinaba la inaplicación del régimen, en el segundo supuesto sólo suponía un incumplimiento formal que en ningún caso debía suponer la no aplicación de dicho régimen<sup>834</sup>, aspecto que será analizado con

---

<sup>834</sup> En este sentido se manifiesta SANTACRUZ, J.A. (1996). "Fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores", *op.cit.*, pág. 822, al entender que la falta de comunicación no debe anular la opción ejercitada por el sujeto pasivo y que, en todo caso, se tratará de una infracción simple de acuerdo con el art. 78 de la LGT. En este mismo sentido, SÁNCHEZ OLIVÁN, J. (1998). *La fusión y la escisión de sociedades*, *op.cit.* señala que con la nueva normativa lo importante es la decisión siendo la comunicación un aspecto puramente formal.

Sin embargo, la AEAT en resolución de 23 de julio de 1999 ha entendido que la comunicación fuera de plazo para la aplicación del régimen fiscal especial de reestructuraciones constituye una infracción simple

posterioridad. El cambio de redacción así parece ponerlo de manifiesto. Sin embargo, era necesario unir esta ausencia de comunicación como requisito esencial con alguna forma de manifestación de la voluntad por parte del sujeto pasivo, circunstancia no exigida por la redacción anterior a la LIS 43/1995 y que, si bien no había generado problemas de facto, era, claramente, una potencial fuente de problemas a la hora de acreditar la voluntad del sujeto pasivo de acoger o no determinadas operaciones al régimen fiscal.

La modificación operada en el art. 110.1 de la LIS por la Ley 14/2000 dándole un nuevo redactado (que se mantuvo en el art. 96.1 del TRLIS 2004), vino a solucionar en parte estos problemas al mantener la necesidad de opción por el régimen y su correspondiente comunicación, pero especificando quienes de los sujetos pasivos intervinientes eran los que debían optar por el régimen y donde debía documentarse dicha opción.

Finalmente, la Ley 27/2014 modificó conceptualmente y de forma sustancial las comunicaciones referidas a la aplicación del régimen fiscal. La actual LIS ha mantenido la obligación de comunicación de la operación estableciéndose que la deberá realizar siempre la entidad adquirente (excepto que sea no residente, en cuyo caso, deberá ser la entidad transmitente), indicando el tipo de operación que se realiza y, dando por hecho que, por defecto, se aplica el régimen fiscal especial, debiendo comunicar específicamente si se opta por su no aplicación.

Todas estas modificaciones no fueron casuales, sino impuestas por diferentes sentencias, fundamentalmente del TS y del TJUE, que entendieron que las diferentes redacciones de la legislación que amparaba el RFE no se correspondían exactamente con lo preceptuado por la Directiva.

La sentencia del TJUE de 9 de julio de 2009 inició el camino de las críticas a la transposición de la Directiva 90/434/CEE. Esta sentencia, se refería, en realidad, a la transposición de la Directiva 69/335/CE, del Consejo, de 17 de julio de 1969, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales. Esta Directiva 69/335/CE estableció la exención de los impuestos que gravaban “*el derecho de aportación*” en las operaciones de reestructuración. En la práctica, en la legislación

---

que no invalida la aplicación del régimen. No aclara, sin embargo, que ocurriría si no se llegara a producir la comunicación.

española se había instrumentado como una remisión a las operaciones previstas en la Ley 29/1991 (así lo hacía el art. 45.I.B.10 de la Ley de ITPAJD. La sentencia referida entendió que esta remisión a la Ley 29/1991 que exigía para su aplicación la necesidad de optar por su aplicación y así notificarlo constituía una limitación de derechos contrario a la Directiva.

Meses antes de la referida Sentencia, en vista de su previsible resultado, se aprobó la Ley 4/2008<sup>835</sup> que modificó el art. 19 de la Ley del ITP y AJD añadiendo un apartado segundo que estableció la no sujeción al impuesto de las operaciones de reestructuración. Por tanto, se sustituyó el sistema de remisión a la Ley 29/1991, para declarar exentas las operaciones de reestructuración por un sistema de no sujeción al impuesto.

Inmediatamente, apoyándose en la sentencia del TJUE de 9 de julio de 2009, el TS en su sentencia de 16 de junio de 2010 en un supuesto de falta de comunicación al MEH concluyó que era evidente que la obligatoriedad de la comunicación al MEH iba más allá de lo establecido en la Directiva 90/434/CEE y no podía ser establecido como condición para la aplicación del RFE.

La sentencia del TS de 13 de enero de 2011, en referencia a la LIS 43/1995, consideró igualmente que el requisito de la comunicación previa al MEH que exigía la Ley 29/1991 como condición para disfrutar del RFE era contrario a la Directiva 90/434/CEE. Posteriormente, el TS de nuevo entendió en sentencia de 14 de mayo de 2012 que la comunicación al MEH no podía ser obligatorio para la aplicación del RFE, pero incluyó un elemento relevante como era la necesidad de acreditación respecto de la aplicación o no del RFE a efectos de acreditar el cumplimiento de las obligaciones fiscales.

Precisamente, a los pocos meses, el TJUE en sentencia de 18 de octubre de 2012 reconoció a los Estados la posibilidad de establecer formalidades en la aplicación de la normativa, pero siempre dentro de una lógica que no menoscabara, de facto, la aplicación de los regímenes de que se trate.

---

<sup>835</sup> Ley 4/2008 de 23 de diciembre, por la que se suprime el gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio, se generaliza el sistema de devolución mensual en el Impuesto sobre el Valor Añadido, y se introducen otras modificaciones en la normativa tributaria

La AN en Sentencia de 15 de febrero de 2017 adoptó una postura flexible aceptando cualquier manifestación inequívoca en un sentido u otro para determinar la voluntad del contribuyente respecto de la aplicación del RFE.

El TS en la, en nuestra opinión, confusa STS 272/2021, 25 de Febrero de 2021, ha establecido que *“... cuando se haya comunicado a la Administración tributaria la opción por el régimen fiscal de diferimiento, la presentación de la autoliquidación por el Impuesto sobre Sociedades de la mercantil escindida no es una condición para su aplicación, pero su no presentación, posibilita la imposición de sanciones, conforme a los artículos 178, 179 y 184.2 de Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, particularmente la prevista en el artículo 191 de la misma Ley, cuando la Administración tributaria no aprecie motivos económicos válidos en la operación de reestructuración empresarial”*.

El único aspecto novedoso es que el incumplimiento de las obligaciones fiscales (formales y materiales) posteriores a los actos de acogimiento al RFE no impiden que, si se han cumplido los requisitos exigidos, el régimen se aplique. Sostenía la AEAT que la no presentación de la declaración del IS correspondiente, de facto, suponía no haber aplicado el régimen, sin que el TS comparta este criterio.

Realmente se trataba de un criterio difícilmente sostenible cuando, como era el caso, se habían cumplido el resto de requisitos. Ello no obsta, obviamente, para que las consecuencias de la falta de presentación de la declaración y, en su caso, la falta de ingreso de la deuda tributaria debida tenga las consecuencias que, con carácter general en el ámbito tributario, se apliquen a estos casos incluyendo, si se acreditará debidamente la culpabilidad, las sanciones correspondientes.

GARCÍA-OLÍAS<sup>836</sup> señala con acierto, defendiendo un criterio flexible al respecto, que existen múltiples formas de que la Agencia tributaria pueda tener conocimiento de estas operaciones y asegurarse la existencia de un tráfico seguro respecto de la fiscalidad de las mismas.

---

<sup>836</sup> GARCÍA-OLÍAS JIMÉNEZ, C. (2018). “La eliminación de la obligación de optar por la aplicación del régimen fiscal especial de reestructuraciones”, en *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. 49, págs. 47-54, pág. 52.



## 2.1. Momento de la comunicación

Pese a que, como hemos dicho, ninguna de las dos Directivas exigía ningún tipo de comunicación, parece razonable, en todo caso, establecer un mecanismo que permita a la Administración conocer si el sujeto pasivo ha optado por un régimen fiscal o por otro excluyendo la posibilidad de que el sujeto pasivo pudiera posponer su decisión e incluso modificarla en función de la evolución de las circunstancias posteriores. En este sentido, parecía necesario establecer un límite temporal para, en su caso, la toma del acuerdo y su comunicación a la Administración.

Respecto de este límite temporal, la redacción del art. 16.1 de la Ley 29/1991 indicaba que la comunicación de la realización de las operaciones al MEH debía realizarse *con carácter previo*. Lo que no se indicaba era con carácter previo a qué trámite o momento, dado que en el proceso de reestructuración se podrían identificar varios de ellos.

En primer lugar, se produciría la adopción del acuerdo correspondiente a cada operación por parte del órgano competente, con posterioridad, en los casos que fuera necesario, la elevación a público del mismo y, finalmente, la inscripción, en su caso, en los Registros Mercantiles y de la Propiedad correspondientes. Adicionalmente, cabría considerar la existencia de la primera declaración impositiva en la que debieran integrarse las rentas puestas de manifiesto en la operación correspondiente<sup>837</sup>.

Las consultas de la DGT sobre este punto manifestaban la necesidad de esta comunicación, aunque tampoco aclaraban con anterioridad a qué momento debían producirse<sup>838</sup>. Algunos autores entendieron que el plazo de comunicación<sup>839</sup> era la inscripción de la operación en la medida que era el momento en que las operaciones tenían efectos frente a terceros<sup>840</sup>. Otros en cambio, considerando que la trascendencia

---

<sup>837</sup> En este caso se plantearía la duda respecto de la posibilidad de realizar declaraciones complementarias modificando la decisión adoptada. Entendemos que no debería ser posible esta modificación.

<sup>838</sup> En la respuesta a consulta planteada de 14 de junio de 1993, la DGT entendió que la comunicación previa era requisito necesario para la aplicación del régimen. Aunque no especificaba el plazo de la comunicación, de su redactado podía desprenderse que era con carácter previo a la realización de la operación sin referirse tampoco a cuando ésta debía entenderse realizada.

<sup>839</sup> Considerando la redacción de la Ley 29/1991 el requisito de comunicación ya gozaba de una superior importancia en la medida que expresamente se indicaba que la comunicación era necesaria para gozar del régimen.

<sup>840</sup> LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J.A. (1992). "Régimen fiscal de las fusiones, escisiones, aportaciones no dinerarias", op.cit. pág. 67.

fiscal de la operación se inicia con el otorgamiento de la escritura, defendían que era antes de este momento cuando se debía realizar la comunicación<sup>841</sup>.

De la redacción literal del art. 16 de la Ley 29/1991 parecía desprenderse que la comunicación debía realizarse con carácter previo a la propia operación, con independencia de que tuviera o no efectos frente a terceros. La razón que parecía subyacer detrás de la voluntad del legislador de imponer como requisito para la aplicación del régimen la comunicación previa, era la de asegurarse de que precisamente la voluntad del sujeto pasivo de acogerse al régimen sería firme y no variaría en función de las circunstancias posteriores.

Es cierto que la inscripción en el Registro correspondiente es la que determina la eficacia frente a terceros de la operación y, considerando que la Hacienda Pública es un tercero respecto de la operación, supondría que la decisión y la comunicación se efectuaban con anterioridad a la propia operación por lo que no dejaba de tener sentido utilizar este momento como límite para la comunicación de la decisión adoptada.

Dado que, según la redacción literal del art. 16.1, lo que se debía comunicar era la realización de las operaciones, debemos entender que éstas debían estar ejecutadas, finalizadas, por lo que la comunicación debía producirse con posterioridad a la realización de las mismas (en la mayor parte de los casos, tras la elevación a público) y con anterioridad (con carácter previo) al siguiente trámite: la inscripción en el Registro Mercantil (cuando así fuera necesario). No obstante, si tenemos en cuenta que, en muchas de las operaciones mercantiles, la inscripción de la operación es constitutiva, únicamente tras la realización válida de la misma se podría concluir que la operación se ha realizado. Bajo este criterio debía entenderse que únicamente tras completar de forma válida la ejecución de la operación mercantil, debía esta ser comunicada.

Pese a que era una práctica habitual, no parece razonable comunicar a la Administración la voluntad de realizar determinada operación y de acogerla al régimen fiscal especial sin realizar ninguna comunicación adicional (posterior) acreditando la efectiva realización de la misma válidamente desde el punto de vista mercantil.

En efecto, hasta el momento en que la operación se inscribe en el Registro Mercantil cabe la posibilidad de que el órgano que deba adoptar el acuerdo decida no realizar la operación o bien no acogerla al régimen fiscal especial e, incluso, una vez adoptado

---

<sup>841</sup> RUIZ GÓNZALEZ, R. J. (1995). "Régimen fiscal de la escisión", op.cit pág. 88.

cabría la posibilidad de que no llegara a elevarse a público por un cambio de decisión en el órgano correspondiente o por defectos en la toma del acuerdo que impidieran dicha elevación. Es cierto que, una vez elevado a público, además, pudiera no procederse a la inscripción del mismo por inactividad del sujeto pasivo o por la existencia de defectos insubsanables o no subsanados.

No obstante, dado que con posterioridad a la inscripción no existe ningún trámite adicional, la exigencia de que tenga carácter previo obligaría, en nuestra opinión, como ya hemos manifestado, a no demorar la comunicación más allá de la inscripción en Registro Mercantil.

SÁNCHEZ OLIVÁN<sup>842</sup> defendía que la realización de la comunicación antes de cualquier formalización en escritura pública, sin duda, cumplía el requisito. Más allá de esta fecha entendía que podía ser más dudosa su admisión, aunque entendía que debía ser posible hasta la inscripción en el Registro Mercantil.

La LIS 43/1995 aclaró en buena medida (pero no en su totalidad) este tema estableciendo explícitamente que el momento de la comunicación tenía que ser con anterioridad a la inscripción de la escritura correspondiente.

La primera objeción que cabía hacer es que, asumiendo que cuando se menciona la inscripción se está refiriendo a la inscripción en el Registro, no se aclara respecto a qué Registro se está refiriendo. Ello es singularmente importante, por cuanto una misma escritura puede inscribirse en varios registros, por circunstancias de territorialidad o de objeto de inscripción. Así, una misma escritura de cualquier operación de reorganización prevista en el régimen fiscal especial de reestructuración puede ser objeto de inscripción en diferentes Registros Mercantiles<sup>843</sup> y, por supuesto, en diferentes Registros de la Propiedad<sup>844</sup>. Con posterioridad analizaremos el hecho de considerar el requisito de la comunicación en tiempo como material o como formal, siendo por tanto decisivo o no

---

<sup>842</sup> SÁNCHEZ OLIVÁN, J. (1993). *La fusión de sociedades, op.cit.* pág. 444.

<sup>843</sup> Piénsese, por ejemplo, en una escritura de fusión de dos entidades correspondientes a dos Registros Mercantiles diferentes o bien en una escisión en el que alguna de las beneficiarias corresponde a un Registro Mercantil diferente de la entidad escindida.

<sup>844</sup> Tanto SANTACRUZ, J.A. (1996). "Fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores", *cit.* pág. 822 y ss. como SÁNCHEZ OLIVÁN, J. (1993). *La fusión de sociedades, cit.*, pág. 471 y ss., parecen asumir que la referencia debe hacerse al Registro Mercantil por cuanto es el único al que se refieren al tratar de este tema. Realmente, esta interpretación es mucho más lógica en la medida que es el momento, con carácter general, en el que la operación tiene efectividad frente a terceros.

respecto de la aplicación del régimen, lo que determinaría que las dudas suscitadas respecto del momento de la comunicación gozasen de mayor o menor importancia.

El segundo aspecto a valorar, que afectaba tanto a la Ley 29/1991 como a la LIS 43/1995, respecto de la imprecisa referencia a la inscripción es que había, y hay, supuestos en los que no se producirá esa inscripción porque la operación realizada no tiene acceso a ningún registro (ni mercantil ni civil)<sup>845</sup>. En estos casos, aunque cabría plantear por asimilación el momento en que las operaciones sean efectivas frente a terceros, entendemos que, de acuerdo con el texto legal, no debía existir limitación alguna ampliándose el plazo de comunicación hasta el momento en que debiera presentarse la primera declaración impositiva en la que interviniera la operación<sup>846</sup>.

Como hemos dicho con anterioridad, la redacción introducida por la Ley 14/2000 del art. 110.1 (mantenida en el art. 96.1 del TRLIS 2004), además de establecer una normativa específica respecto de qué sujeto pasivo interviniente debía adoptar el acuerdo y como debía documentarse, mantuvo la necesidad de comunicación al MEH remitiéndose al RIS respecto de la forma y sus requisitos.

El art. 51.5 del RIS 1997<sup>847</sup>, en su redacción original, se limitaba a señalar a quien debía comunicarse la opción por el régimen fiscal especial, pero sin mencionar en absoluto los plazos. La razón de esta ausencia era clara: en vigencia de la redacción original del art. 110.1 era el propio artículo que contenía esta mención; tras la nueva redacción del art. 110.1, pese a que los plazos de comunicación tenían una menor importancia respecto de la finalidad perseguida (evitar cambios de criterio posteriores en el sujeto pasivo en relación con la opción por el régimen fiscal especial) dado que se exigía la constatación de la opción ejercida mediante su inclusión en diferentes documentos dependiendo del tipo de operación de que se tratase, hasta la publicación del RD 995/2001 que derogó el art 51.5 del RIS 1997 e introdujo un nuevo Título II en el RIS 1997 no se reguló de manera

---

<sup>845</sup> Piénsese, por ejemplo, en una aportación a cambio de participaciones en autocartera o en una aportación destinada a reponer pérdidas.

<sup>846</sup> No es esta la opinión de los autores. SANTACRUZ, J.A. (1996). "Fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores", *op.cit.* pág. 822, se inclina porque en los casos en que la operación no debe acceder a ningún registro público la comunicación debe realizarse con anterioridad a la realización de la operación, por cuanto en ese momento tendría efectos frente a terceros, situación similar a la que ocurriría en el momento de la inscripción en el Registro Mercantil. SÁNCHEZ OLIVÁN, J. (1993). *La fusión de sociedades*, *op.cit.* pág. 473, manteniendo una opinión similar, pero reconociendo la ausencia de una referencia legal concreta recomienda una comunicación inmediata con posterioridad a la operación, aunque matiza que nada impide realizarla con anterioridad.

<sup>847</sup> RD 537/1997, de 14 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades.

bastante completa el proceso de comunicación de la opción por el régimen fiscal especial. Posteriormente se introdujo<sup>848</sup> el art. 49.bis que ampliaba las obligaciones de información en determinados casos.

Bajo vigencia del TRLIS 2004, el Capítulo II (arts. 42 a 45 bis) del Título II del RIS 2004<sup>849</sup> establecía el régimen de comunicación en los supuestos de opción por el régimen fiscal especial estableciendo por primera vez el plazo para efectuar la comunicación, cuál de los sujetos intervinientes debe efectuar la comunicación y el contenido de la misma.

Respecto al plazo, el art. 42. 3 señalaba que debía comunicarse en el plazo de los tres meses siguientes a la inscripción de la escritura pública en la que se documentara la operación. En el supuesto de que la inscripción no fuese necesaria el plazo comenzaría a contar a partir de su otorgamiento.

En primer lugar, al fin, de una manera clara se establecía un plazo exacto para realizar la comunicación, lo que sin duda iba en beneficio de la seguridad jurídica. En segundo lugar, el plazo de comunicación se iniciaba con posterioridad a la inscripción de la escritura lo cual es del todo punto lógico puesto que, como ya hemos mencionado, la falta de inscripción determinaría la ineficacia de la operación desde el punto de vista mercantil; en consecuencia, difícilmente se debía comunicar una operación si no tiene efectos frente a terceros. Finalmente, recoge la posibilidad de que efectivamente nunca se llegue a realizar la inscripción porque no sea necesario y establecía un plazo alternativo para estos casos.

Sin embargo, es necesario realizar dos matices a la regulación del plazo para realizar la comunicación. Por un lado, el redactado del art. 42.3 se refería a la fecha de inscripción de la escritura pública entendiendo que ésta es única. Ya hemos comentado que en muchas ocasiones la escritura que documenta una operación de reestructuración necesita inscribirse en diferentes Registros. Asumiendo que la referencia a la inscripción en el Registro fuera al Registro Mercantil, puesto que sería la que otorga eficacia al negocio jurídico, debemos plantearnos, en los supuestos en los que existen varios Registros Mercantiles en los que inscribir la operación, a que fecha debíamos referirnos. En principio, parece lógico que la disyuntiva se planteara entre la fecha de inscripción

---

<sup>848</sup> Mediante el RD 252/2003, de 28 de febrero.

<sup>849</sup> Heredero del Capítulo II del Título II (arts. 47 a 49 bis) del antiguo RIS.

en el primer Registro Mercantil y la fecha de inscripción en el último Registro Mercantil en que debiera inscribirse la operación.

Dado el razonamiento previo realizado respecto de la necesidad de que la comunicación se produzca a partir de la fecha de inscripción, esta disyuntiva no podía sino resolverse a favor de la fecha de inscripción en el último Registro. Si entendemos que la comunicación de la realización de la operación debe realizarse cuando efectivamente la operación ha finalizado, esto es, a partir de la inscripción en todos los Registros Mercantiles donde deba realizarse, es a partir de ese momento cuando debía iniciarse el plazo.

La posterior inscripción en los Registros de la Propiedad de los inmuebles que resulten afectados por la operación, si bien es necesario desde el punto de vista de la publicidad registral frente a terceros, no condicionan en absoluto la eficacia de la operación.

La entrada en vigor de la actual LIS supuso la simplificación del régimen de comunicación y una mejor adaptación al verdadero régimen de la Directiva 133/2009/CE. Recordemos que la Directiva no establecía un régimen optativo, sino que establecía un régimen determinado para la tributación de las rentas de determinadas operaciones.

Así, la actual LIS entiende que a las operaciones recogidas en Cap. VII del Título VII se les aplica, por defecto, el régimen fiscal protegido que incorpora. De este modo no es necesario optar por el mismo, sino que, a falta de comunicación en contra, se entenderá que éste es el régimen aplicable.

Subsiste la obligación de comunicación de la operación, comunicación que, aquí sí, debemos entender como puramente formal respecto de la aplicación del régimen. La disposición en párrafos separados de la aplicación del régimen fiscal y de la obligación de comunicación no deja opción, en nuestra opinión, a duda alguna.

La comunicación de la operación, en la que debe describirse el tipo de operación que se realiza, permite indicar, si así se prefiere, la no aplicación del régimen fiscal. Como hemos visto, difícilmente se optará por no aplicar el régimen fiscal dadas las evidentes ventajas, pudiendo, eso sí, renunciar a la no integración en la base imponible del IS de las rentas puestas de manifiesto en la operación, prevista en el art. 77 LIS en función del resultado positivo o negativo del conjunto de estas rentas en la operación y de otras

variables. Efectivamente, señala GARCÍA-OLÍAS<sup>850</sup> *“que resulta incongruente, por sí mismo, no optar por el régimen de neutralidad fiscal si esto implica costes fiscales, es evidente que el incumplimiento de unas formalidades no debería conllevar la inaplicación del régimen de neutralidad si por otros medios puede acreditarse la voluntad de optar”*.

Los plazos se han mantenido por lo que todos los comentarios realizados con referencia a la anterior LIS siguen plenamente vigentes en la actualidad. Dada la modificación en la aplicación automática del RFE, salvo renuncia expresa, el RD 634/2015, de 10 de julio, ya no incluyó artículos similares a los arts. 42 a 45 del RIS 2004 relativos a la comunicación para optar por el RFE.

## **2.2. Entidad que debe adoptar la decisión**

Otro aspecto importante es cuál de los sujetos intervinientes es el legitimado para acoger al régimen fiscal especial la operación proyectada (con independencia de quién deba comunicarla) o bien, si deben ser todos los intervinientes los que tomen la decisión. En este ámbito, lo primero que cabe resaltar es que el art. 16.1 de la Ley 29/1991 no hacía ninguna referencia explícita respecto de la propia toma de la decisión y, por tanto, tampoco respecto de quien debía adoptarla, centrándose exclusivamente en el tema de la comunicación de la misma.

El art. 110.1 de la LIS 43/1995, en su primera redacción, era algo más explícito al referirse en singular a la “decisión del sujeto pasivo” dando a entender que era éste quien debía tomar la decisión de acogerse al régimen. No existiendo ninguna operación posible de entre las previstas en el régimen fiscal especial en la que no intervengan dos sujetos o entidades, la norma parecía entender que únicamente el sujeto pasivo en el que se pone de manifiesto la renta es el que debía decidir si esa operación (la que él realiza) se debía acoger o no al régimen especial. De esta forma, ante la referencia realizada en singular al sujeto pasivo sólo podíamos descartar a aquel que en realidad no lo acababa siendo de forma efectiva, al no producirse un hecho imponible que le afecte.

---

<sup>850</sup> GARCÍA-OLÍAS JIMÉNEZ, C. (2018). “La eliminación de la obligación de optar por la aplicación del régimen fiscal especial de reestructuraciones”, op.cit. pág. 58.

En vigencia de la Ley 29/1991, LÓPEZ-SANTACRUZ<sup>851</sup> parecía entender (aún en ausencia de la referencia al sujeto pasivo de la LIS) que, si bien el régimen de los socios se sometía a la decisión de la sociedad, era la sociedad transmitente, entre las intervinientes, la que podía tomar la decisión de acoger la operación al régimen especial.

SÁNCHEZ OLIVÁN<sup>852</sup>, por el contrario, opinaba que la aplicación del régimen fiscal especial era una decisión de todas las sociedades y sólo cuando hubiera acuerdo de todas ellas podría la operación quedar sujeta al régimen fiscal especial. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de renunciar a la aplicación del diferimiento en el gravamen de las plusvalías regulado en el artículo 98.2 de la LIS 43/1995 (actual art. 77 de la LIS).

Esta misma cuestión es la planteada por COLMENAR VALDÉS<sup>853</sup>, quien valora que el denominado régimen especial de las operaciones de reestructuración está construido sobre tres regímenes diferentes –régimen de las entidades transmitentes, régimen de las entidades adquirentes y régimen de los socios- surgiendo entonces la pregunta de si el cumplimiento o incumplimiento de los requisitos de aplicación del régimen para uno de ellos afecta necesariamente, en un sentido o en otro, a los demás. En su opinión, que compartimos parcialmente, cada uno de los regímenes actúan con plena autonomía respecto de los demás.

Ya hemos justificado que, en nuestra opinión, el régimen fiscal especial no es uno sino dos. Es decir, en las operaciones que contempla el Capítulo VII, debemos distinguir, a efectos de los hechos imposables impositivos, dos grupos de operaciones. Por un lado, estarían las fusiones y escisiones en las que se producen dos hechos imposables y, por tanto, necesitan dos regímenes diferentes: uno referido a las rentas derivadas de la transmisión y otro referido a las rentas que se ponen de manifiesto en los socios al canjear los títulos de las entidades absorbidas o escindidas. Por otro lado, estarían los canjes de valores y las aportaciones no dinerarias (mercantilmente serían el mismo tipo de operación) en las que sólo se ponen de manifiesto rentas en la persona o entidad aportante o transmitente<sup>854</sup>. Todos estos sujetos son los sujetos pasivos a los que se

---

<sup>851</sup> LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J.A. (1992). "Régimen fiscal de las fusiones, escisiones, aportaciones no dinerarias", op.cit. pág. 68.

<sup>852</sup> SÁNCHEZ OLIVÁN, J. (1998). *La fusión y la escisión de sociedades*, op.cit. pág. 473.

<sup>853</sup> COLMENAR VALDÉS, S. (1996). "Interrelaciones entre los aspectos mercantiles y fiscales del proceso de fusión de sociedades y figuras afines", en *Los regímenes especiales del Impuesto sobre Sociedades*, Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, págs. 31-56, pág. 45.

<sup>854</sup> Si bien, estrictamente hablando, seguiría subsistiendo la posibilidad de hacer ambas operaciones a través de una permuta, lo cual representaría la puesta de manifiesto de rentas en ambas entidades.



podía referir el art. 110 de la LIS 43/1995 respecto de la decisión en la realización de la aportación y, en consecuencia, eran los que, tras adoptar esa decisión, parecían tener que comunicárselo a la Administración Tributaria.

Esta individualización de los sujetos pasivos respecto de la aplicación del régimen fiscal especial genera a su vez dos conclusiones. En primer lugar, existe una distinción entre sujetos activos en la operación y sujetos pasivos (no en el sentido tributario del término sino en el sentido de quién actúa). Los primeros serán aquellos que realizan la operación y sobre los cuales se pone de manifiesto la plusvalía que será grabada en función de su decisión de acogerse o no al régimen especial. Los segundos serán todos aquellos intervinientes que, aún sin producirse renta alguna en los mismos derivada de la operación, de alguna manera se ven afectados.

En segundo lugar, dentro de una misma operación, es posible distinguir suboperaciones, las cuales de forma individual podrán o no acogerse al régimen especial. Es decir, cuando hablamos de operación de reestructuración, en muchas ocasiones, estamos hablando de un conjunto de operaciones, las cuales de forma individualizada podrán acogerse o no al régimen establecido de acuerdo con la voluntad del sujeto pasivo de cada una de ellas<sup>855</sup>.

Esta situación no está exenta de complicaciones por cuanto, con independencia de los aspectos formales, no cabe duda que en la mayoría de los casos hay una contraposición de intereses entre los sujetos activos y los sujetos pasivos (sin perjuicio de que éstos también salgan beneficiados en muchas ocasiones) en la medida en que el transmitente (sujeto activo) generalmente estará interesado en no tributar efectivamente en ese momento, mientras que el adquirente, sujeto por supuesto a los acuerdos entre ambos, preferirá que esa tributación se haya producido para disponer de los activos con un valor fiscal idéntico al contable (asumiendo una probable plusvalía en la transmisión).

La opinión de SÁNCHEZ OLIVÁN<sup>856</sup>, si bien difiere formalmente con la expresada, es coincidente respecto de alguno de los aspectos materiales. Considera que, en referencia a las operaciones de fusión y escisión, el acuerdo de las sociedades respecto de la aplicación del régimen fiscal especial alcanza a los socios, pero sostiene que éstos

---

<sup>855</sup> Así, por ejemplo, en una operación de canje de valores podrían ser varios los socios que canjearan sus participaciones hasta alcanzar el 50% de la sociedad participada sin que ello suponga que haya una única operación, sino que se trata de diversas aportaciones.

<sup>856</sup> SÁNCHEZ OLIVÁN, J. (1998). *La fusión y la escisión de sociedades*, op.cit. pág. 473.

mantiene un derecho de renuncia al mismo y aboga por la realización de una comunicación a la Administración en este sentido. Por el contrario, LÓPEZ-SANTACRUZ<sup>857</sup>, coincidiendo en que el acuerdo de la sociedad arrastra a sus socios, no considera posible la renuncia al diferimiento.

Centrándonos en el problema concreto de las aportaciones no dinerarias deberemos distinguir claramente entre el sujeto transmitente y el sujeto adquirente<sup>858</sup>. El primero de ellos, normalmente, en caso de que el valor de aportación sea superior al de adquisición, preferirá diferir la tributación acogiéndose al régimen fiscal especial, mientras que el adquirente preferirá recibir el bien de que se trate revalorizado fiscalmente de forma que, por un lado, si el bien es amortizable no habrá una parte de las amortizaciones contables que sea no deducible y, por otro lado, en el caso de una futura transmisión, la plusvalía a efectos fiscales será inferior.

El problema que se plantea es que, asumiendo la conclusión de que el único sujeto legitimado para acoger la operación al régimen especial era el aportante, la valoración subjetiva que hiciera el adquirente del elemento aportado en la suscripción de las participaciones puede ser diferente en función de que se acoja o no al régimen<sup>859</sup>. Entendemos que, pese a esta importante disfunción, el tratamiento fiscal descrito era el que resultaba aplicable.

Desde un punto de vista práctico, la mayor parte de entidades consensuaban la aplicación del régimen fiscal especial realizando la comunicación en ocasiones de manera individual y en ocasiones de manera conjunta. Probablemente, lo más correcto era que en el momento de la aportación el aportante hubiera manifestado su decisión en un sentido o en otro que será un elemento más del adquirente para aceptar la aportación no dineraria. En caso de que no se hubiera hecho en ningún sentido, el aportante siempre hubiera tenido la posibilidad de comunicar a la Administración su decisión de acoger al régimen fiscal especial la aportación sin que, entendemos, cupiera

---

<sup>857</sup> SANTACRUZ, J.A. (1996). "Fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores", *op.cit.*, pág. 822.

<sup>858</sup> En el resto de operaciones (fusiones, escisiones y canjes de valores) la problemática es similar en la medida que también existe un sujeto transmitente y otro adquirente, pero en el que también pueden intervenir los socios de estas entidades en los que, derivado de estas operaciones, puede ponerse de manifiesto una renta tributable cuyo interés en que tribute o no en ese momento dependerá de cada situación.

<sup>859</sup> No creemos que el valor en sí del bien difiera dado que, como hemos visto, no se genera un pasivo en forma de impuesto diferido que también se aporta, pero si puede variar la valoración subjetiva de los socios al aceptar la aportación no dineraria en el momento del acuerdo.

posibilidad alguna por parte del adquirente de manifestar su oposición o argumentar una menor valoración del elemento aportado.

De forma directa a esta conclusión surgía inmediatamente el problema de las comunicaciones entre los sujetos intervinientes. Dado que la aportante podía decidir la aplicación o no del régimen y que la aplicación del mismo suponía para la adquirente una serie de obligaciones contables y de información, parecía lógico la existencia de la obligación de comunicación de un sujeto a otro informándole en primer lugar de la aplicación del régimen y, consecuentemente, facilitando la información requerida. El art. 86.1 de la LIS establece la obligación de comunicar por parte de la entidad transmitente a la adquirente los datos que deben integrarse en la Memoria. Si bien puede tratarse de un formalismo, lo cierto es que si la decisión respecto de la aplicación del régimen fiscal protegido fuese de todos los intervinientes no cabría realizar esta comunicación, en la medida que el adquirente, para adoptar la decisión, debería disponer de ellos.

La redacción del art. 110.1 de la LIS 43/1995 a partir del año 2001 se modificó de manera sustancial al establecer de forma concreta cuales de las entidades intervinientes en cada una de las operaciones debían adoptar la decisión de acoger la operación al régimen fiscal especial y como debía documentarse dicha decisión.

De manera genérica, en los casos de fusiones y escisiones el acuerdo debía adoptarse por todas las entidades intervinientes, mientras que en los casos de los canjes de valores y las aportaciones no dinerarias la decisión la debía adoptar la entidad adquirente salvo en los casos en que ésta no tuviera su residencia fiscal en España, en cuyo caso la decisión correspondía a la entidad transmitente.

No vamos a analizar en el presente trabajo todos los supuestos de operaciones<sup>860</sup>, sino que nos centraremos únicamente en las aportaciones no dinerarias por ser el objeto del mismo.

---

<sup>860</sup> Pese a ello conviene reseñar lo adecuado de la intervención de todas las entidades aunque la situación no está exenta de supuestos problemáticos como sería los supuestos de operaciones de disolución por el procedimiento abreviado (que se vienen aceptando como operaciones que se pueden acoger al régimen fiscal especial pese a que suscitan ciertas dudas doctrinales por la ausencia de liquidación propiamente dicha al atribuir todos los activos y pasivos al socio único) al no existir acuerdo social de fusión o la situación de los socios minoritarios que se pueden ver perjudicados en el caso de que no deseen acoger la operación al régimen fiscal especial por tener, por ejemplo, BIN pendientes de compensar en el IS o disminuciones patrimoniales pendientes de compensar en el IRPF.

Sorprende, en primer lugar, asumiendo la conclusión que habíamos alcanzado respecto de la situación en vigencia de la Ley 29/1991 y la primera redacción de la LIS 43/1995, el cambio de criterio respecto del sujeto con capacidad para tomar la decisión. Si bien el hecho de que el sujeto que tomara la decisión de acoger la aportación no dineraria al régimen fiscal especial fuera exclusivamente el transmitente no estaba exenta de problemas dados los efectos que derivaban para la adquirente, otorgar dicha decisión a este último sin la participación del transmitente, sujeto en el que se ponen de manifiesto, en su caso, las rentas en el IS como consecuencia de la aportación parece, a todas luces, una decisión desafortunada.

Debemos tener en cuenta, además, que la decisión, en vigencia del TRLIS 2004, no debía tomarse obligatoriamente en el momento de adoptar el acuerdo social donde se refleje la aportación no dineraria (en la mayoría de los casos, un incremento de capital) sino que puede decidirse con posterioridad bastando con que se documente en la escritura pública donde se refleje la operación.

Ello significaba que el aportante, salvo que expresamente hubiera adoptado medidas para garantizarse la decisión en uno u otro sentido (como la introducción de condiciones resolutorias) estaría siempre al albur de la decisión de la adquirente. En el caso de que no se haya acogido la aportación al régimen fiscal especial en el momento del acuerdo inicial, la adquirente podría tomar la decisión con posterioridad y recogerla en la correspondiente escritura sin que afectara a la validez del mismo<sup>861</sup>. En sentido contrario, aun acogéndose la operación inicialmente al régimen fiscal especial, se podría modificar unilateralmente la decisión. El plazo para esta modificación podría generar algún tipo de duda, pero en un supuesto de modificación inmediata de la decisión antes de la elevación a público y sin comunicación a la Administración entendemos que sería difícilmente rebatible<sup>862</sup>.

En consecuencia, la entidad transmitente debe adoptar medidas que le permitan asegurarse que la decisión de la entidad adquirente será la que previamente se haya acordado.

---

<sup>861</sup> Bien es cierto que en este supuesto los efectos negativos podrían eliminarse mediante el ejercicio de la renuncia contemplado en el art. 98.2 de la LIS.

<sup>862</sup> Incluso la modificación realizada tras la elevación a público y antes de la inscripción mediante la celebración de una Junta que modificara los acuerdos anteriores.

Existía, no obstante, un supuesto particular establecido por el art. 96.1 del TRLIS 2004 cuál es el de las aportaciones no dinerarias en las que la entidad adquirente no tuviera su residencia fiscal o un establecimiento permanente en España. En ese caso la opción se ejercía por la entidad transmitente.

La única explicación posible a este supuesto excepcional es la dificultad por parte de una entidad no residente de tomar los acuerdos y la prueba de los mismos a través de su documentación y, además, de la propia comunicación. Por ello, parece que el legislador optó, primando la seguridad jurídica y tratando de evitar la conflictividad, por entregar la capacidad a la entidad residente. En todo caso, este diferente trato en función de la residencia o no de la entidad adquirente, demuestra el poco fundamento técnico que subyacía tras el hecho de otorgar la facultad de opción por el régimen fiscal especial a la entidad adquirente.

La entrada en vigor de la LIS actual, junto al cambio de punto de partida de que, por defecto, todas las operaciones descritas quedan sujetas al régimen fiscal especial salvo manifestación expresa en contrario en la comunicación, también sustituyó y simplificó la referencia al sujeto obligado a realizar las comunicaciones que, en todo caso (en todas las operaciones) pasaba a ser la entidad adquirente (salvo en los casos de que no fuera residente en España).

La realidad es que, específicamente, es la entidad encargada de hacer la comunicación, pero nada se dice respecto de si es también la entidad encargada de tomar la decisión de, en este caso, no acogimiento al régimen especial o renuncia a la no integración en la base imponible de las rentas puestas de manifiesto en las operaciones. Estrictamente hablando, esta última renuncia no debe comunicarse, aunque, sin duda, resulta conveniente.

Por tanto, con la legislación actual subsiste la duda de si la entidad que debe decidir el acogerse o no al régimen fiscal especial es la entidad adquirente o la transmitente, por lo que respecta a las aportaciones no dinerarias.

El hecho de que con la LIS anterior fuera de manera explícita la entidad adquirente, que ahora sea la encargada de la comunicación y que, en todo caso, resulta afectada de manera directa por la decisión nos hace pensar que el legislador estaba pensando en ésta como entidad con potestad para la decisión.

No obstante, siguen siendo válidas las reflexiones sobre la inseguridad de la entidad transmitente a la hora de realizar la operación.

### 2.3. Órgano que debe adoptar la decisión

Otro aspecto importante que cabe valorar es quien es el órgano competente dentro de cada una de los sujetos intervinientes para, por una parte, adoptar el acuerdo y, por otra, comunicarlo.

Desde luego en vigencia de la Ley 29/1991 y del primer redactado del art. 110.1 de la LIS la normativa guardaba silencio al respecto y, sobre todo en los primeros años de aplicación de la Directiva 90/434/CEE, fue un tema que no se planteó desde un punto de vista práctico resultando en la mayoría de los casos que la comunicación la realizaba cualquier persona sin cargo ni apoderamiento específico.

Entendemos, no obstante, que, a priori, dado que la decisión de acogerse al régimen especial se enmarca dentro de las decisiones habituales de la administración de la compañía<sup>863</sup>, debía ser el órgano de administración el competente para adoptar dicho acuerdo. En efecto, esta decisión no difiere en mucho de la de acogerse a diferentes beneficios fiscales (deducciones, diferimiento por reinversión, etc.) sin que en ninguno de ellos se exija la intervención del máximo órgano de la sociedad. No obstante, en aquellos casos en los que la Junta de socios debía intervenir, debería ser ésta la que optara por un régimen u otro, sin necesidad de mayorías reforzadas en ningún caso. No obstante, entendemos que, ante el silencio de la Junta al respecto (por no haberse planteado el tema) la decisión, en un sentido u otro, del órgano de administración sería totalmente válida dado que se trata de una decisión para la que es totalmente competente.

No es éste un aspecto del que la doctrina se haya preocupado demasiado, pese a su evidente importancia práctica. SÁNCHEZ OLIVÁN<sup>864</sup> opinaba (antes de la redacción actual del art. 96.1 de la LIS), en una línea similar a la expuesta, que el órgano que debe tomar la decisión debe ser el mismo con capacidad para acordar la operación de que se trate. Entendía, en consecuencia, que en la mayor parte de los casos serán las Juntas Generales de las compañías las que deban tomar este acuerdo. Adicionalmente, ello permitía, dado que deben instrumentarse en escritura pública, la existencia de una constancia contrastada por el fedatario público respecto de la decisión adoptada.

---

<sup>863</sup> El art. 129.1 del RRM establece que “la representación [de los administradores] se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos”.

<sup>864</sup> SÁNCHEZ OLIVÁN, J. (1998). *La fusión y la escisión de sociedades*, op.cit. pág. 472.

LÓPEZ-SANTACRUZ<sup>865</sup> también entendía que la decisión correspondía, en todo caso, a las Juntas Generales de Accionistas por cuanto, respecto de la entidad adquirente, la carga tributaria adicional que se asume derivada del diferimiento de la operación podría impedir el acuerdo respecto de la operación y, respecto de la entidad transmitente, por el hecho de que la adopción de este acuerdo tiene consecuencias fiscales tanto para la sociedad como para sus accionistas.

Cabe decir, no obstante, que la decisión de la operación y la de acoger la misma a un régimen fiscal determinado son dos decisiones totalmente diferentes. No vemos razón, en consecuencia, para que, necesariamente, el órgano competente para decidir sobre una de ellas deba ser el mismo que acuerde el régimen fiscal aplicable<sup>866</sup>. La propia Ley preveía que la decisión respecto del régimen fiscal pueda acordarse con posterioridad a la decisión sobre la propia operación en la medida que el plazo de comunicación era más amplio. Es cierto que el régimen fiscal aplicable será determinante en multitud de operaciones para la toma del acuerdo, pero ello no significa que necesariamente deba ser el mismo órgano el que adopte las dos decisiones.

La redacción del art. 96.1 del TRLIS 2004 exigía la inclusión del acuerdo en una serie de documentos. Así, en las operaciones de fusión o escisión, la aplicación del régimen debía incluirse en el respectivo proyecto y en el acuerdo social correspondiente, lo que implícitamente suponía que debían ser todas las entidades intervinientes las que se mostraran conformes con la aplicación del régimen y ser aprobado por las Juntas de socios de todas las entidades intervinientes. De este modo, la no inclusión en alguno de los Proyectos y/o el acuerdo social de alguna de las entidades intervinientes podría interpretarse en el sentido de no permitir la aplicación del régimen.

Respecto del canje de valores, la opción se otorgaba a la entidad adquirente que debería reflejarlo en el correspondiente acuerdo social o en la escritura pública que documentase el acto. Cabe decir, sin entrar en su análisis por no ser objeto del presente trabajo, que es posible realizar un canje de valores sin que se celebre un acuerdo social

---

<sup>865</sup> SANTACRUZ, J.A. (1996). "Fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores", *op.cit.* pág. 822.

<sup>866</sup> En todo caso, respecto la decisión de la aportación no dineraria, pese a ser un aspecto debatido, no parece que sea competencia exclusiva de las Juntas de Socios. Salvo disposición contraria de los estatutos sociales, el órgano de administración debe ser competente en la medida que se trata de un acto de gestión, aunque sea extraordinario. En este sentido, vid. ALONSO SOTO, R. J. (2004). "Las operaciones de fusión", en *Fusiones y Adquisiciones de empresas*, ÁLVAREZ ARJONA, J. M., CARRASCO PERERA, A. (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, págs. 497-518, pág. 516.

y sin que deba otorgarse una escritura pública (por ejemplo, un supuesto de canje de valores de una sociedad anónima con acciones en autocartera), por lo que subsiste la duda de quién debía tomar el acuerdo y como debía documentarse en esos supuestos.

Finalmente, y por lo que aquí nos interesa, en las operaciones de aportación no dineraria, como ya hemos expresado, la opción se otorgaba también a la entidad adquirente y debía hacerse constar en el acuerdo social o en la escritura en la que se recoja. En la mayor parte de casos, la aportación no dineraria se efectuará a través de una ampliación de capital de manera que entendemos que el mismo sujeto que tuviera la capacidad de elevar a público el acuerdo, bien por su cargo en el órgano de administración, bien por haber sido apoderado expresamente por la Junta de socios, debería ser la persona encargada y legitimada para efectuar la comunicación, si bien en el caso de apoderamiento expreso para elevar a público sería conveniente que dicho apoderamiento se remitiera expresamente a esta comunicación.

El problema principal se plantea en aquellos casos en los que la aportación no dineraria no se instrumenta a través de una ampliación de capital sino a través, por ejemplo, de una permuta por las acciones en autocartera de la entidad adquirente. En estos casos, entendemos que el propio órgano autorizado por la Junta para disponer de la autocartera será quien deba decidir la opción por el régimen fiscal especial. La comunicación, entendemos que, salvo apoderamiento expreso, deberá realizarla el mismo órgano que ha tomado el acuerdo a través de la persona con capacidad para ello<sup>867</sup>. No obstante, en la medida que, como hemos reseñado, en vigencia del TRLIS 2004, la comunicación únicamente tenía una importancia formal cabía en todo caso acreditar por cualquier medio de prueba admitido en Derecho la toma de la decisión lo que debía permitir en todo caso la aplicación del régimen fiscal especial<sup>868</sup>.

Existe un supuesto que, por su paralelismo respecto de la toma del acuerdo y de su decisión, merece la pena considerar, cual es el del régimen de los grupos de sociedades. El art. 84 de la LIS 43/1995 en su redacción original señalaba que este régimen se aplicará por el solo hecho de que así lo acordarán las sociedades que lo integren exigiendo,

---

<sup>867</sup> SÁNCHEZ OLIVÁN, J. (1998). *La fusión y la escisión de sociedades*, op.cit. pág. 473, señala que la comunicación deberá estar firmada por los representantes legítimos de las sociedades afectadas.

<sup>868</sup> No obstante, en todos los supuestos, en vigencia de las diferentes normas al respecto, en los que la decisión de acoger determinada operación al régimen especial se adoptara por un órgano que no obligara a dejar reflejo en un libro de actas puede resultar difícil acreditar la toma del acuerdo, salvo que se quisiera hacer de forma expresa.



además, que la sociedad dominante comunicara dichos acuerdos a la Administración Tributaria con anterioridad al inicio del periodo impositivo en que fuera de aplicación el régimen. Tampoco se establecía en este caso quien debía adoptar esta decisión; la doctrina venía entendido que debía ser la Junta de socios la que adoptase el acuerdo en base a la referencia del artículo al acuerdo de las sociedades. Probablemente la herencia del art. 4 del RD 1414/1977<sup>869</sup> que exigía que en la solicitud de acogimiento al régimen se acompañara certificado de los acuerdos de la Junta también influía en esta conclusión<sup>870</sup>.

Es cierto que el régimen de los grupos de sociedades supone unos efectos que exceden de la propia entidad jurídica de la sociedad que los acuerda (utilización de créditos fiscales por el resto de sociedades que componen el régimen de los grupos, eliminaciones en el proceso de consolidación, expulsión, cuando estaba vigente, del régimen de transparencia fiscal<sup>871</sup>, etc.) pero no necesariamente ello debía suponer que el acuerdo se adoptara por la Junta, cuando tampoco era exigido explícitamente por la propia Ley. Sin embargo, la Ley 24/2001 vino a dar un nuevo redactado al art. 84 de la LIS 43/1995 (al igual que el actual art. 70 de la LIS) estableciendo expresamente que los acuerdos debían adoptarse por la Junta de socios (u órgano equivalente en el supuesto de que la entidad no tuviera forma mercantil).

Pese a ello, entendemos que en los casos en los que la operación a través de la cual se instrumenta la aportación no dineraria no requiere la intervención de la Junta de Socios, tampoco se requeriría ni para la adopción del acuerdo ni para la comunicación.

La redacción actual de la LIS que da por supuesto la aplicación del RFE a todas las operaciones descritas salvo que se manifiesta la voluntad contraria, permite extrapolar todas las reflexiones anteriores a la situación actual con la única diferencia de que,

---

<sup>869</sup> Real Decreto 1414/1977, de 17 de junio de 1977, por el que se regula la tributación sobre el Beneficio Consolidado de los Grupos de Sociedades.

<sup>870</sup> Dicho artículo exigía presentar, junto con la solicitud de tributación en consolidación, un certificado, con firmas legitimadas notarialmente, que acreditara que todas las Juntas Generales de Accionistas habían acordado válidamente el acogerse a dicho régimen.

<sup>871</sup> Parecía del todo punto lógico la incompatibilidad entre el régimen de los grupos de sociedades y el régimen de transparencia fiscal cuando estaba vigente considerando los supuestos de doble imposición que se producían si una misma sociedad formaba parte de un grupo que tributaba en régimen de consolidación y, al mismo tiempo, tenía que imputar su base imponible a sus socios, alguno de los cuales no formaba parte de dicho régimen. Dada la no exclusión de las sociedades que reúnen los requisitos del antiguo art. 75 de la LIS para entender que deben tributar en transparencia fiscal, entendemos que debía ser el régimen de los grupos de sociedades el que prevaleciese sobre el de transparencia fiscal.

ahora, se trata de optar por no aplicar el régimen en lugar de optar por su aplicación (que, de un modo práctico, viene a ser lo mismo).

Ni el actual art. 89 LIS ni los arts. 48 y 49 RIS hacen ninguna referencia al órgano concreto que debe efectuar la comunicación. No deja de ser sorprendente que, especialmente en el RIS, donde se hace una regulación razonablemente detallada de la comunicación no se haga ninguna referencia a este tema.

Siguiendo con el paralelismo anterior, el art. 61 LIS establece que los acuerdos para tributar en régimen de consolidación fiscal deberán ser adoptados por el consejo de administración de las compañías (u órgano equivalente). Entendemos que, si para tributar en consolidación basta el acuerdo del consejo de administración, también debe bastar para decidir la aplicación o no del régimen fiscal especial.

#### **2.4. Efectos de la falta de comunicación**

Como hemos indicado, el redactado del art. 16.1 de la Ley 29/91 parecía poner de manifiesto la necesidad de la comunicación como elemento imprescindible para la aplicación del régimen fiscal especial, es decir, la ausencia de comunicación determinaría la inaplicación del régimen. Así se deduce de la frase inicial del artículo: “*Para la aplicación del régimen ...*”. Así se entendió tanto por la doctrina<sup>872</sup>, por la DGT y por algún Tribunal<sup>873</sup>.

La entrada en vigor de la LIS 43/1995 supuso un cambio radical en la valoración de la comunicación. El redactado se interpretó desde el principio como una necesidad de la comunicación al MEH pero que su ausencia no determinaba la inaplicación del régimen; éste se aplicaría por decisión del sujeto pasivo (otra cosa sería como acreditar la existencia de esta decisión) con independencia de su comunicación posterior o no. Así

---

<sup>872</sup> SANTACRUZ, J.A. (1996). “Fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores”, *op.cit.*, pág. 821 y SÁNCHEZ OLIVÁN, J. (1993). *La fusión de sociedades*, *op.cit.* pág. 443.

<sup>873</sup> Vid. St. del TSJ de Cataluña de 16 de febrero de 1999 que entendió que la ausencia de comunicación determinaba la inaplicación del régimen, incluso pese a ser realizada, si no contuviera unos elementos mínimos que permitieran identificar claramente la operación tampoco sería aceptable.

fue interpretado de inmediato por la doctrina<sup>874</sup> y también por la propia DGT<sup>875</sup> y la AEAT<sup>876</sup>.

Sin embargo, la situación generada a partir de la entrada en vigor de esta norma era de una cierta inseguridad en la medida que, por un lado, la falta de comunicación al MEH no impedía la aplicación del régimen y, por otro, no era imprescindible ninguna formalidad ni constatación concreta de la toma del acuerdo por parte del sujeto pasivo. Adicionalmente, tal y como hemos visto con anterioridad no quedaba claro cuál de los sujetos pasivos intervinientes debía adoptar el acuerdo.

La modificación en la redacción del art. 110.1 solucionó en parte este problema al exigir la constancia en determinados documentos. No obstante, la falta de comunicación entendemos que continuaba siendo irrelevante a los efectos de la aplicación del régimen.

Lo que sí que se constituía en elemento imprescindible para la aplicación del régimen es, de acuerdo con el redactado literal, el ejercicio por la entidad que exigía el art. 96.1 del TRLIS 2004 y la constancia en los documentos que allí se señalaban. La redacción no ofrecía dudas respecto de esta exigencia.

No obstante, en lo que respecta a las exigencias tanto de comunicación (en vigencia de la Ley 29/1991) como de constancia documental (con el nuevo redactado del art. 110.1 de la LIS 43/1995) que resultaban, de acuerdo con lo manifestado, imprescindibles para la aplicación del régimen, conviene hacer una reflexión en relación con la redacción de las dos Directivas relativas a este tema.

En efecto, ninguna de las dos Directivas exigía, en ningún caso, la realización de una comunicación ni la opción por el régimen fiscal por un sujeto concreto ni su inclusión en ningún documento específico. Por tanto, considerando la directa aplicación de la Directiva en los casos descritos, entendemos que negar la aplicación del régimen fiscal especial por cualquiera de estos motivos es dudosamente defendible de acuerdo con lo expuesto. Siempre que sea posible demostrar, por cualquier medio fehaciente, la realización de la operación y no se pueda acreditar la no opción por el régimen fiscal

---

<sup>874</sup> SANTACRUZ, J.A. (1996). "Fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores", *op.cit.*, pág. 822 y también en "(2000). *Operaciones de reestructuración empresarial*, *op.cit.* pág. 397.

<sup>875</sup> Respuesta a consulta vinculante de 7 de octubre de 1999.

<sup>876</sup> Respuesta de 22 de marzo de 2000.

especial, entendemos que éste debería ser aplicable, aunque no se efectuara la comunicación.

La redacción actual, como hemos visto, del art. 89 LIS da por hecho la aplicación del régimen salvo manifestación en contrario. Por tanto, en este caso, pese a la obligación de comunicación, entendemos que la ausencia de comunicación y, por tanto, de manifestación por la no aplicación del régimen, éste será aplicable en todo caso.

El TS en la STS 272/2021, 25 de febrero de 2021, ha establecido que *“cuando se haya comunicado a la Administración tributaria la opción por el régimen fiscal de diferimiento, la presentación de la autoliquidación por el Impuesto sobre Sociedades de la mercantil escindida no es una condición para su aplicación”*. El único aspecto novedoso es que el incumplimiento de las obligaciones fiscales (formales y materiales) posteriores a los actos de acogimiento al RFE no impiden que, si se han cumplido los requisitos exigidos, el régimen se aplique. Sostenía la AEAT que la no presentación de la declaración del IS correspondiente, de facto, suponía no haber aplicado el régimen, sin que el TS comparta este criterio.

## **2.5. Contenido de la comunicación**

En vigencia de la Ley 29/1991 y del primer redactado del art. 110.1 de la LIS, ante la ausencia de referencia explícita, se entendía que no existía formalismo alguno respecto de la forma de la comunicación; bastaba que fuera realizada por el órgano competente y dirigida a la Administración competente de acuerdo con lo previsto en el Reglamento del IS vigente en aquel momento. En consecuencia, podía haber tantas comunicaciones como sujetos debieran comunicar o bien podían hacerse comunicaciones firmadas por varios o todos los intervinientes.

En todo caso, la comunicación debía dirigirse al Ministerio de Economía y Hacienda de acuerdo con lo preceptuado en el art. 16.1 de la Ley 29/1991 y en el artículo 110.1 de la LIS 43/1995. La aprobación del Reglamento del IS (RD 537/97), supuso, a través del art. 51.5, la inclusión de una mención respecto de a quién debía dirigirse la comunicación, indicando que debía realizarse a la delegación de la AEAT del domicilio fiscal de las entidades intervinientes en la operación<sup>877</sup> o, alternativamente, a las dependencias

---

<sup>877</sup> Resultaba significativo que, en este caso, a diferencia del art. 110 en que se refería en singular al sujeto pasivo, se utilizaba el plural para referirse a las entidades intervinientes.

Regionales de Inspección o a la Oficina Nacional de Inspección si los sujetos estuvieran adscritos a las mismas.

Con la introducción del nuevo Título II del Reglamento del IS a través del RD 995/2001, que se mantuvo en el RIS actual, se precisaron diferentes aspectos. Así, el art. 44 RIS 2004 delimitaba el contenido de la comunicación que, por lo que aquí nos interesa, establecía que en las aportaciones no dinerarias la comunicación deberá incluir los datos identificativos de las entidades intervinientes en la operación y una descripción de la misma y ser acompañada de una copia de la escritura pública de constitución o aumento de capital, junto con los documentos que debían acompañarla de acuerdo con la normativa mercantil. Señalaba también el art. 44 que, en el supuesto que no existiese dicha escritura de constitución o aumento, se acompañaría la escritura donde se documentase la operación, dando por supuesto que la operación necesariamente debía documentarse en una escritura pública. Finalmente, si la operación se hubiese realizado a través de una oferta pública de adquisición de acciones se debía acompañar también el correspondiente folleto.

El actual art. 49 RIS exige que la comunicación identifique las sociedades participantes de la operación, se describa la misma y se aporte el documento que ejecuta la operación (normalmente escritura pública). Se mantiene la obligación de aportar el folleto informativo en el caso de que la operación se hubiese hecho mediante una OPA. Como novedad, dado el cambio de criterio en la aplicación del régimen (ahora, por defecto), se deberá comunicar, si es el caso, la no aplicación del régimen fiscal especial.

El único comentario que merece esta situación es el resaltar una vez más la posibilidad de que la operación a través de la cual se instrumente una aportación no dineraria no necesariamente requerirá la existencia de una escritura pública por lo que, ante la ausencia de ésta, se deberá aportar el documento en la que ésta se haya reflejado.

## CONCLUSIONES

**Primera.** - En los últimos años la necesidad de las entidades que operan en el ámbito mercantil de adaptar sus estructuras a las necesidades del mercado en el que operan se ha visto especialmente acelerada como consecuencia del cambio de entorno en el cual deben competir. En pocos años se ha dejado de operar en un entorno básicamente local a hacerlo en un entorno mundial en el que los cambios tecnológicos y comerciales se suceden con enorme celeridad y donde el rápido intercambio de información y el acceso a la misma se ha simplificado notablemente.

El término que se utiliza usualmente para referirse a las operaciones que permiten la referida adaptación es el de reestructuración de empresas. Conceptualmente no es fácil definirlo de forma omnicomprendiva teniendo en cuenta los diferentes ámbitos bajo los cuales ha sido objeto de estudio, aunque, a título indicativo, por reestructuración de empresas entendemos cualquier modificación en la estructura jurídica de las mismas, derivada de la necesidad de adaptarse al marco competitivo existente.

Sin embargo, en lo que al presente trabajo se refiere, esta definición no es especialmente relevante en la medida que la pretensión es analizar el régimen fiscal de un determinado tipo de operaciones que, sin duda, merecen la calificación de operaciones de reestructuración empresarial: las aportaciones no dinerarias.

**Segunda.** - La incidencia de la fiscalidad en las reestructuraciones empresariales es sumamente importante hasta el punto que en muchas ocasiones impide la su ejecución por los elevados costes tributarios que implica. Usualmente, estos costes derivan de dos vías: por un lado, la tributación por los impuestos sobre la renta de las plusvalías puestas de manifiesto como consecuencia de la operación de reestructuración y, por otro, la tributación por los impuestos indirectos que gravan la operación.

La necesidad de los países (o uniones de países) de facilitar a los entes económicos la posibilidad de disponer de la mejor estructura para poder competir con los entes económicos de otros países en el mercado mundial ha supuesto que las diferentes legislaciones se hayan preocupado de este fenómeno.

Lógicamente, el enfoque que se otorgue a esta cuestión desde el punto de vista tributario incide notablemente en los resultados que se consigan y en la *motivación* de las entidades en sus procesos de reestructuración. Las opciones posibles respecto de la tributación directa pasan por exonerar definitivamente de tributación las plusvalías

puestas de manifiesto, diferir su tributación en un número determinado de años o bien entender que cualquier efecto de tipo tributario que pudiera derivarse de la operación no se produce manteniendo la situación inicial respecto de las plusvalías latentes aunque en diferente sujeto pasivo. Respecto de la tributación indirecta, parece que la opción más lógica es exonerar estas operaciones de tributación.

**Tercera.** - Los antecedentes legislativos en nuestro país a este respecto encuentran su punto álgido en la regulación inmediatamente anterior a la hoy existente. La Ley 76/80, sobre Régimen Fiscal de la Fusión de Empresas, fue el primer antecedente aplicado con cierta generalización. Entre otros muchos defectos, esta Ley establecía la exoneración de las plusvalías puestas de manifiesto en las operaciones de reestructuración hasta en un 99%, lo que motivó operaciones que únicamente pretendían aprovechar dicha exoneración.

En cualquier caso, los antecedentes históricos en España resultan poco importantes en relación al estudio de la situación actual considerando que la regulación actual parte de la Directiva 90/434/CEE, relativa al régimen fiscal aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes estados miembros. Esta Directiva, que debía estar transpuesta el 1 de enero de 1992 en los diferentes estados miembros de la UE (excepto en Portugal que disponía de un año más), fue aprovechada por el legislador español para incorporar el régimen en ella previsto, que era aplicable únicamente a determinadas operaciones en las que intervinieran entidades residentes en más de un estado miembro, a las operaciones de ámbito exclusivamente estatal.

Así, la Ley 29/1991 incorporó a la legislación española el contenido de la Directiva 90/434/CEE y habilitó los criterios en ella contenidos para el tratamiento de la fiscalidad de las operaciones de reestructuración a las mismas operaciones realizadas sólo en España. A nivel comunitario la Directiva 2009/133/CE sustituyó a la anterior, pero manteniendo prácticamente idéntico el régimen. A nivel local, esta regulación, incorporada con posterioridad a las sucesivas leyes que han regulado el IS hasta nuestros días, se mantiene en la actualidad, con los lógicos cambios con el paso del tiempo, en La Ley 27 /14 del IS.

Es indudable que las referidas Directivas y la jurisprudencia comunitaria tienen un valor interpretativo importante respecto de la normativa española. Sin embargo, la norma española, por un lado, regula cuestiones internas que exceden del ámbito de la Directiva y, por otro, en determinados aspectos se aleja de lo establecido en la Directiva por lo

que la interpretación, en muchas ocasiones, deberá hacerse de manera integradora con la legislación tributaria española y no la comunitaria.

**Cuarta.** - El régimen fiscal de la Directiva (y de la legislación interna española) pretendía conseguir que la fiscalidad respecto de las operaciones de reestructuración fuera neutral, es decir, que ni favoreciera ni entorpeciera la realización de las mismas; dicho de otro modo, que no fuera un elemento a valorar a la hora de tomar la decisión pertinente.

Desde luego dicha pretensión se ha conseguido sólo parcialmente en la legislación vigente en España. El desarrollo a nivel comunitario de estas operaciones ha sido escaso, pero no motivado por una deficiente regulación al respecto sino porque, aun compitiendo en un mercado mundial, las entidades que operan en el mercado europeo son, todavía, bastante locales. Por tanto, es difícil valorar la eficiencia de la legislación respecto de los fines perseguidos.

A nivel nacional, sin embargo, la aparición de la Ley 29/91 supuso el inicio de un período de gran actividad en el campo de la reestructuración empresarial motivado no sólo por esta legislación sino también por la madurez de las entidades y por la existencia de otros regímenes tributarios que exigían determinadas estructuras para beneficiarse de la fiscalidad que establecían.

Sin perjuicio de valorar muy positivamente el régimen actual respecto del anterior, no puede ocultarse las deficiencias en una legislación que, por un lado, no consiguen la neutralidad buscada en diferentes supuestos y, por otro, hasta la vigente LIS ha estado salpicada de excesivas modificaciones tratando de corregir una deficiente regulación inicial.

Este régimen fiscal especial inicialmente era un régimen paralelo al régimen general de los diferentes impuestos (especialmente el IS que es el tributo que más afectado se ve por esta regulación), de manera que convivían ambos pudiéndose aplicar el régimen fiscal especial si, cumpliéndose los requisitos establecidos, así lo decidía el sujeto pasivo. La obligación de proceder a una transposición correcta de la Directiva ha convertido de facto a este régimen en el general (pues, cumpliéndose los requisitos, se aplica automáticamente salvo que se renuncie al mismo) aunque, técnicamente, se ubica dentro de los regímenes especiales del IS.

**Quinta.** - El concepto de aportación no dineraria de rama de actividad, y también el de aportación no dineraria especial, que son, de entre las diferentes operaciones que



contempla el régimen fiscal especial, las que han sido objeto de este trabajo, son conceptos ajenos a la legislación civil o mercantil de nuestro país, de forma que se configuraron, inicialmente, como conceptos propios del Derecho Tributario.

Los elementos que definen el concepto de aportación previsto en la LIS son: (i) traslación patrimonial de bienes o derechos y (ii) adquisición (o incremento en cuanto a la participación) de la condición de socio. Cumpliendo estas dos características, desde el punto de vista mercantil, la operación puede instrumentarse como un aumento de capital por aportación de activos o como una permuta entregando a cambio títulos en autocartera de la entidad adquirente. A su vez, el aumento de capital podría realizarse tanto emitiendo nuevas participaciones como elevando el valor nominal de las existentes.

La aprobación de la LME en el 2009 introdujo, dentro de las escisiones, el concepto de segregación que se adapta perfectamente a los requisitos citados aunque resulta un cuerpo extraño dentro de concepto genérico de escisión y, en todo caso, es una de las operaciones mercantiles que permitiría la realización de la operación pero no la única, pues, desde el principio y, también, en la actualidad, el aumento de capital se ha venido utilizando como operación típica en las aportaciones no dinerarias.

Además de estas dos operaciones mercantiles típicas que permitirían instrumentar la operación cabría pensar en algún otro tipo de operación que alcanzara el cumplimiento de los requisitos. Sin embargo, consideramos que la posibilidad de ejecutarse es prácticamente nula debido a la complejidad de relaciones subyacentes que generan y al tipo de tributación adicional que supondrían en atención a su calificación fiscal.

**Sexta.** - El concepto de rama de actividad tampoco es equiparable a ninguna de las figuras que se contemplan en el ámbito mercantil. El concepto de rama de actividad no ha estado en ningún momento de su evolución legislativa, ni lo está en este momento, suficientemente bien definido, de forma que ha generado numerosas dudas respecto de su aplicación especialmente antes de la existencia de las aportaciones no dinerarias especiales.

Los tres elementos básicos en el concepto de rama de actividad son la existencia de un conjunto de elementos patrimoniales (no una mera agregación de ellos), que pueden llegar a formar una unidad económica autónoma y, todo ello, en el marco de una explotación económica.

A elección del aportante, podrán incluirse dentro de la rama de actividad los pasivos contraídos para la organización o el funcionamiento de los elementos traspasados. Haciendo una interpretación amplia, entenderemos que los pasivos vinculados con la adquisición de los propios elementos también pueden ser objeto de aportación.

La redacción actual del concepto de rama de actividad parece no exigir que la rama de actividad exista ni en la entidad transmitente ni en la entidad adquirente (al contrario de lo que ocurría con la redacción primigenia que suponía, en nuestra opinión, la necesidad de que existiera en ambas), sino que tan sólo es necesario que el conjunto de elementos pueda llegar a formar una rama de actividad, pero, insistimos, no es necesario que la formen. Esta situación es extremadamente criticable en la medida que desvirtúa por completo la propia operación de aportación que podría dejar de ser una operación de reestructuración empresarial. Tanto la jurisprudencia como la doctrina administrativa se han encargado de “corregir” el concepto obligando a la existencia previa de la rama de actividad y aplicando un concepto muy restrictivo de su existencia ligado, mayoritariamente, a actividades diferenciadas que, en nuestra opinión, excede de lo preceptuado tanto en la legislación española como en la comunitaria.

Más de treinta años después de la introducción del concepto de rama de actividad en nuestro ordenamiento subsisten demasiadas dudas en torno al mismo (deudas vinculadas o los bienes, identificación de ramas diferentes aun coincidiendo en la actividad, unicidad inseparable de los elementos de la rama, etc).

**Séptima.** - La incorporación de las aportaciones no dinerarias especiales al RFE resulta un “cuerpo extraño” dentro del régimen, al no existir como tal en la Directiva, pero que ha permitido acceder al mismo a muchas operaciones de reestructuración que de otro modo no hubiera sido posible y, sobre todo, ha aportado una mayor seguridad jurídica al analizarse a través de esta figura operaciones en las que la existencia de rama de actividad pudiera ser cuestionada.

La aplicación del RFE a las personas físicas, empresarios o profesionales, aunque tampoco previsto en la Directiva, parece una extensión de pura lógica, desde el punto de vista de la finalidad del mismo, y un tratamiento igualitario al desarrollo de la actividad sin el cauce societario. No obstante, adolece de elementos poco definidos, como consecuencia de la intervención de dos impuestos sobre la renta muy diferentes, el IRPF y el IS. Así, la sucesión en la aportación y el cumplimiento de los requisitos previos del CCo son elementos que convendría clarificar.

**Octava.-** Desde el punto de vista contable, la situación previa a la aprobación del actual PGC era sencilla en cuanto a cómo debían valorarse contablemente los elementos entregados en la aportación y los recibidos a cambio (la entidad transmitente debía contabilizar las participaciones recibidas por el valor neto contable de los elementos que se aportaban con el límite del valor atribuido por la sociedad adquirente a dichos elementos mientras que la entidad adquirente debía valorar los elementos recibidos por el valor que se asignan en el aumento de capital).

El PGC ha introducido un sistema de valoración en el que deben tenerse en cuenta, no solo los activos y pasivos objeto de aportación, sino, sobre todo, si dichos elementos constituyen un “negocio” (concepto con elementos comunes al de rama de actividad, pero no idéntico) y si las sociedades intervinientes forman un Grupo de sociedades (en un sentido similar al del art. 42 CCo pero no idéntico).

**Novena. -** El art. 91 de la LIS 4/04 establecía literalmente la posibilidad de imputar las rentas de las entidades de acuerdo con las normas mercantiles sólo para las entidades extinguidas, lo que no se produce en el caso de las aportaciones no dinerarias. Sin embargo, entendemos que esta referencia a las entidades extinguidas obedecía a un error de la Ley de SA al referirse, en el caso de escisiones, a las entidades extinguidas por referencia al régimen de las fusiones donde siempre se extingue, al menos, una de las entidades intervinientes. Esta referencia incorrecta debía interpretarse como realizada a las entidades escindidas (en lugar de extinguidas), puesto que sino quedarían fuera de la regulación las escisiones parciales donde no se extingue la entidad escindida.

Por tanto, entendemos que, de facto, la legislación mercantil permitía determinar la fecha de la imputación de rentas de las sociedades escindidas parcialmente por los socios de la entidad. Si esta posibilidad existía para la escisión parcial de rama de actividad, igualmente debería existir para las aportaciones no dinerarias en la medida que la única diferencia entre ambas es la entrega de los títulos a la propia entidad transmitente en el caso de las aportaciones o bien a sus socios en el caso de las escisiones.

La aprobación del PGC actual cambió radicalmente la situación puesto que estableció una fecha determinada a efectos de la imputación de rentas en cada uno de los supuestos.

**Décima. -** En el régimen actual, tratándose de una aportación no dineraria de rama de actividad o especial, se aplicará el régimen fiscal especial previsto, salvo decisión

formalmente comunicada en contra del contribuyente. En la LIS queda claro quién debe hacer la comunicación, pero no quien toma la decisión. Respecto del IVA, ITPAJD e IIVTNU no se requerirá el cumplimiento de ningún requisito adicional.

Sin embargo, en el caso del IS, IRPF e IRNR (los que resultaran aplicables) es necesario, en opinión de los autores, la verificación de una serie de requisitos adicionales para que se aplique el régimen en lo que a estos impuestos se refiere. En nuestra opinión, no se trata del cumplimiento de ningún requisito sino de una relación prolija de situaciones, verificándose las cuales será aplicable el régimen fiscal. Todas estas situaciones, reguladas descriptivamente en la Ley, tienen un denominador común, cuál es la posibilidad de que la Hacienda Pública española mantenga la posibilidad de hacer tributar en el futuro (por cualquiera de los impuestos sobre la renta: IS, IRPF o IRNR) las rentas vinculadas con los activos o las entidades que se han visto afectados en la reestructuración.

**Decimoprimera.** - El régimen previsto para el IS, en el caso de la aplicación del régimen fiscal especial, consiste en una ausencia de la tributación por el IS, IRPF o IRNR que se pudiera poner de manifiesto en la entidad transmitente como consecuencia de la aportación de determinados elementos.

Para garantizar que, derivado de este régimen no se produce una ventaja fiscal, se prevé que los elementos recibidos por la entidad adquirente se valorarán a efectos fiscales por el mismo valor y en las mismas condiciones que tenían en la entidad transmitente. Al mismo tiempo, la entidad transmitente valorará a efectos fiscales las participaciones recibidas como consecuencia de la aportación por el mismo valor que tenían los elementos transmitidos.

La doctrina ha discutido respecto de si se trata de un sistema de no sujeción, de exención o de diferimiento. Pese a que la mayoría entiende que se trataría de un supuesto de exención, en nuestra opinión, las características lo acercan más a un sistema de no sujeción.

**Decimosegunda.** - Se pretende con este sistema garantizar la neutralidad del régimen fiscal de forma que ni beneficie ni perjudique la operación. Sin embargo, en lo que a las aportaciones no dinerarias se refiere, esta neutralidad es inexistente puesto que una única plusvalía queda diferida dos veces en dos entidades diferentes: por un lado, en los bienes de la entidad adquirente recibidos como consecuencia de la aportación y, por otro, en las participaciones recibidas por la entidad transmitente. La

transmisión de cualquiera de los dos, bien las participaciones o bien los bienes, dará lugar a la puesta de manifiesto de la plusvalía.

Esta situación se produce, en nuestra opinión, por una deficiente transposición de la Directiva 90/434/CEE puesto que ésta en ningún caso establece la necesidad de mantener el valor fiscal original en las participaciones recibidas por la entidad transmitente.

Para intentar evitar esta evidente doble imposición la Ley previó unos mecanismos que, por un lado, no son del todo satisfactorios y, por otro, podían haberse evitado estableciendo un régimen fiscal adecuado a lo preceptuado en la Directiva.

La actual regulación del régimen general del IS en el que las rentas positivas obtenidas en la transmisión de una participación en una entidad están exentas en muchos de los casos (cumpliendo los requisitos establecidos) ha permitido minimizar el impacto real. No obstante, sería conveniente una modificación del régimen que asegurara que no se produjera una doble imposición de manera sencilla.

**Decimotercera.** - En el campo del Derecho Tributario debemos distinguir entre sucesión y efecto sucesorio. La sucesión propiamente dicha se produce en los supuestos en que, manteniéndose de manera íntegra una relación jurídica, se produce una única modificación cuál es la sustitución de uno de los miembros de la misma, que desaparece, por otro que se sitúa exactamente en su misma posición. El efecto sucesorio se produce, cuando fruto de un determinado negocio jurídico, se produce una transmisión de los derechos y obligaciones de una de las partes de la relación jurídica.

En el caso de las personas físicas el supuesto típico de sucesión es el de la muerte de la persona. En el caso de las personas jurídicas se puede equiparar a esa situación los supuestos de extinción de una entidad en la medida que desaparece su personalidad jurídica.

A efectos tributarios, tanto la LGT 1963 como, especialmente, la LGT prevén estos supuestos para la sucesión de las obligaciones tributarias sin mencionar la posible existencia de derechos tributarios pendientes en la entidad extinguida. No cabe duda, sin embargo, de que los derechos tributarios deberán ser objeto de sucesión en base al régimen general.

**Decimocuarta.** - El supuesto más controvertido ha sido tradicionalmente el de la posible transmisión de las BIN de la entidad extinguida e incluso, en el caso de las

aportaciones no dinerarias también si las BIN están vinculadas a los bienes y derechos transmitidos, dado que el régimen fiscal especial ha establecido la transmisión de los derechos relacionados con los elementos aportados.

La cuestión, por tanto, se centraba en determinar si las BIN son un derecho tributario o no. La doctrina mayoritariamente se había manifestado en contra de su consideración como un derecho, sin embargo, basándonos en la finalidad de las mismas, como es el contrapesar parcialmente la determinación de la renta imponible en periodos de tiempo definidos arbitrariamente, de tal forma que puede acabar tributándose de manera superior a la real capacidad económica, entendemos que nada obstaba a su consideración de derecho. En la actualidad, la redacción del art. 84 de la LIS deja clara la subrogación de la entidad adquirente en las BIN existentes atribuibles a una rama de actividad transmitida.

Sigue habiendo elementos de duda como sería la determinación de las mismas en los casos en que hubiera habido compensación previa y si en los casos de aportaciones no dinerarias especiales, dependiendo de los elementos, sería defendible la transmisión de las BIN.

**Decimoquinta.** - Siguiendo una posibilidad que ofrecía la Directiva 90/434/CEE a los estados miembros, se prevé la no aplicación del régimen fiscal especial en España cuando la finalidad principal de la operación sea el fraude o la evasión fiscal. Esta norma antielusión ha sido una verdadera fuente de problemas desde su establecimiento con diversas modificaciones legislativas que han ido complicando más, todavía, su interpretación.

Además de problemas sintácticos y semánticos, la disposición es contraria claramente a lo preceptuado en la Directiva. Ésta sólo permite negar la aplicación del régimen cuando el principal objetivo sea el fraude o la evasión fiscal, estableciendo una presunción de que así sea en ausencia de motivos económicos válidos.

La norma española ha convertido una presunción en una norma obligatoria que además carece de sentido semántico. Por otro lado, existen ciertas dudas respecto de los conceptos de fraude y evasión fiscal, dado que los términos no son equivalentes en los diferentes países de la UE y, desde luego, la Directiva no fue redactada originalmente en castellano por lo que esos términos son fruto de una traducción. En consecuencia, es necesario hacer una interpretación de esta norma antielusión.

En nuestra opinión el régimen fiscal especial será aplicable siempre que la operación no la motive una conducta fraudulenta en si misma pero, por supuesto, será aplicable con cualquier tipo de motivación distinta de ésta, incluso las puramente fiscales, lícitamente aplicables, como podrían ser la tributación bajo el régimen de consolidación fiscal, la consecución de una estructura necesaria para lograr la exención en el IP prevista para las empresas familiares o la bonificación en el ISD para las mismas.

**Decimosexta.** - Durante muchos años la normativa española omitió determinar cuál o cuáles de las entidades intervinientes debían ser las que debían tomar la decisión de acoger o no una determinada operación de reestructuración al régimen fiscal especial lo cual hubiera podido ser una enorme fuente de problemas dadas las implicaciones para las diferentes entidades.

Finalmente, tras diferentes periodos con regulaciones diferentes, el régimen se aplica automáticamente existiendo la obligación de comunicación a la AEAT por las entidades adquirentes en cuya comunicación se puede indicar la renuncia a la aplicación del RFE. Una renuncia que obviamente afectaría de manera muy notable a la entidad transmitente y a la entidad adquirente.

Por otra parte, es posible renunciar al diferimiento en las rentas puestas de manifiesto en la transmisión, simplemente, integrando las rentas (positivas o negativas) en la BI del impuesto. De nuevo, resulta una decisión que afecta a ambas entidades pero que parece quedar al albur de sólo una de ellas.

Finalmente, no resulta claro dentro de cada entidad qué órgano debe realizar la comunicación y tomar las decisiones pertinentes. Hubiera sido deseable una mayor precisión en estos temas tras tantas modificaciones efectuadas.

**BIBLIOGRAFIA**

ACOSTA ESPAÑA, R. (1982). *Ley General Tributaria, Vol. I*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid.

ADAME MARTINEZ, F. D. (2001). "Régimen Jurídico de las consultas tributarias en derecho español y comprado", en *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 21, págs. 1-44.

AGULLÓ AGÜERO, A. (1999). "Artículo 8. Contribuyentes", en *Los Nuevos impuestos sobre la renta de las personas físicas y sobre la renta de no residentes: comentarios a las Leyes 40/1998 y 41/1998, con sus respectivos Reglamentos aprobados por Reales Decretos 214/1999, de 5 de febrero, y 326/1999, de 26 de febrero*, ORÓN MORATAL, G. (Dir.), McGraw-Hill/Interamericana de España, Madrid, págs. 75-79.

- (1999). "Artículo 9. Residencia habitual en territorio español", en *Los Nuevos impuestos sobre la renta de las personas físicas y sobre la renta de no residentes: comentarios a las Leyes 40/1998 y 41/1998, con sus respectivos Reglamentos aprobados por Reales Decretos 214/1999, de 5 de febrero, y 326/1999, de 26 de febrero*, ORÓN MORATAL, G. (Dir.), McGraw-Hill/Interamericana de España, Madrid, págs. 80-90.

AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A. (1990). *El impuesto municipal sobre incremento del valor de los territorios de naturaleza Urbana*, Comares, Granada.

ALGUACIL MARÍ, M.P. (2006). "Las discrepancias entre socios como motivo económico válido en las escisiones, según la DGT", en *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 21, parte Presentación.

- (2006). "La doctrina administrativa sobre el motivo económico válido en las reestructuraciones societarias", en *Cuadernos de Aranzadi Jurisprudencia Tributaria*, núm. 44, parte Estudios.

ALÍAS CANTÓN, M. (2014). "La extraña figura del no devengo en el Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana", en *Crónica tributaria*, núm. 2, págs. 3-20.

ALLER RODRÍGUEZ, C. (1974). "La responsabilidad por sucesión en el ejercicio de explotaciones o actividades económicas", en *Crónica tributaria*, núm. 8, págs. 25-28.



ALONSO GONZALEZ, L.A. (2002). “El régimen fiscal de las operaciones de reestructuración empresarial: diferimiento del Impuesto sobre Sociedades”, en *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 1-2, págs. 473-492.

ALONSO SOTO, R. J. (2004). “Las operaciones de fusión”, en *Fusiones y Adquisiciones de empresas*, ÁLVAREZ ARJONA, J. M., CARRASCO PERERA, A. (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, págs. 497-518.

ALVARADO ESQUIVEL, M. de J. (1995). “¿La responsabilidad tributaria del “sucesor” del negocio alcanza las deudas por IRPF-retenciones contraídas por el transmitente?: comentario a la Resolución del TEAC de 9 de junio de 1993”, en *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, núm. 1, págs. 1426-1430.

ÁLVAREZ ARJONA, J.M., CARRASCO PERERA, A. (Coord.), (2004). *Fusiones y Adquisiciones de Empresas*,

Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

AMORÓS RICA, N.(1963). *Derecho Tributario (Explicaciones)*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid.

- (1967). *Ley General Tributaria (Arts. 1 al 89)*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid.

ANDRÉS CASLA, A. (2021). “Operaciones entre empresas del grupo (NRV 21.ª). Escisión parcial mediante segregación de una rama de actividad que constituye un negocio siendo la sociedad beneficiaria de nueva creación: Análisis de la consulta 2 del BOICAC 123, de septiembre de 2020”, en *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm. 458, págs. 221-228.

ANÍBARRO PÉREZ, S. (2020). “La inseguridad jurídica creada por la inactividad del legislador en el Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana”, en *Crónica tributaria*, núm. 174, págs. 11-34.

ANTÓN BASANTA, A. (1998). “Capítulo 28. Régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores (arts. 97 a 110 de la LIS)”, en *Comentarios al Impuesto sobre Sociedades*, LAORDEN, J. y ARQUÉS, J. T. II, Cuatrecasas Abogados - Civitas, Madrid, págs. 1819-1985.

APARICIO PÉREZ, A. (1993). “Distintos aspectos del régimen fiscal de la fusión de empresas”, en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 96, págs. 11-30.

- (1997). "El sujeto pasivo contribuyente y la traslación tributaria", en *Sujetos pasivos y responsables tributarios: XVII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario. Cartagena de Indias, octubre, 1995*, ALONSO GONZÁLEZ, L.M., ÁLVAREZ BARBEITO, P., Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, págs. 216-230.

ARMESTO MACÍAS, D. (1992). "Aportaciones no dinerarias de ramas de actividad y canjes de valores representativos del capital social. Nuevo régimen de imposición directa", en *Quincena Fiscal*, núm. 1-2, págs. 124-135.

ARNAU ZOROA, F. (1992). "Régimen fiscal de las fusiones, escisiones, aportaciones de ramas de actividad y canje de acciones (Derecho español Ley 29/1991-Directiva Comunitaria 90/434/CEE)", en *Gaceta fiscal*, núm. 96.

ARRIBAS LEÓN, M. (2004). *Sucesión de empresas y responsabilidad tributaria*, Marcial Pons, Madrid.

ATIENZA PÉREZ, A. (2016). "La segregación de sociedades y su contradictoria regulación", en *Crónica tributaria*, núm. 159, págs. 7-34.

BALLESTER COLOMER, J.E. (2001). "La escisión y operaciones de similar alcance", en *Las operaciones societarias de modificación estructural: análisis de su tratamiento jurídico tributario y contable*, TRÍAS, M. (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, págs.93-140.

BARBERENA BELZUNCE, I. (1991). "La responsabilidad tributaria del adquirente de explotaciones económicas y el nuevo Reglamento General de Recaudación", en *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, Vol. II, págs. 245-274.

- (1994). "La responsabilidad del sucesor en la titularidad de explotaciones y actividades económicas y las retenciones a cuenta del IRPF", en *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, parte Estudio.

- (1994). "Naturaleza de la responsabilidad tributaria del sucesor en la empresa", en *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, parte Estudio.

BARRACHINA JUAN, E. (1998). "Responsabilidad tributaria del adquirente de una empresa: supuesto irregular de sucesión", en *Gaceta fiscal*, núm. 169, pág. 65.

BLESA BAGUENA, A., BERGUA CANELLES, R., CIUTAD CURA, J.I. (1996). *Todo sobre la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades*, Praxis, Barcelona.

BERLIRI, A. (1971). *Principios de derecho tributario: Volumen II*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid.

CADARSO GARGALLO, P. (1993). “La Ley 29/1991: consideraciones al Título I. Procesos de fusión, escisión y aportaciones no dinerarias de ramas de actividad.”, en *Actualidad tributaria*, núm. 34.

- (1993). “La Ley 29/1991 y el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana”, en *Actualidad tributaria*, núm. 39.

CALDERÓN CARRERO, J.M. (2000). “Aspectos internacionales del fraude y la evasión fiscal”, en *Temas de derecho penal tributario*, GARCÍA NOVOA, C., LÓPEZ DÍAZ, A. (Coord.), Marcial Pons, Madrid, págs. 193-224.

- (2012). “Una vuelta de tuerca a la interpretación europea de la cláusula antiabuso de la “Directiva de Fusiones”: ¿hacia motivos económicos válidos de “alto voltaje”?”, en *Estudios Financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm. 347, págs. 5-40.

CALVO ORTEGA, R. (1971). “La responsabilidad tributaria subsidiaria”, en *Hacienda Pública*, núm. 10, págs. 133-162.

CALVO VÉRGEZ, J. (2007). “Cláusula antiabuso versus fraude de ley: ¿dos conceptos semejantes en la Ley General Tributaria?”, en *Crónica tributaria*, núm. 123, págs. 11-40.

- (2012). “La responsabilidad tributaria solidaria derivada de la sucesión en la titularidad o ejercicio de explotaciones o actividades económicas”, en *Crónica tributaria*, núm. 143, págs. 7-56.

- (2016). “Fusiones y escisiones de sociedades: aspectos prácticos mercantiles y fiscales”, Ed. Wolters Kluwer, Madrid.

- (2022). “¿Un nuevo IIVTNU?”, en *Quincena Fiscal*, núm. 4.

CÁMARA BARROSO, M. del C. (2021). “La Audiencia Nacional arroja luz a la polémica generada por los “asuntos daneses” sobre el concepto de “beneficiario efectivo”: Análisis de la sentencia de la Audiencia Nacional”, en *Nueva fiscalidad*, núm. 3, págs. 275-285.

CAÑIBANO CALVO, L., GISBERT CLEMENTE, A. (2007). “La reforma contable española de 2007”, en *AECA: Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas*, núm. 80, págs. 2-7.

CARBAJO VASCO, D., DOMINGUEZ RODICIO, J. R. (1999). *Todo sobre el nuevo I.R.P.F.*, Wolters Kluwer Educación, Madrid.

CARBAJO VASCO, D. (2023). *Impuestos: práctico*, Vlex, Barcelona.

CARRETERO PÉREZ, A. (1968). *Derecho Financiero*, Editorial Santillana, Madrid.

CASTROMIL SÁNCHEZ, F. (1991). “Directiva comunitaria sobre régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados por sociedades de diferentes Estados miembros”, en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 77, págs. 11-18.

CERDÁ ALBERO, F. (1993). *Escisión de la sociedad anónima*, Tirant lo Blanch, Valencia.

CHASCO, B., GARICANO, J. (1998). “Régimen de las entidades parcialmente exentas (Ley 30/94 y arts. 133 y siguientes de la LIS)”, en *Comentarios al impuesto sobre sociedades, Tomo II: Regímenes especiales*, LAORDEN, J., ARQUÉS, J. (Dir.), LLANSÓ, M. (Coord.), Civitas, Madrid.

CHECA GONZÁLEZ, C. (2000). *Comentarios a la Ley de impuesto sobre sociedades: régimen general*, Marcial Pons, Madrid.

- (2009). “Los “motivos económicos válidos” que permiten la aplicación del régimen fiscal especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una sociedad europea o una sociedad cooperativa europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea”, en *Quincena fiscal*, núm. 1-2, págs. 127-141.

CHICO DE LA CÁMARA, P., VALESCO FABRA, G. J.(2017). “La ansiada reforma del Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana también requiere cambios cuando el transmitente sea una persona física no residente en España”, en *Revista de fiscalidad internacional y negocios transnacionales*, núm. 5, págs. 13-17.

- (2021). “Algunas reflexiones sobre las modificaciones introducidas por la Ley 5/2021, de 12 de abril, de reforma de la Ley de Sociedades de Capital”, en *Revista de fiscalidad internacional y negocios transnacionales*, núm. 17, págs. 11-16.

CLAVIJO HERNÁNDEZ, F. F. (1991). “Régimen transitorio del Fondo de Previsión para inversiones”, en *Revista técnica tributaria*, núm. 15, pág. 57.

COLMENAR VALDÉS, S. (1996). “Interrelaciones entre los aspectos mercantiles y fiscales del proceso de fusión de sociedades y figuras afines”, en *Los regímenes especiales del*

*Impuesto sobre Sociedades*, Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, págs. 31-56.

- (1997). "La compensación de bases imponibles negativas en el Impuesto sobre Sociedades", en *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, núm. 2, págs. 89-116.

CORDÓN EZQUERRO, T. (2012). "Los motivos económicos válidos en el Impuesto sobre Sociedades y en el Impuesto sobre la Renta de No Residentes", en *Crónica tributaria*, núm. Extra 5, págs. 11-17.

CORREAS GONZÁLEZ, L.M., GARCIA MONTENEGRO, L., DEL HOYO ORTIGOSA, C., LINARES SÁEZ, M.D., LÓPEZ CARBAJO, J.M., PÉREZ-CAMPANERO FERNÁNDEZ, J.L., SANTA CRUZ DEL HOYO, M.L., SEIJO PÉREZ, F.J. (1999). *Guía de la Ley del Impuesto sobre la Renta*, CISS, Valencia.

CORTÉS MARTÍNEZ, J.A. (1995). "Responsabilidad tributaria por sucesión en la actividad económica", en *Carta tributaria. Monografías*, núm. 219, págs. 1-8.

COSÍN OCHAITA, R. (2009). "Régimen transitorios de implantación de la nueva normativa contable", en *Crónica tributaria*, núm. 130, págs. 9-24.

CUESTA CABOT, G. (2015). "El nuevo sistema de la corrección de la doble imposición en el impuesto sobre sociedades", en *Quincena fiscal*, núm. 13, págs. 17-53.

- (2018). "Consideraciones sobre la subrogación en el aprovechamiento de las bases imponibles negativas en las fusiones", en *Carta tributaria: revista de opinión*, núm. 34, pág. 7.

DE CASTRO Y BRAVO, F. (1985). *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid.

DE JUAN PEÑALOSA, J.L. (1967). "Noticias del Mercado Común. Hacia un Derecho supranacional de sociedades", en *Economía Financiera*, Instituto de Estudios Fiscales, núm. 15.

DE LA HUCHA CELADOR, F. (1997). "Reflexiones para una redefinición dogmática de la responsabilidad en Derecho tributario (I)", en *Revista española de derecho financiero*, núm. 94, págs. 165-184.

DE LOJENDIO OSBORNE, I.M., OTERO LASTRES, J.M. (1994). "Fundación de la Sociedad Anónima. Aportaciones Sociales (Artículos 36 a 41 de la L.S.A.) y Dividendos Pasivos (Artículos 42 a 46 de la L.S.A.), Tomo III, Volumen 3º", en *Comentario al régimen legal*

de las sociedades mercantiles, URÍA, R., MENÉNDEZ, A., OLIVENCIA, M. (Dir.), Civitas, Madrid, págs. 11-299.

DE MIGUEL CANUTO, E. (2016). "Transmisión del patrimonio empresarial a los efectos del IVA" en *Quincena fiscal*, núm. 5, págs. 41-68.

DE PABLO VARONA, C. (1995). *El impuesto sobre operaciones societarias: análisis de su régimen jurídico*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

- (2002). *La tributación del socio en el I.R.P.F.*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid.

DÍEZ RODRÍGUEZ, S. (2005). "Efectos de la retroacción contable en las operaciones de fusión a raíz de la consulta de BOICAC nº 60 de diciembre 2004", en *Aranzadi Jurisprudencia tributaria*, núm. 13, págs. 9-10.

DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A. (2001). "El artículo 110.2 de la Ley 43/1995: análisis y propuesta de reforma", en *Revista técnica tributaria*, núm. 55, pág. 21.

DURO HERNÁNDEZ, L., ESPINOS VALTUEÑA, E. (2011). "Dualidades en la interpretación del concepto de rama de actividad, en sede del IS y del IVA", en *Revista Aranzadi Doctrinal 7*, núm. 7, págs. 55-64.

ELORRIAGA PISARIK, G. (Coord.), (1996). *Convención y arbitraje en el derecho tributario*, Marcial Pons, Madrid.

ELVIRA BENITO, D. (1995). "El concepto de "aportación de rama de actividad" y el tipo aplicable en el Impuesto sobre Operaciones Societarias: Comentario al Asunto 164/90 MuwiBouwgroup BV. vs. Staatsecretaris van Financien", en *Crónica tributaria*, núm. 75, págs. 97-118.

ERNST & YOUNG. (1997). *Análisis de la Ley 43/1995 del Impuesto sobre Sociedades y su Reglamento*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor.

ESCRIBANO LÓPEZ, F. (1995). "Notas sobre la futura regulación de la responsabilidad tributaria", en *Quincena fiscal*, núm. 13, págs. 7-13.

ESTEBAN MARINA, A., VÁZQUEZ CANALES, C. (1983). "La compensación de pérdidas en el Impuesto sobre Sociedades (Régimen anterior al 1 de enero de 1979)", en *Crónica tributaria*, núm. 46, págs. 285-293.

FALCÓN Y TELLA, R. (1993). "Interpretación económica y seguridad jurídica", en *Crónica tributaria*, núm. 68, págs. 25-31.

- (2008). "La aplicación del IVA y de TPO en los supuestos de transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial o de una rama de actividad, y el proyecto de Ley de supresión del Impuesto sobre el Patrimonio", en *Quincena fiscal*, núm. 22, págs. 7-12.

- (2011). "El limitado alcance de la exigencia de un motivo económico distinto del ahorro fiscal: la necesidad de una cláusula antiabuso específica (STJ 20 mayo 2010, Zwijnenburg) y la posibilidad de aprovechar las ventajas derivadas de calificaciones «híbridas» en el IVA (STJ 22 diciembre, RBS)", en *Quincena fiscal*, núm. 6, págs. 7-12.

FENELLÓS PUIGSERVER, V. (1998). *El estatuto del contribuyente: (comentarios a la Ley 1/98 de 26 de febrero, de derechos y garantías de los contribuyentes)*, Tro, Valencia.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, I. (1997). *Aportaciones no dinerarias en la sociedad anónima*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, C. (1992). "Un apunte sobre el concepto de responsabilidad solidaria", en *Crónica tributaria*, núm. 62, págs. 15-26.

FERREIRO LAPATZA, J.J. (2004). *La nueva Ley general tributaria: (Ley 58/2003, de 17 de diciembre)*, Marcial Pons, Madrid.

GALIANO ESTEVAN, J., IZQUIERDO RIVAS, J. (1997). *La responsabilidad tributaria*, CISS, Valencia.

GALVÁN GALLEGOS, A. (2000). *La herencia: contenido y adquisición: la aceptación y repudiación de la herencia*, WoltersKluwer España, Madrid.

GARCÍA BERRO, F. (2015). "La cláusula antiabuso en el régimen de neutralidad y pautas para su aplicación tras la intervención del Tribunal Supremo", en *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm. 393, págs. 5-28.

GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (1989). *Curso de derecho administrativo I*, Civitas, Madrid.

GARCÍA NOVOA, C. (2009). "La no sujeción a operaciones societarias de las reestructuraciones empresariales y su influencia en la aplicación del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores", en *Revista técnica tributaria*, núm. 84, págs. 85-108.

- (2016). *La deducibilidad de gastos financieros en el impuesto de sociedades*, Marcial Pons, Madrid.

GARCÍA-OLÍAS JIMÉNEZ, C. (2018). “La eliminación de la obligación de optar por la aplicación del régimen fiscal especial de reestructuraciones”, en *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. 49, págs. 47-54.

GARRIGUES, J. (1947). *Tratado de Derecho Mercantil (T.I, V.I)*, Revista de Derecho Mercantil, Madrid.

GÓMEZ CABRERA, C. J. (2000). *La concurrencia del crédito tributario: aspectos sustantivos y procedimentales: (prelación, garantías, tercerías, ejecuciones preferentes, suspensión de pagos y quiebras)*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

GÓMEZ VERDESOTO, M. (1999). “Concepto comunitario de fraude o evasión fiscal en relación con las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos y canje de valores (A propósito de la STCJE de 17 de julio de 1997)”, en *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, núm. 1, págs. 1047-1067.

GÓMEZ-MOURELO CASTEDO, C. (Dir.), (2004). *La nueva Ley General Tributaria comentada*, La Ley, Madrid.

GONZÁLEZ GARCÍA, Á. (1978). “La compensación de pérdidas en el IS”, en *Crónica tributaria*, núm. 27.

- (2022). “Sobre el tratamiento contable de una ampliación de capital por compensación de deudas: Análisis de la consulta 1 del BOICAC 127, de septiembre de 2021”, en *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm. 468, pág. 9.

GONZÁLEZ GARCÍA, E. (1982). “La Ley General Tributaria”, Madrid.

- (1996). “Las últimas reformas fiscales y su efectividad frente al fraude” Ed. Asociación Española de Asesores Fiscales. Madrid.

GONZÁLEZ POVEDA, V. (1988). *Impuesto sobre sociedades*, Pirámide, Madrid.

GONZÁLEZ SAINZA, J. (2008). “Cambio de tratamiento contable respecto al efecto fiscal en aportaciones no dinerarias”, en *Estudios financieros. Revista de Contabilidad y Tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm. 304, págs. 145-166.



GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M. (1993). *La sucesión en la deuda tributaria*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

- (1995). “Sucesión en la deuda tributaria: subrogación de una sociedad en la posición de otra que se disuelve”, en *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, parte Estudio.

GORDILLO MORO, M., NÚÑEZ, I., JIMÉNEZ, E., REY, F. (1999). *El impuesto sobre la renta: comentarios a la Ley 40/1998 y a su Reglamento*, Marcial Pons, Madrid.

GOTA LOSADA, A. (1970). “La compensación de pérdidas en el impuesto de sociedades, en *Hacienda Pública Española*, núm. 5, págs. 61-108.

- (1988). *Tratado del Impuesto de Sociedades (V.1.)*, Extecom, Madrid.

GRACIA ESPINAR, E., VIÑAS RUEDA, L. (2010). “Revisión del régimen fiscal de las reestructuraciones: propuestas de modificación”, en *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm. 323, págs. 55-80.

GRAU RUIZ, M. A. (1996). “Naturaleza y extensión de la responsabilidad en los supuestos de transmisión de la empresa”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Estudios de derecho financiero y tributario: homenaje al profesor Fernando Vicente-Arche Domingo*, núm. Extra 20, págs. 199-218.

GUEZURAGA UGALDE, A. (2004). “Motivo económico válido y D.G.T: historia de un desencuentro”, en *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 17.

GUTIÉRREZ LOUSA, M. (Coord.), RUBIO GUERRERO, J.J. (Dir.), (2003). *Manual del Impuesto sobre sociedades*, Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.

HENSEL, A. (1956). *Diritto tributario*, Giuffrè, Milano.

HINOJOSA TORRALVO, J. J. (1995). *Los créditos de impuesto en el sistema tributario español*, Cedecs, Barcelona.

HOENJET, F. (1997). “The Leur-Bloem Judgement: the jurisdiction of the European Court of Justice and the interpretation of the anti-abuse clause in the Merger Directive”, en *EC TaxReview*, Volume 6, Issue 4, págs. 206-215.

IRANZO TACORONTE, F. (1992). “Adaptación del régimen fiscal de las fusiones y escisiones de empresas, aportaciones no dinerarias de ramas de actividad y canjes de

valores a la directiva comunitaria de 23 de julio de 1990”, en *Carta Tributaria. Monografías*, núm. 155, págs. 1-16.

JIMÉNEZ MARTÍN, F., RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, L. (2011). “Cláusulas antielusión y convenios para evitar la doble imposición: cuestiones no resueltas”, en *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm. 339, págs. 59-108.

LARRIBA DÍAZ-ZORITA, A. (2007). “Evolución del tratamiento contable de las permutas”, en *Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas*, núm. 80, págs. 82-86.

LARRIBA DIAZ-ZORITA, A, MIR FERNÁNDEZ, C. (2010). “Aspectos contables de la ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, en *Revista de derecho de sociedades*, núm. 34, págs. 167-199.

LÁZARO SÁNCHEZ, E.J. (2009). “Sección 3.ª Escisión”, en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas. Real Decreto Legislativo 1.564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (Vol. 3.)*, ARROYO MARTÍNEZ, I., EMBID IRUJO, J.M., GÓRRIZ LÓPEZ, C. (Coord.), Tecnos, Madrid, págs. 2399-2462.

LLEDÓ YAGÜE, F., HERRERA CAMPOS, R., MONJE BALMASEDA, O., GUTIÉRREZ BARRENGOIA, A. (2002). *Derecho de sucesiones*, Dykinson, Madrid.

LÓPEZ GETA, J.M. (1989). “Responsabilidad y sucesión en las deudas tributarias”, en *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, vol. I, págs. 1224-1236.

- (2016). “Las sociedades civiles como contribuyentes en el Impuesto sobre Sociedades”, *Carta tributaria. Revista de opinión*, núm. 12, págs. 95-102.

LÓPEZ IRANZO, F. (1992). Adaptación del régimen fiscal de las fusiones y escisiones de empresas, aportaciones no dinerarias de ramas de actividad y canjes de valores a la directiva comunitaria de 23 de julio de 1990, en *Carta tributaria*, núm. 55.

- (1994). “Neutralidad fiscal y normativa contable de la fusión de sociedades (Ley 29/1991 y Normas del ICAC) (I)”, en *Carta Tributaria. Monografías*, núm. 205, págs. 1-11.

- (1994). “Neutralidad fiscal y normativa contable de la fusión de sociedades (Ley 29/1991 y Normas del ICAC) (II)”, en *Carta Tributaria. Monografías*, núm. 206, págs. 1-12.

LÓPEZ-LÓPEZ, A.M., ROCA TRIAS, E., MONTÉS PENADÉS, V.L., CAPILLA RONCERO, F. de S. (1999). *Derecho de sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia.

LÓPEZ RODRIGUEZ, J. (Coord.), (2011). *Comentarios de Derecho Fiscal Comunitario. Análisis e interacción con la normativa fiscal española*. Asociación Española de Asesores Fiscales, Madrid.

LOPEZ TELLO, J. (2000). “La cláusula antiabuso del régimen fiscal de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 16, págs. 245-268.

- (2010). “La cláusula antiabuso del Régimen Fiscal de Fusiones tras la sentencia del TJCE de 20 de mayo de 2010, *Modehuis A. Zwijnengurg BV*”, en *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. 27, págs. 45-54.

LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J.A. (1992). “Régimen fiscal de las fusiones, escisiones, aportaciones no dinerarias de ramas de actividad y canje de valores”, en *Tribuna Fiscal: Revista Tributaria y Financiera*, núm. 19, págs. 54-70.

- (1996). “Fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores”, en *Guía del Impuesto sobre Sociedades*, DÍAZ YANES, I., UCELAY SANZ, I., LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J.A., TOMÉ MUGURIZA, B., CISS, Valencia, págs. 769-828.

- (2000). *Operaciones de reestructuración empresarial*, Francis Lefebvre, Madrid.

- (2007). “Combinación de negocios – Impuesto sobre Sociedades”, en *Actum fiscal*, núm. 8, pág. 35.

LUCAS DURÁN, M. (2016). “Sanciones administrativas para algunas conductas de elusión tributaria: el nuevo artículo 206 bis de la LGT y posibles alternativas del mismo”, en *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm. 397, págs. 5-58.

MAGRANER MORENO, F.J. (2020). “La calificación jurídica del arrendamiento de inmuebles como actividad económica: más sombras que luces”, en *Revista española de derecho financiero*, núm. 188, págs. 91-124.

- MAMBRILLA RIVERA, V. (1991). "Fundación con aportaciones "in natura"", en *Derecho de sociedades anónimas: [en homenaje al profesor José Girón Tena]*, Vol.1, estudios coordinados por ALONSO UREBA, A. (Coord.), Civitas, Madrid, págs. 729-774.
- MARÍN BENÍTEZ, G. (2016). "La sucesión de empresa y la subrogación del sucesor en la relación jurídico-tributaria del anterior empresario", en *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm. 401-402, págs. 51-78.
- MÁRQUEZ Y MÁRQUEZ, A. (2004). "La planificación fiscal, los motivos económicos válidos y el deber de contribuir: Artículo 110.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades", en *Quincena fiscal*, núm. 10, págs. 37-47.
- MARTÍN FERNÁNDEZ, J. (2000). "Luces y sombras del régimen jurídico de las consultas tributarias", en *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, núm. 2, págs. 629-645.
- MARTÍNEZ ALFONSO, A.P., BORRÁS AMBLAR, F. (2021). *Casos prácticos de operaciones de reestructuración empresarial. Fusiones, escisiones, adquisiciones de negocio, aportaciones no dinerarias, canje de valores y otras operaciones*, CISS, Valencia.
- MARTÍNEZ ALMEIDA, A. (1950). "Naturaleza jurídica de la aportación a sociedad", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 5, págs. 219-243.
- MARTÍNEZ ARIAS, A.M., GARCÍA ALVAREZ, E. (2002). "Contabilidad y fiscalidad desde una perspectiva creativa", en *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm. 226, págs. 177-206.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, D. (1996). "La interpretación de las normas tributarias y el fraude de ley en la ley 25/1.995 de modificación de la L.G.T", en *Carta tributaria. Monografías*, núm. 256, págs. 1-11.
- MARTÍNEZ-RADIO, A. de la E. (1960). "Tradición instrumental y aportación social", en *Revista de derecho mercantil*, núm. 78, págs. 457-492.
- MATEU DE ROS, R. (1996). "Economía de opción, negocio indirecto y fraude de ley tras la reforma de 1995 de la Ley General Tributaria", en *Gaceta fiscal*, núm. 147, págs. 20-47.
- MAZORRA MANRIQUE DE LARA, S. (1992). "Régimen jurídico de la responsabilidad tributaria", en *Crónica tributaria*, núm. 64, págs. 69-87.

MENÉNDEZ GARCIA, G. (2000). "Realización de operaciones de fusión, escisión, aportación no dineraria y canje de valores "con fines de fraude o evasión fiscal": cláusula antiabuso comunitaria y artículo 110.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades", en *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 14.

MERINO ANTIGÜEDAD, J.M. (1988). "La compensación fiscal de pérdidas", en *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, Vol.I., págs. 671-680-

MONCHE MARISTANY, A., NIN ROS, J.M. (1992). "El nuevo régimen legal de las fusiones y escisiones de empresas, aportaciones de activos y canje de valores (Posibilidades prácticas)", en *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, Vol. II, págs. 92-104.

MONTESINOS OLTRA, S. (2000). *La compensación de bases imponibles negativas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

- (2009). "La subrogación en el derecho a compensar bases imponibles negativas en procesos de reestructuración empresarial: improcedencia en el caso de aportación de rama de empresa por una persona física", en *Quincena fiscal*, núm. 22, págs. 83-89.

- (2016). "Aplicación de cantidades pendientes de compensación o deducción y opciones tributarias: análisis del nuevo apartado 4 del artículo 119 de la Ley General Tributaria", en *Crónica tributaria*, núm. 161, págs. 97-143.

MORENO QUESADA, B. (2002). *Curso de Derecho Civil IV: Derecho de Familia y Sucesiones*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

MORILLO MÉNDEZ, A. (1995). "La consulta tributaria vinculante", en *Gaceta fiscal*, núm. 136, págs. 169-182.

MOSCHETTI, F. (1980). *El principio de capacidad contributiva*, Ministerio de Hacienda, Madrid.

MUÑOZ MERINO, A. (1996). *Privilegios del crédito tributario: el derecho de prelación general*, Aranzadi, Pamplona.

NAVARRO EGEA, M. (1996). *El régimen tributario de la Ley 29/1991: una opción para la reestructuración de empresas*, Tesis doctoral, Universidad de Murcia.

- (1997). *Fiscalidad de la reestructuración empresarial: la fusión y la escisión*, Marcial Pons, Madrid.

- (2016). *La neutralidad fiscal de las aportaciones de rama de actividad*, Aranzadi, Cizur Menor.

ORÓN MORATAL, G. (Coord.), (1999). *Estatuto del contribuyente: Ley 1/1998 de Derechos y Garantías de los Contribuyentes*, Francis Lefebvre, Madrid.

PALAO TABOADA, C. (1978). "La elusión fiscal mediante sociedades. Comentarios a los artículos 38 y 40 de la Ley 50, de 14 de noviembre de 1977", en *Revista española de derecho financiero*, núm. 15-16.

- (2002). "Los "motivos económicos válidos" en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales", en *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm. 235, págs. 63-110.

- (2004). "El concepto de "rama de actividad" en el Régimen Fiscal de las reorganizaciones empresariales", en *Tributos y Empresas*, PONT MESTRES, M. (Homentages), Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, págs. 631-650.

PARDO PÉREZ, F. (2002). "Análisis de los cambios en la normativa contable internacional de las combinaciones de empresas: Una referencia a la problemática del fondo del comercio", en *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm. 226, págs. 207-232.

PASCUAL PEDREÑO, E. (1998). *Impuesto sobre sociedades y contabilidad*, Lex Nova, Valladolid.

PÉREZ ARRAIZ, J. (1996). *El fraude de Ley en el derecho tributario*, Tirant lo Blanch, Valencia.

PÉREZ GARDEY, J.M. (2018). "El arrendamiento de inmuebles como actividad económica", en *Carta tributaria. Revista de opinión*, núm. 40, pág. 3.

PITA GRANDAL, A.M., ANEIROS PEREIRA, J. (2012). "La cláusula antiabuso en las fusiones desde la perspectiva comunitaria y española", en *Crónica tributaria*, núm. 144, págs. 111-148.

POLO SORIANO, A. (1993). Los conceptos de fusión y escisión en la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, y su ámbito de aplicación", en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 96, págs. 131-140.

PONT CLEMENTE, M. (2001). “Aportación de ramas de actividad por un empresario individual al amparo del artículo 108 de la LIS: El principio de neutralidad fiscal frente a la exigencia de que los bienes afectos lo hayan sido durante tres años”, en *Quincena fiscal*, núm. 19, págs. 9-18.

POTITO, E. (1964). *La successione nei rapporti tributari*, Jovene, Napoli.

PRÓSPER ALMAGRO, A. B. (2017). “Modificaciones estructurales y motivos económicos válidos: logros, conflictos y desafíos pendientes”, en *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm. 412, págs. 5-46.

QUINTAS SEARA, A. (2021). *Fiscalidad de las reorganizaciones empresariales en la Unión Europea: estudio de la Directiva Fiscal de Fusiones*, Marcial Pons, Madrid.

RAMOS SÁNCHEZ, S. (2014). “Escisión parcial. Escisión de un negocio a una sociedad preexistente”, en *Quincena fiscal*, núm. 18, págs. 107-114.

RIVAS MARTÍNEZ, J.J. (1997). *Derecho de Sucesiones: común y foral I*, Dykinson, Madrid.

RODRIGO CHAQUES, G. (2021). “El concepto de ventaja fiscal en el régimen de diferimiento tributario ante la ausencia de motivo económico válido, antes y después de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre.”, en *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm. 463, págs. 83-104.

RODRÍGUEZ GARAVITO, C., MARTÍN MORENO, A. (Dir.), (1996). *Comentarios de urgencia a la Ley del Impuesto sobre Sociedades*, Lex Nova, Valladolid.

ROJÍ CHANDRO, L. A., DIZY MENÉNDEZ, D. (2016). “Aportaciones de socios no integradas en el capital social”, en *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 66, págs. 179-192.

ROMERO FLOR, L.M<sup>a</sup>. (2017). “El “nuevo criterio jurisprudencial” de aplicación de sanciones en el indebido disfrute del incentivo fiscal en las operaciones de reestructuración: Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo 2589/2016, de 13 de diciembre.”, en *Nueva Fiscalidad*, núm.1, págs. 255-265.

ROMERO GARCÍA, F. (1998). *Los periodos infraanuales en el impuesto sobre la renta*, Aranzadi, Pamplona.

ROMERO REY, J.F. (2019). *Régimen jurídico de las ramas de actividad en nuestro ordenamiento tributario*, Tesis Doctoral, Universidad de Córdoba.

RUBIO OLIVER, R. (2018). "Alcance de las cláusulas antiabuso de la Directiva Matriz-Filial en relación con los dividendos distribuidos a matrices europeas (Análisis de la STJUE de 20 de diciembre de 2017, asuntos acumulados C-504/16 y C-613/16).", en *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm. 420, págs. 125-132.

RUDING, O. (1992). *Report of the Committee of Independent Experts on company taxation. Executive summary. March 1992*, EU Commission – Working Document.

RUIBAL PEREIRA, L. (1997). *La sucesión en derecho tributario: especial referencia a la sucesión de empresa*, Lex Nova, Valladolid.

- (1998) "Concepto y régimen jurídico de la operación de aportación de rama de actividad.", en *Estudios sobre el impuesto de sociedades*, YEBRA MARTUL-ORTEGA, P., GARCÍA NOVOA, C., LÓPEZ DÍAZ, A. (Coords.), Comares, Granada, págs. 467-494.

RUIZ GÓNZALEZ, R. J. (1995). "Régimen fiscal de la escisión", en *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, núm. 2, págs. 588-612.

RUIZ TOLEDANO, J. I. (1998). *El fraude de ley y otros supuestos de elusión fiscal*, CISS, Valencia.

- (1998). "Fraude de ley, simulación y calificación en el Derecho tributario", en *Fiscal mes a mes*, núm. 29, págs. 51-60.

RUIZ ZAPATERO, G. G. (1992). "Régimen fiscal de las operaciones internas y transnacionales de fusión, escisión, aportación y canje de acciones", en *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, Vol. II, págs. 381-397.

SAINZ DE BUJANDA, F. (Dir.), (1975). *Notas de Derecho Financiero: redactadas en el Seminario de Derecho Financiero de la Universidad de Madrid*, Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones e Intercambio, Madrid.

SALVADOR MONTIEL, M.D. (2008). "Los activos en el nuevo Plan General de Contabilidad: reconocimiento y valoración.", en *Estudios Financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm. 304, págs. 119-132.

- (2008). "Nuevo PGC: el marco conceptual y la regulación contable de las combinaciones de negocios", en *Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas*, núm. 82, págs. 9-12.



SÁNCHEZ CALERO, F. (2002). *Instituciones de Derecho Mercantil*, McGraw-Hill, Interamericana de España.

SÁNCHEZ GALIANA, J.A. (1985). "Problemática de la sucesión en las deudas tributarias por transmisión de negocios", en *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, Vol. II, págs. 373-409.

SÁNCHEZ MANZANO, J.D. (2012). "Análisis de determinadas soluciones administrativas en torno al concepto de rama de actividad", en *Quincena fiscal*, núm. 13, págs. 83-97.

- (2012). "Posibilidad de tutela por parte del régimen fiscal de la reestructuración empresarial de los aumentos de capital por compensación de créditos: posible operatividad de una interpretación teleológica", en *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm. 353-354, pág. 137.

- (2013). "Asunción fiscal de la retroacción contable para fusiones y escisiones: análisis del artículo 91 del TRLIS", en *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm. 361, págs. 1-20.

- (2013). "La subrogación en determinados créditos tributarios para las personas jurídicas en el marco de las operaciones de reestructuración empresarial y su interrelación con el fenómeno de la sucesión universal mercantil", en *Quincena fiscal*, núm. 17, págs. 19-36.

- (2021). "El principio de neutralidad y el requisito de preexistencia de la rama de actividad perfilado por la Doctrina Administrativa y la Jurisprudencia en relación con la escisión parcial", en *Quincena fiscal*, núm. 6, págs. 77-106.

SÁNCHEZ OLIVÁN, J. (1993). *La fusión de sociedades: estudio económico, jurídico y fiscal*, EDERSA, Madrid.

- (1993). "Régimen fiscal de las operaciones de reestructuración empresarial", en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 96, págs. 141-148.

- (1998). *La fusión y la escisión de sociedades, aportación de activos y canje de valores, cesión global del activo y del pasivo*, Editoriales de Derecho Reunidas. EDERSA, Madrid.

SANZ GADEA, E. (1991). *El impuesto sobre Sociedades*, Centro de Estudios Financieros, Madrid.

- 
- (1993). “La aportación de ramas de actividad: aspectos fiscales y contables”, en *Partida doble*, núm. 34, págs. 4-8.
  - (2001). “Novedades introducidas en la normativa del Impuesto sobre Sociedades por las Leyes 13/2000 y 14/2000”, en *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm. 215, págs. 99-132.
  - (2007). “Implicaciones fiscales del nuevo Plan General de Contabilidad”, *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm. 295, págs. 97-142.
  - (2022). “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo respecto del régimen fiscal de las operaciones de reestructuración empresarial”, en *Documentos- Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 1.
- SEBASTIÁN QUETGLAS, R., JORDANO LUNA, M. (Coord.), (2021). *Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*, WoltersKluwer España, Madrid.
- SERRANO ANTÓN, F. (1996). *Las devoluciones tributarias*, Marcial Pons, Madrid.
- (1996). “La hacienda pública como titular de situaciones subjetivas pasivas en la obligación de devolución”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Estudios de derecho financiero y tributario: homenaje al profesor Fernando Vicente-Arche Domingo*, núm. Extra 20, págs. 319-338.
- SIMÓN ACOSTA, E.A. (1979). “Las retenciones de los nuevos impuestos sobre la renta en la quiebra”, en *Hacienda Pública Española*, núm. 57, págs. 223-236.
- (1992). “Alcance de la responsabilidad del sucesor en la titularidad de una empresa”, en *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, parte Presentación.
  - (1993). “Alcance de la responsabilidad por sucesión en una explotación”, en *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, parte Presentación.
  - (1993). “Naturaleza y extensión de la responsabilidad tributaria solidaria”, en *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, parte Presentación.
  - (1995). “Sucesión en las deudas tributarias” *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*.
  - (1996). “La exigencia de responsabilidad al titular de bienes afectos”, en *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, parte Presentación.

- (1996). “No cabe equiparar el régimen jurídico de la afección de bienes a un supuesto de responsabilidad solidaria”, en *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, parte Presentación.

- (1996). “Responsabilidad por sucesión de empresa; toda una doctrina administrativa a revisar”, en *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, parte Presentación.

- (1998). “Dos esclarecedoras sentencias en torno al entendimiento de la responsabilidad solidaria en Derecho Tributario [Comentario a la Sentencia a la SAN de 9 marzo 1998 (JT 1998, 905) y STSJ Cataluña de 21 mayo 1998 (JT 1998, 917)]”, en *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, parte Presentación.

SIMÓN YARZA, M<sup>a</sup>.E. (2022). “Analogía y fraude de ley en aportaciones no dinerarias (comentario a la STS 3677/2021, de 1 de octubre de 2021)”, en *Nueva fiscalidad*, núm. 1, págs. 199-210.

SOTO LÓPEZ, D. (2015). “La cláusula antiabuso del régimen fiscal especial de reestructuraciones”, en *Crónica tributaria*, núm. 157, págs. 181-206.

- (2015). “Las implicaciones fiscales en el Impuesto sobre Sociedades de los efectos contables retroactivos de fusiones y escisiones tras la entrada en vigor de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre”, en *Revista técnica tributaria*, núm. 111, págs. 91-104.

SUAREZ MOSQUERA, C. (2008). “Aspectos principales del nuevo plan de Contabilidad y su efecto en el impuesto sobre sociedades”, en *Documentos - Instituto de Estudios Fiscales*, núm.1, págs. 1-33.

TRÍAS SAGNIER, M. (Coord.), (2001). *Las operaciones societarias de modificación estructural: análisis de su tratamiento jurídico tributario y contable*, Tirant lo Blanch, Valencia.

URÍA, R. (2000). *Derecho Mercantil (27<sup>a</sup> Ed.)*, Marcial Pons, Madrid.

VARONA ALABERN, J.E. (1998). *Extinción de la obligación tributaria: novación y confusión*, Lex Nova, Valladolid.

VICENT CHULIÁ, F. (1971). *Concentración y unión de empresas ante el Derecho Español*, Confederación Española de Cajas de Ahorros, Madrid.

- (1985). “El Derecho Fiscal al servicio de la institucionalización de la empresa”, *Hacienda Pública Española*, núm. 94, págs. 317-361.

- (1997). *Introducción al derecho mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia.

- (2001). "Introducción", en *Las operaciones societarias de modificación estructural: análisis de su tratamiento jurídico tributario y contable*, TRÍAS, M. (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 17-67.

VILLAR EZCURRA, M. (2004). "Los efectos en el Derecho español de la doctrina del *business purpose* y de la noción comunitaria de motivo económico válido", en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 239, págs. 109-119.

WERT ORTEGA, M. (2002). "El fraude de ley tributaria: procedencia de su aplicación y procedimiento para declararlo", en *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 228.

YANGÜELA, R. (2018). "Aumento de capital por compensación de créditos y fraude de socios", en *Revista Consumo y Empresa*, núm. 7, págs. 9-19.

VVAA. (1990). *Diccionario de la Lengua Española. Vigésima Primera Edición. Real Academia Española*, Espasa, Madrid.

VVAA. (1994). *Informe para la reforma del Impuesto sobre Sociedades*, Ministerio de Economía y Hacienda.

VVAA. (1996). *Memento Práctico Contable*, Ediciones Francis y Taylor, Madrid.

VVAA. (2005). *Informe de 10 de octubre de 2005 de la Dirección General de Tributos, sobre la posibilidad de inaplicación parcial del régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores en operaciones de escisión-venta*.

VVAA. (2016). *Nota sobre la Resolución del ICAC de 9 de febrero de 2016: normas de registro, valoración y elaboración de las cuentas anuales para la contabilización del IS*, Asociación Española de Asesores Fiscales (AEDAF), Sección de contabilidad.