

DOCUMENTOS

RÉGIMEN FISCAL DE LA SOCIEDAD EUROPEA^(*)

Autores: *Juan López Rodríguez*
Inspector de Hacienda del Estado

Pedro M. Herrera Molina
Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario
Universidad Complutense de Madrid

DOC. N.º 19/03

(*) Este trabajo ha sido elaborado para su publicación en la obra colectiva "La Sociedad Europea" (Coord. Gaudencio Esteban Velasco y Luis Fernández del Pozo), Ed. Marcial Pons-Registradores de España (en prensa). Los autores desean agradecer a Frau Dorothee Zara-Moldenhauer, del *Institut für Steuerrecht* de la Universidad de Colonia la documentación que amablemente nos ha facilitado. También deseamos agradecer al Profesor Gaudencio Esteban Velasco su amable y rigurosa dirección, así como los diversos documentos y criterios con que ha orientado la elaboración de este trabajo. Juan López Rodríguez ha redactado los epígrafes IV a VIII; Pedro M. Herrera ha redactado los epígrafes I a III, IX y X. Ambos autores han revisado y aportado ideas al conjunto del trabajo.



INSTITUTO DE
ESTUDIOS
FISCALES

N.B.: Las opiniones expresadas en este documento son de la exclusiva responsabilidad de los autores, pudiendo no coincidir con las del Instituto de Estudios Fiscales.

ÍNDICE

- I. CONCEPTO Y FUENTES
- II. INCIDENCIA DE LOS PRINCIPIOS COMUNITARIOS
- III. INCIDENCIA DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES
- IV. FISCALIDAD DE LA CONSTITUCIÓN
 - IV. 1. Referencia al marco jurídico-fiscal
 - IV. 2. Constitución por la fusión de dos o más sociedades de capital existentes de por lo menos dos Estado de UE diferentes
 - IV. 2.1. Tributación sobre la renta de sociedades
 - IV. 2.2. Tributación sobre las aportaciones de capital
 - IV. 3. Por la formación de una sociedad *holding* de cartera promovida por sociedades anónimas o de responsabilidad limitada de por lo menos dos Estados miembros diferentes
 - IV. 3.1. Tributación sobre la renta de sociedades
 - IV. 3.2. Tributación de las aportaciones de capital
 - IV. 3.3. Tributación en el IVA
 - IV.4. Por la formación de una filial de sociedades de por lo menos dos Estados miembros diferentes
 - IV.4.1. Constitución mediante suscripción de capital y aportaciones dinerarias
 - IV.4.2. Constitución mediante suscripción de capital y aportaciones no dinerarias
 - IV.5. Mediante la transformación de una sociedad de responsabilidad limitada pública que ha tenido otra filial en otro Estado miembro por lo menos dos años
- V. FISCALIDAD DE LA ACTIVIDAD DE LAS SOCIEDADES EUROPEAS
 - V.1. Imposición directa
 - V.1.1. Aspectos generales
 - V.1.2. Tributación internacional
 - V.2. Imposición indirecta
 - V.3. Imposición autonómica y local
- VI. TRIBUTACIÓN ANTE EL CAMBIO DE DOMICILIO SOCIAL
- VII. TRIBUTACIÓN CON OCASIÓN DE LA EXTINCIÓN
- VIII. PLANIFICACIÓN FISCAL
- IX. PECULIARIDADES EN LA RECAUDACIÓN: RESPONSABILIDAD TRIBUTARIA DE LOS ÓRGANOS DE DIRECCIÓN Y CONTROL
- X. CONCLUSIONES

I. CONCEPTO Y FUENTES

Entendemos por régimen fiscal de la sociedad europea el conjunto de normas comunitarias y nacionales que regulan las obligaciones y deberes tributarios derivados de la constitución, funcionamiento y extinción de dicha sociedad. Tales obligaciones pueden surgir a cargo de la propia SE o de terceras personas (particularmente los socios y las entidades que intervengan en su constitución). La Propuesta inicial de 10 de octubre de 1970 contenía diversas previsiones fiscales que en 1989 quedaron reducidas a un precepto sobre pérdidas de establecimientos permanentes (Propuesta de 25 de agosto de 1989). Aun esta referencia terminó por desaparecer en la Propuesta de 16 de mayo de 1991¹. Actualmente, ni las normas comunitarias ni la legislación de los Estados miembros prevén *de manera específica* el régimen fiscal de la sociedad europea. Sin embargo, las peculiares características de esta sociedad –y muy especialmente de su constitución– exigen una detallada interpretación de las normas “generales” para determinar su aplicación a la SE.

Esta es la labor que afrontamos en este trabajo distinguiendo la creación, funcionamiento y vicisitudes de la sociedad y extinción. Se trata de una tarea compleja, que podía abordarse desde dos perspectivas: unificando los aspectos comunes a las diversas situaciones jurídicas y destacando las peculiaridades, o bien analizando de modo detallado cada una de las citadas situaciones. La primera solución es la más elegante desde el punto de vista sistemático, pues permite evitar reiteraciones. La segunda presenta notables ventajas desde el punto de vista didáctico pues permite trazar un cuadro más completo sin el riesgo de incurrir en simplificaciones que podrían originar cierta confusión en una materia tan compleja². No obstante, ofrecemos también un planteamiento general, desde la atalaya de los principios constitucionales y comunitarios y unas conclusiones en las que se resume sucintamente el mencionado régimen fiscal. Además, el estudio se completa con algunas consideraciones sobre la adecuada planificación fiscal.

Desde el punto de vista comunitario las *fuentes* de nuestro análisis radican esencialmente en la Directiva sobre régimen fiscal de las fusiones (90/434/CEE), la Directiva matriz-filial (90/435/CEE) y la Directiva sobre gravamen de concentración de capitales (69/335/CEE). Desde la perspectiva interna resulta relevante –de modo especial– la normativa del Impuesto sobre Sociedades, el Impuesto sobre la Renta y el ITP-AJD, además del Impuesto sobre la Renta de no Residentes. A todo ello se suman los convenios de doble imposición que resulten aplicables.

Además, desde la perspectiva comunitaria debe hacerse referencia a los preceptos del Tratado que establecen las libertades comunitarias –particularmente la libertad de establecimiento– y a la jurisprudencia que ha interpretado dichas libertades forzando una cierta aproximación de las legislaciones nacionales. También hemos de hacer una sucinta mención a los principios constitucionales de igualdad y capacidad económica.

II. INCIDENCIA DE LOS PRINCIPIOS COMUNITARIOS

Desde la perspectiva comunitaria el principal problema que plantea la SE es su ausencia en el elenco de entidades protegidas por la Directiva sobre el régimen fiscal de las fusiones. Esta si-

¹ Cfr. HERZIG, N - GRIEMLA, S., “Steuerliche Aspekte der Europäischen aktiengesellschaft / Societas Europaea (SE)”, *Steuer und Wirtschaft*, 1/2002, pág. 56.

² Siguen esta sistemática detallada, aunque limitándose a la constitución y al cambio de domicilio social HERZIG, N-GRIEMLA, S., “Steuerliche Aspekte...”, págs. 55 y ss.



tuación resulta especialmente grave, pues la norma pretende favorecer las operaciones de reestructuración empresarial en el ámbito comunitario, objetivo en el que coincide con el Reglamento de la Sociedad Europea. Es más, la SE se constituirá en la mayoría de los casos mediante operaciones incluidas en el ámbito *objetivo* de la Directiva sobre régimen fiscal de las fusiones.

Como veremos, la Directiva delimita su ámbito subjetivo mediante una enumeración exhaustiva, que no parece permitir su extensión por analogía a la SE. Esto significa que la Directiva 90/434CEE *no obliga por sí misma* a que los Estados miembros equiparen el régimen de la SE al de una sociedad de capital por acciones. Naturalmente, la mencionada Directiva *tampoco se opone* a dicha equiparación.

Por su parte –volveremos sobre este punto– el Reglamento de la SE establece el carácter supletorio de “las disposiciones legales de los Estados miembros que fuesen de aplicación a una sociedad anónima constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social” [art. 9.c) ii] y añade que “sin perjuicio de las disposiciones del presente Reglamento, la SE recibirá en cada Estado miembro el mismo trato que una sociedad anónima constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social” (art. 10). Algunos autores sostienen que tales preceptos extienden su eficacia al ámbito fiscal³.

Pues bien, con independencia de la interpretación más correcta de las citadas normas, entendemos que una *discriminación fiscal* de la SE frente a las sociedades de capital de los Estados miembros sería contraria a la libertad de establecimiento garantizada por el art. 43 del Tratado CE:

“En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.

La libertad de establecimiento comprenderá (...) la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 48, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales” (art. 43 TCE). Con arreglo al art. 48, “por sociedades se entiende las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo”.

Este precepto no exige que cada Estado miembro someta al mismo régimen fiscal a todas sus sociedades (en el amplio sentido del art. 48 TCE) pero, a nuestro juicio, se opone a una discriminación de una modalidad societaria creada con el fin de facilitar “operaciones de reestructuración y cooperación en las que intervienen empresas de distintos Estados miembros”, superando “dificultades de orden jurídico, *fiscal* y psicológico” (considerando 3.º del Reglamento SE). La propia exposición de motivos del Reglamento añade que “los Estados miembros tienen la obligación de garantizar que ninguna de las disposiciones aplicables a las Sociedades Europeas en virtud del presente Reglamento entrañe discriminaciones derivadas de un tratamiento injustificadamente distinto de una Sociedad Europea con respecto a las sociedades anónimas ni limitaciones desproporcionadas a la constitución de una Sociedad Europea o al cambio de su domicilio” (considerando 5.º).

Pues bien, una vez que la normativa comunitaria prevé esta nueva figura –sustancialmente equiparable a la sociedad anónima pero creada con el fin de facilitar operaciones de reestructuración intracomunitarias– *el art. 43 TCE* exige, a nuestro entender, que no se produzca una discriminación fiscal de tales sociedades. Por tanto, tal precepto obliga a los Estados miembros a extender a la Sociedad Europea las ventajas fiscales previstas para las operaciones de fusión por la

³ Vid. HERZIG, N-GRIEMLA, S., “Steuerliche Aspekte...”, cit. 59. Estos autores se basan en el tenor literal de este precepto y en la finalidad de la “Sociedad Europea” como figura jurídica destinada a facilitar el régimen de fusiones intracomunitarias (pág. 57).

Directiva 90/434/CEE, con independencia de los problemas interpretativos que plantean los arts. 9. c) ii y 10 del Reglamento SE⁴.

Tal vez se trate de una opinión polémica, pero pensamos que encuentra respaldo indirecto en la jurisprudencia comunitaria sobre el régimen fiscal de las filiales (asuntos *ICI*, relativo a la compensación de pérdidas (STJCE 16.7.1998, C-264/96); *X AB*, referente a un supuesto de reorganización empresarial (STJCE 18.11.1999, C-200/98), y *Metallgesellschaft*, en el que se analiza un supuesto de pago a cuenta del Impuesto sobre Sociedades (*Advanced Corporation Tax*) con motivo del reparto de dividendos (C-397/98 y C-410/98)⁵. El Tribunal no ha admitido en ningún caso un trato discriminatorio, pese a las diversas justificaciones alegadas por los Estados miembros (coherencia fiscal, pérdida de recaudación)⁶. De especial interés resulta la STJCE 18.11.1999, relativa a la operación de reestructuración empresarial llevada a cabo por una sociedad matriz (*X AB*) y su filial (*Y AB*), residentes ambas en Suecia. *X* posee parte de las acciones de *Y* a través de filiales en otro Estado miembro, con el que Suecia ha firmado CDI con cláusula de no discriminación. Pues bien, según la legislación sueca, esto excluía ciertas ventajas fiscales a la reestructuración empresarial que serían aplicables si todas las filiales fuesen residentes en Suecia. El Tribunal entiende que la diferencia de trato en función del Estado de la sede quebranta la libertad de establecimiento. Pensamos que el argumento sería trasladable a la discriminación de una SE –de proyección europea– frente a una sociedad anónima constituida con arreglo al Derecho nacional.

Cabe mencionar también el asunto *Halliburton Services*⁷ en el que el Tribunal considera discriminatorio y contrario a la libertad de establecimiento un tributo sobre la transmisión de inmuebles para el que existía una exención en el caso de reorganizaciones empresariales de ámbito nacional⁸.

Desde luego, el anterior argumento es trasladable a otras posibles discriminaciones fiscales de la SE frente a las sociedades de capital por acciones constituidas con arreglo al Derecho nacional. Así sucede con la aplicación del régimen previsto en la Directiva matriz-filial. Pensamos que la falta de una norma armonizadora expresa –en los casos que analizamos, una laguna en la norma armonizadora– no puede justificar una discriminación de este tipo⁹.

⁴ Sobre dichos preceptos y su incorporación por el legislador español, cfr. RUIZ HIDALGO, C., *Tributación de la empresa en la Unión Europea. Estudio de su regulación jurídica y jurisprudencial*, Marcial Pons, Madrid, 2002, págs. 98 y ss. Como ha puesto de relieve NAVARRO EGEA, la rápida incorporación de la Directiva a nuestro ordenamiento se ha visto favorecida por la normativa civil que reconocía la virtualidad de la fusión internacional en nuestro ordenamiento, a diferencia de lo que sucedía en otros Estados miembros (NAVARRO EGEA, M. *Fiscalidad de la reestructuración empresarial. La fusión y la escisión*, Marcial Pons, Madrid, 1997, 138).

⁵ Como advierte SANTABÁRBARA RUPÉREZ, J., “es difícil aplicar como precedente los casos resueltos por el TJCE [sobre el principio de no discriminación en el ámbito fiscal] pues los puntos de partida son diferentes y, por tanto, las conclusiones son difícilmente extrapolables a supuestos diversos. No obstante” –precisa este autor– “existe en los pronunciamientos más recientes del Tribunal europeo de Justicia una tendencia expansiva hacia la máxima protección de las libertades comunitarias –especialmente la libre circulación de trabajadores y la libertad de establecimiento–, que se traduce en la ilegalidad de las medidas fiscales internas que limiten directa o indirectamente estas libertades” (*La no discriminación fiscal*, EDERSA, Madrid, 2001, pág. 380).

⁶ Cfr. un análisis de conjunto de la jurisprudencia comunitaria en la obra de CAAMAÑO ANIDO, M.A., CALDERÓN CARRERO, J.M., MARTÍN JIMÉNEZ, A., *Jurisprudencia Tributaria del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Tomo II (1996-1999), La Ley, 2000, págs. 5 y ss., y . A.J. MARTÍN JIMÉNEZ – J.M. CALDERÓN CARRERO, *Imposición directa y no discriminación comunitaria*, Edersa, Madrid, 2000. Cfr. también los trabajos de VILLAR EZCURRA, M., “Integración Económica Europea y Fiscalidad”, *Unión Europea Aranzadi*, 12/1997, págs. 45 y ss. y “Aportaciones de la jurisprudencia comunitaria en materia fiscal a la práctica jurídica”, *Unión Europea Aranzadi*, 6/2002, págs. 12 y ss.

⁷ STJCE 12.4.1994, *Halliburton Services*, as. C-1/93.

⁸ Cfr. MARTÍN JIMÉNEZ, A., *Towards Corporate Tax Harmonization in the European Community. An Institutional and Procedural Analysis*, Kluwer, 1999, pág. 231.

⁹ Pensamos que no cabe rechazar esta idea extrapolando las conclusiones de la Sentencia *Esposos Gilly* (STJCE 12.5.1998, AS. c-336/96). Como advierte GARCÍA PRATS, F., la falta de armonización de la normativa estatal “no permite afirmar que dicha situación pueda justificar, en todo caso, la práctica restrictiva o discriminatoria y, de este modo, escapar a las obligaciones comunitarias impuestas a los Estados” (*Imposición directa, no discriminación y Derecho comunitario*, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 179). Como veremos, la excepción del caso *Daily Mail* (STJCE 27.9.1988, C-81/87), tampoco puede extrapolarse, pues el tribunal intenta evitar un supuesto de elusión fiscal que rayaba en el fraude de ley.



III. INCIDENCIA DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Por otra parte, es posible defender que una discriminación de la SE frente a otras formas societarias equivalentes constituiría una discriminación contraria al principio de igualdad, garantizado constitucionalmente en diversos Estados miembros. En un esfuerzo de síntesis podemos señalar dos concepciones sobre el principio de igualdad presentes en la jurisprudencia constitucional española y alemana. Según la teoría clásica, la igualdad requiere una medida de comparación, que en ámbito tributario está constituida por la capacidad económica (el beneficio de la empresa sometida a gravamen); según la tesis de la interdicción de la arbitrariedad, es posible someter a un gravamen desigual a sujetos que presenten la misma capacidad económica, siempre que exista un *motivo razonable* para ello. La jurisdicción constitucional sólo puede controlar aquellos supuestos en que el legislador haya actuado *de forma arbitraria*¹⁰.

La jurisprudencia predominante se inclina por un *modelo corregido de la interdicción de la arbitrariedad*¹¹: no basta que el legislador alegue un motivo “razonable” para justificar la desviación del principio de capacidad económica; es preciso que la discriminación sea *idónea* para alcanzar dicho fin y que sus consecuencias no sean desproporcionadas.

En esta línea resulta especialmente relevante la STC 96/2002, de 25 de abril, sobre inconstitucionalidad de los incentivos fiscales a residentes en Estados de la UE distintos de España que operen en territorio foral. El Tribunal insiste en la idea de interconexión entre los artículos 14 y 31 CE: “en materia tributaria es la propia Constitución la que ha concretado y modulado el alcance de su art. 14 en un precepto, el 31.1, cuyas determinaciones no pueden dejar de ser tenidas aquí en cuenta”.

El Tribunal precisa que “la expresión *todos* [del art. 31.1 CE] absorbe el deber de cualesquiera personas, físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, residentes o no residentes, que por sus relaciones económicas con o desde nuestro territorio (principio de territorialidad) exteriorizan manifestaciones de capacidad económica, lo que les convierte también, en principio, en titulares de la obligación de contribuir al sistema tributario” (FJ 7.º). El Tribunal subraya la doctrina que exige un control de proporcionalidad cuando las consecuencias jurídicas desiguales se basan en razones ajenas al principio de capacidad económica (aunque no menciona expresamente este último).

“Es indudable –prosigue la sentencia– que la cualidad o condición de no residente puede justificar desde la perspectiva del art. 31.1 CE un trato dispar, pues el tributo no es sólo un instrumento de recaudación sino también un medio para la consecución de políticas sectoriales” (FJ 7.º). Sin embargo, es preciso que la discriminación se funde en una “finalidad razonable” y, además, *que sus consecuencias tributarias sean razonables y proporcionadas a la finalidad perseguida* (FJ 8.º). Pues bien, no imaginamos ningún motivo razonable que justifique una discriminación de la SE frente a las sociedades de capital por acciones constituidas con arreglo al Derecho nacional. De la sentencia constitucional citada se deduce la posibilidad de atribuir un trato más gravoso a los no residentes (aunque en el supuesto analizado sucedía exactamente lo contrario), pero una discriminación contraria a la libertad comunitaria de establecimiento quebrantaría el art. 43 TCE. Desde luego, el hecho de que la normativa comunitaria de armonización fiscal *no obligue* a evitar la discriminación *no constituye un motivo razonable* para que el legislador nacional introduzca una diferencia de trato contraria al principio de capacidad económica. El hecho de que se elija una forma societaria especialmente adecuada para operaciones de reestructuración intracomunitaria no justifica ninguna diferencia de trato.

¹⁰ Cfr. HERRERA MOLINA, P.M., *Capacidad económica y sistema fiscal. Análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho alemán*, Marcial Pons, Madrid, 1998, págs. 51 y ss.

¹¹ *Ibidem*.

IV. FISCALIDAD DE LA CONSTITUCIÓN

IV. 1. Referencia al marco jurídico-fiscal

El Estatuto de la SE recoge cuatro procesos diferentes para su constitución: por fusión de dos sociedades preexistentes, mediante la creación de una sociedad holding, o de una sociedad filial, o por transformación de una sociedad anónima.

Los sistemas fiscales integran tributos que gravan las formalidades derivadas de la celebración y formalización de determinadas operaciones societarias, entre ellas la constitución y fusión de sociedades. El Derecho comunitario se ha hecho eco de esta realidad y ha adoptado legislación con el fin de armonizar esta forma de tributación. Se trata de la imposición sobre aportaciones de capital que se instrumenta en España a través del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos jurídicos Documentados (en adelante, ITP).

La constitución de este nuevo tipo social implica en la mayoría de los casos la transmisión de la propiedad de patrimonios o de elementos integrantes de los mismos. Tal enajenación puede generar plusvalías sujetas a imposición sobre la renta. También este ámbito tributario ha sido objeto de armonización fiscal: existe legislación europea que persigue hacer efectivo un principio de neutralidad en cuya virtud son posibles las estrategias de reorganización de empresas con el menor coste tributario. El método escogido para este fin consiste en la congelación de los valores patrimoniales de los bienes, derechos y obligaciones transmitidos, con el consiguiente efecto de diferimiento de las consecuencias tributarias que se hubieran derivada de tomar unos valores actuales, superiores a los de adquisición, determinados de acuerdo con los principios y normas mercantiles.

Las transmisiones de elementos patrimoniales realizadas por empresarios o profesionales, como es el caso de las sociedades mercantiles, pudieran considerarse como entregas de bienes sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, IVA)¹². Sin embargo, la Ley 37/1992, de 28 de diciembre (LIVA, en adelante), y en su condición de impuesto armonizado, utiliza la opción ofrecida por la Sexta Directiva¹³, y considera como operaciones no sujetas al impuesto, en su artículo 7. 1 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, así como 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 cuando éstas pudieran acogerse al régimen de neutralidad fiscal previsto para la imposición sobre la renta. La no sujeción al IVA de estas operaciones no implica el devengo por ITP, cuya exención procede en relación con estas operaciones de reestructuración cuando puedan acogerse en España al régimen especial de diferimiento adoptado en aplicación de las directivas de armonización. Cuando no proceda tal beneficio fiscal, la sujeción correspondiente a la modalidad de operaciones societarias del ITP excluye la tributación por la modalidad de transmisiones patrimoniales, como luego se verá.

Los próximos epígrafes de este Capítulo abordan de forma detallada el régimen fiscal aplicable a los negocios jurídicos necesarios para la formación de estas entidades.

¹² De acuerdo con MARTÍN QUERALT, J., LOZANO SERRANO, C., CASADO OLLERO, G. y TEJERIZO LÓPEZ, J.M., en su obra *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, editorial Tecnos, 7.ª edición, 1996, el IVA se exige en todas las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas por empresarios y profesionales a título oneroso, ya sea habitualmente o con carácter ocasional, siempre que las operaciones se realicen en el ejercicio de la actividad empresarial o profesional (ver pág. 623). El artículo 5 uno de la LIVA establece que las sociedades mercantiles son empresarios en todo caso.

¹³ Sexta Directiva del Consejo, de 17 de mayo de 1977, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios. Sistema común IVA: Base imponible uniforme", publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE, en adelante) n.º L 145, de 13 de junio de 1977. Sobre la discusión en torno a la naturaleza jurídica de este supuesto como norma de no sujeción o de verdadera exención, consultar el trabajo de VICTORIA SÁNCHEZ, A., "Las transmisiones globales del patrimonio empresarial en el IVA", CEF n.º 229, abril de 2002.



IV. 2. Constitución por la fusión de dos o más sociedades de capital existentes de por lo menos dos Estados miembros de UE diferentes

Este procedimiento se prevé en el artículo 2.1 del Reglamento por el que se aprueba el Estatuto de la SE. En particular, su artículo 17 se remite:

— Al procedimiento de fusión por absorción previsto en el apartado 1 del artículo 3 de la Tercera Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado, relativo a las fusiones de las sociedades anónimas. Así:

"Con arreglo a la presente Directiva, se considerará como fusión por absorción la operación por la cual una o varias sociedades transfieren a otra, como consecuencia de una disolución sin liquidación, la totalidad de su patrimonio activa y pasivamente mediante la atribución a los accionistas de la o de las sociedades absorbidas de acciones de la sociedad absorbente y, eventualmente, de una compensación en especie que no supere el 10 % del valor nominal de las acciones atribuidas o, a falta de valor nominal, de su valor contable."

— Al procedimiento de fusión por constitución de una nueva sociedad, de conformidad con el apartado 1 del artículo 4 de la Directiva mencionada anteriormente en la letra a) anterior:

"Con arreglo a la presente Directiva se considerará como fusión por constitución de una nueva sociedad la operación por la que varias sociedades transfieren a una sociedad que constituyen, como consecuencia de su disolución sin liquidación, la totalidad de su patrimonio activa y pasivamente mediante la atribución a sus accionistas de acciones de la nueva sociedad y, eventualmente, de una compensación en especie que no supere el 10 % del valor nominal de las acciones atribuidas o, a falta de valor nominal, de su valor contable."

En consecuencia, se han previsto dos procedimientos alternativos de constitución por fusión: podrá realizarse por absorción, en cuyo caso la sociedad absorbente se convertirá en la SE, o por constitución de una nueva sociedad que adoptará la forma de SE. Las características de estos procesos son comunes en todos los países tras la adaptación a la Tercera Directiva (art. 29 RESE): en el primer caso se produce el traspaso del patrimonio y de los socios de la o las sociedades absorbidas a la absorbente y la sociedad absorbida se extingue. En el segundo caso se produce el traspaso de los respectivos patrimonios y de los socios a la nueva sociedad, con extinción de las sociedades que se fusionan en la SE¹⁴.

a) Renta de las sociedades transmitentes susceptibles de imposición

Cualquier proceso de fusión implica que determinadas sociedades son disueltas y transfieren sus activos a una sociedad preexistente o a una sociedad nueva. El acuerdo para realizar la operación será posible a partir de la valoración de los patrimonios transmitidos. Estos valores no se corresponderán normalmente con los registrados en los libros contables. Existirán diferencias valorativas que, cuando tengan naturaleza positiva, determinan incrementos patrimoniales, plusvalías, por las que se pudiera devengar imposición sobre la renta a cargo de las sociedades transmitentes que se disuelven. El gravamen sobre la renta puesta de manifiesto corresponderá a la Hacienda Pública en cuya jurisdicción radique la entidad transmitente. Además, es posible que otros poderes tributarios reclamen imposición sobre las plusvalías derivadas de las actividades económicas localizadas en su territorio.

b) Renta de los accionistas de las sociedades transmitentes susceptibles de imposición

Los accionistas de las entidades disueltas en el proceso de fusión ven anuladas sus acciones o participaciones y reciben en contraprestación otras correspondientes al capital de las socie-

¹⁴ ESTEBAN VELASCO: "El compromiso de Niza: por fin, la Sociedad Europea", Revista de Derecho de Sociedades n.º 16, 2001, págs. 141-162.

dades adquirentes y, en su caso, una compensación en especie que no supere el 10 % del valor nominal de las acciones atribuidas o, a falta de valor nominal, de su valor contable. La sustitución de unos títulos por otros determinará la existencia de rentas positivas o negativas derivadas de la diferencia que exista entre el valor de los nuevos valores recibidos y el correspondiente a los anulados. Los accionistas obligados a la llevanza de contabilidad podrán referir la valoración de estos últimos a lo que resulte de sus registros. Para aquellos no sujetos a tal obligación las normas fiscales se refieren al precio de adquisición. Este pudiera verse alterado si se hubieran producido con anterioridad ampliaciones de capital o devolución de aportaciones o de la prima de emisión.

Asimismo, debe mencionarse el interés manifestado en algunos sistemas fiscales en gravar las plusvalías obtenidas por accionistas radicados en el exterior derivadas de sus participaciones en sociedades nacionales.

c) Gravamen de las sociedades adquirentes

La SE adquirente en un proceso de fusión entregará a los socios de las entidades transmitentes el valor real de las empresas transmitidas en forma de títulos representativos de su propio capital y, en su caso, una contraprestación en especie que no supere el 10 % del valor nominal de las acciones atribuidas o, a falta de valor nominal, de su valor contable. En la medida que satisface el valor de lo que adquiere no existirán diferencias de valor de las que se deriven rentas sujetas a imposición.

Las transmisiones y formalidades necesarias para el proceso de fusión podrían devengar impuestos sobre contribuciones al capital o sobre operaciones societarias, como fórmula de imposición indirecta que gravara a la entidad por las aportaciones que percibe.

La transformación de la forma jurídica puede determinar asimismo deudas tributarias: en la medida en que dicho cambio mercantil tenga como consecuencia la alteración del régimen fiscal aplicable a un sujeto pasivo determinado, es posible que la legislación disponga necesariamente la tributación por la diferencia que pueda existir en dicho momento entre la valoración real del patrimonio y el reflejado en los libros contables.

IV. 2.1. *Tributación sobre la renta de sociedades*

A) *Derecho tributario europeo: Directiva sobre régimen fiscal común de las fusiones*

La tributación sobre la renta ligada a estas operaciones de reorganización empresarial reduce el interés en su celebración o, incluso, puede determinar su desestimación. Se limitan así las posibilidades de que las empresas reorienten sus actividades en un nuevo marco geográfico caracterizado por la eliminación de las fronteras nacionales. En este contexto se adopta la Directiva del Consejo 90/434/CEE de 23 de julio de 1990 relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros¹⁵. Su finalidad es la armonización del régimen fiscal de las reestructuraciones empresariales.

El instrumento utilizado busca un adecuado equilibrio entre los intereses de las sociedades y la necesidad de recursos tributarios de las Haciendas Públicas nacionales. Las sociedades que se disuelven no estarán obligadas a tributar por las plusvalías puestas de manifiesto en la operación de fusión. Los socios tampoco tributarán por el mayor valor de las acciones representativas de su capital puesto de manifiesto con ocasión de su anulación. A cambio, los patrimonios recibidos por la sociedad adquirente y los títulos recibidos por los socios de las entidades disueltas serán valorados a efectos fiscales por referencia a los valores de los activos y pasivos transmitidos y de las acciones o participaciones anuladas, anteriores a las operaciones de reorganización. Las plusvalías latentes no se gravan pero se trasladan a quienes adquieren unos y otros, quienes deberán tributar cuando se produzca una posterior transmisión de esos mismos bienes y derechos.

¹⁵ Publicada en el DOCE n.º L 225 de 20 de agosto de 1990.



El diferimiento fiscal queda sujeto a un requisito adicional. De acuerdo con el artículo 4 de la Directiva, los elementos de activo y de pasivo transferidos como consecuencia de la fusión deben quedar efectivamente vinculados a un centro de actividad de la sociedad adquirente, la SE, situado en el Estado miembro donde la sociedad transmitente era residente fiscal. Por tanto, el patrimonio transmitido no debe abandonar el territorio en que se encuentra ubicado en el momento de celebrarse la operación. Tal centro de negocios, denominado por el ordenamiento tributario como establecimiento permanente, constituye un sujeto pasivo bajo su jurisdicción, que deberá tributar por la renta diferida con ocasión de la enajenación posterior del patrimonio afecto a su actividad. Esta condición garantiza que el diferimiento fiscal no se traduzca en la pérdida de los correspondientes recursos tributarios.

a) **Ámbito objetivo de la Directiva: operaciones de fusión cubiertas**

La Directiva cubre cuatro negocios jurídicos diferentes, bajo la necesaria condición de que intervengan sociedades de al menos dos Estados miembros de la Unión Europea, según su primer artículo: fusiones, escisiones, aportaciones no dinerarias de ramas de actividad y canjes de valores. Su artículo 2 las define y, en relación con las fusiones, abarca en particular aquellas operaciones por las cuales:

"... una o varias sociedades transfieren a otra sociedad ya existente, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, la totalidad de su patrimonio, activo y pasivo, mediante la atribución a sus socios de títulos representativos del capital social de la otra sociedad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 % del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos títulos deducido de su contabilidad;

— dos o más sociedades, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, transfieren a una sociedad constituida por ellas la totalidad de su patrimonio, activo y pasivo, mediante la atribución a sus socios de títulos representativos del capital social de la nueva sociedad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 % del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos títulos deducido de su contabilidad;

..."

Este concepto fiscal de fusión engloba cualquiera de las dos fórmulas establecidas para la constitución de la SE (art. 17 Reglamento SE y art. 3.1 Directiva 78/855/CEE): tanto la fusión por absorción como por constitución de una nueva sociedad. En principio, el proceso para su constitución debiera disfrutar del régimen fiscal armonizado, consistente en el diferimiento de la tributación hasta una posterior enajenación de los activos y valores así adquiridos.

b) **Ámbito subjetivo de la Directiva**

La Directiva de fusiones sólo es aplicable a las sociedades de los Estados miembros que reúnen los requisitos establecidos en su artículo 2: en primer lugar, deben adoptar una forma jurídica mercantil concreta; asimismo, deben estar sujetas sin posibilidad de opción y sin exención a un impuesto sobre la renta de sociedades, enumerados en la letra c) de dicho precepto; finalmente, deben tener residencia fiscal en algún Estado miembro.

La primera de estas condiciones plantea dudas acerca de la aplicación de la normativa comunitaria a la constitución de SE por fusión. Su invocación sólo es posible por las entidades que revisten uno de los tipos jurídicos expresamente mencionados en la lista incorporada como anexo a la Directiva. Dicha lista está dividida en sucesivas referencias a las diversas formas jurídicas construidas en cada régimen jurídico mercantil nacional. Entre las mismas no figura la SE debido a que se trata de una forma social no existente en el momento en que la Directiva fue adoptada.

Se podría defender fácilmente que las personas jurídicas incorporadas a esta relación responden en la mayor parte de los casos a unos criterios comunes: se trata de entidades mercantiles, incluso las utilizadas por el sector público en la gestión de determinadas actividades con arreglo a

parámetros jurídico-privados, cuyo capital es divisible en acciones o participaciones sociales y que limitan su responsabilidad patrimonial por deudas sociales al valor de los títulos emitidos. No cabe duda de que la SE responde a todas estas características. Asimismo, por oposición, se observa que quedan al margen las sociedades de base personalista así como otras formas sociales especiales, cooperativas, cajas de ahorro, trusts, incluso cuando su régimen fiscal fuera equivalente al previsto para aquéllas. Sin embargo, no cabe duda del carácter exhaustivo de la enumeración: no es posible una interpretación analógica o extensiva que permita considerar incluidas nuevas formas jurídicas que las leyes mercantiles puedan crear. Mientras que sí se ha previsto que la remisión a las figuras tributarias a que deben estar sometidas las sociedades que se acojan a la Directiva alcance a aquellos otros impuestos que los pudieran sustituir, la referencia a las sociedades lo es a una lista cerrada. El texto aprobado evita la descripción de unas características o condiciones básicas y menciona de manera taxativa quién puede invocar sus disposiciones. Se trata además del fruto de un acuerdo de compromiso entre los Estados miembros que quedaría desequilibrado si fuera posible una interpretación flexible.

De todas formas, es posible defender la extensión a la SE de los beneficios fiscales de la Directiva¹⁶. El considerando número 13 del Estatuto señala que el propio régimen de la SE debe ser el de una sociedad de capital por acciones. Su artículo 9.1 c) ii precisa que la SE se rige, entre otras, por las disposiciones legales de los Estados miembros que fuesen de aplicación a una sociedad anónima constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social. Finalmente, el artículo 10 establece el principio según el cual, sin perjuicio de las disposiciones de su propio Reglamento, la SE recibirá en cada Estado miembro el mismo trato que una sociedad anónima constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social. Quedaría la cuestión acerca del alcance de estas referencias: si se limitan a las normas jurídicas reguladoras de las sociedades anónimas, aquellas que establecen su régimen jurídico, o deben alcanzar a todas las disposiciones que fueran aplicables a las tales entidades cualquiera que fuera su fin.

En todo caso, el ámbito personal de la Directiva es uno de los aspectos que más preocupan desde la perspectiva de la construcción del mercado interior y al que se refieren tanto el informe Rudding¹⁷ como el reciente estudio sobre tributación de la empresa publicado por la Comisión Europea¹⁸. A raíz del primer documento, la Comisión presentó una propuesta de directiva para enmendar la Directiva 90/435/EEC de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, COM (93) 293 final, propuesta que resulta respaldada en las conclusiones del nuevo informe¹⁹. Esta última propuesta avala la tesis de extender el campo de invocación de norma a todas las entidades sujetas al impuesto sobre sociedades. Se trataría de un nuevo parámetro delimitador más ambicioso que la mera referencia a entidades en función de condiciones subjetivas. Se resolverían los problemas de neutralidad que causa la exclusión de empresas que compiten con las beneficiadas por la armonización y se obviarían futuras negociaciones tanto en el proceso de ampliación de la Unión Europea a nuevos Estados miembros como en caso de creación de nuevas formas sociales nacionales o europeas.

Sin perjuicio del debate sobre el alcance de los arts. 9 y 10 del Reglamento SE, y de la conveniencia de reformar las normas de armonización fiscal, consideramos que el art. 43 del Tratado y los preceptos constitucionales de los Estados miembros que garantizan el principio de igualdad obligan a extender los beneficios fiscales de la directiva a la SE²⁰.

Por otra parte, HERZIG y GRIEMLA han planteado el problema de una posible falta de coincidencia entre el criterio de residencia previsto en el Reglamento de la SE (remisión al Derecho mercantil de los Estados miembros) y el contemplado en la Directiva sobre el régimen fiscal de Fusio-

¹⁶ Esta postura ha sido defendida por HERZIG, N. y GRIEHLA, S., "Steuerliche Aspekte...", cit., pág. 59.

¹⁷ Comisión de las Comunidades Europeas: *Report of the Committee of Independent Experts on Company Taxation*, marzo de 1992, pág. 203. SEC(2001) 1681.

¹⁸ Comisión de las Comunidades Europeas: *Company Taxation in the Internal Market*, SEC(2001) 1681, editado por la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2002, pág. 303.

¹⁹ La propuesta publicada en el DOCE, serie C n.º 225 de 20 de agosto de 1993. En cuanto al informe, es el documento ya citado, págs. 21 y 22.

²⁰ *Vid.* epígrafes II y III del presente trabajo.



nes (residencia fiscal). Teóricamente podría suceder que dos sociedades con residencia fiscal en el mismo Estado miembro, tuvieran su residencia mercantil en diversos estados, de modo que fuera posible su integración en una Sociedad Europea, sin que resultara aplicable la Directiva sobre el Régimen fiscal de las Fusiones. Sin embargo –siempre según los citados autores- en la práctica tenderán a coincidir el domicilio fiscal y el sometimiento al ordenamiento jurídico del Estado miembro de dicho domicilio, de modo que el problema no tendrá una gran relevancia práctica²¹.

Por otra parte, la aplicación de la Directiva sobre el Régimen Fiscal de las fusiones puede condicionarse por los Estados miembros al mantenimiento de la representación de los trabajadores en los órganos de gobierno de la sociedad (art. 11). Aunque la Directiva sobre los trabajadores de la SE establece ciertas cautelas que pueden conducir a este resultado (arts. 3-7) esto no sucederá necesariamente. A juicio de HERZIG y GRIEMLA, el Derecho tributario constituye un instrumento inadecuado para incentivar la representación de los trabajadores en la empresa, por lo que debería desaparecer.

Además, la cláusula antiabuso prevista en la directiva de fusiones [art. 11.1.a)] resulta plenamente aplicable a la creación de sociedades europeas, si bien su supuesto de hecho presenta ciertas dudas interpretativas pese a los importantes esfuerzos desarrollados por el Tribunal de Justicia²² y por la doctrina²³.

B) *Derecho tributario español: el Impuesto sobre Sociedades*

La Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS, en adelante)²⁴ establece la obligación de las sociedades y demás entidades jurídicas de tributar por la renta que obtengan, cualquiera que fuera su fuente u origen. Tras la reforma fiscal de 1998²⁵, dicho tributo abarca a las sociedades residentes en España: éstas son, según su artículo 8 apartado 3, las que se hubieren constituido conforme a las leyes españolas, las que tengan su domicilio social en territorio español o aquellas que tengan su se-

²¹ Cfr. HERZIG, N.–GRIEMLA, S., “Steuerliche Aspekte...”, cit., pág. 60.

²² STJCE 17.7.1997, *Leur Bloem*, As. C-28/1995. Según el Tribunal, “De la letra d) del artículo 2 y del sistema general de la Directiva se deduce que el régimen fiscal común establecido en ella, que comprende diferentes ventajas fiscales, 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” (párrafo 36). “El único supuesto en que los Estados miembros pueden denegar la aplicación de la Directiva, según su artículo 11 (...) es cuando la operación contemplada tenga como objetivo el fraude o la evasión fiscal” (párrafo 45). A la hora de determinar si concurre este fin, “las autoridades nacionales competentes no pueden limitarse a aplicar criterios generales predeterminados, sino que deben proceder, caso por caso, a un examen global de la misma (...) susceptible de control jurisdiccional” (párrafo 41). “El establecimiento de una norma de alcance general que prive automáticamente de la ventaja fiscal a determinadas categorías de operaciones (...) tanto si se ha producido efectivamente la evasión o el fraude fiscal como si no, excedería de lo necesario para evitar dicho fraude o evasión e iría en detrimento del objetivo perseguido por la Directiva. Lo mismo sucedería si una norma de este tipo incluyera una mera posibilidad de excepción cuya aplicación por parte de la autoridad administrativa fuera facultativa” (párrafo 44). “Del tenor y de los objetivos del artículo 11 así como los de la Directiva se deduce que el concepto de motivos económicos válidos es más amplio que la mera búsqueda de una ventaja puramente fiscal. Por consiguiente, una operación de fusión por canje de acciones que sólo persiguiera tal objetivo no puede constituir un motivo económico válido en el sentido de este artículo” (párrafo 47). Reproducidos de modo más resumido la síntesis literal de la sentencia elaborada por PALAO TABOADA, C., “Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, 62/2002, págs. 70-71.

²³ *Vid.*, por todos, PALAO TABOADA, C., “Los motivos económicos válidos...”, cit. Según este autor, el inciso segundo del artículo 110.2 LIS debe ser entendido como una presunción *iuris tantum* de la existencia de *fraude o evasión fiscal*. Este carácter de la presunción significa que, pese a la ausencia *prima facie* de motivos económicos válidos cabe demostrar que la operación no tiene como finalidad principal el fraude o la evasión. Esta posibilidad no está excluida por la sentencia *Leur-Bloem*, y se puede entender en el sentido de que la comprobación de la ausencia de motivos económicos válidos se identifica con la demostración del carácter fraudulento de la operación. Éste existe, aparte del improbable supuesto de que la operación constituya una infracción tributaria, cuando es simulada o se realiza en fraude a la ley, es decir, cuando su causa es falsa o distinta de la que es propia de la operación. Hay que tener en cuenta, por un lado, la finalidad organizativa de las fusiones y escisiones, en cierto modo instrumental, y, por otro, la libertad de decisión que tiene que reconocerse al empresario (“Los motivos económicos válidos...”, pág. 109). “Los tribunales –añade el profesor PALAO– se han pronunciado en muy pocas ocasiones sobre cuestiones relacionadas con la aplicación de dicha cláusula y siempre en relación con el IIVTNU, lo cual sugiere que las Administraciones estatal y autonómica no han formulado pretensiones contrarias a la aplicación de los beneficios del régimen especial. Las dos sentencias dictadas hasta el presente no han dudado en calificar explícita o implícitamente los supuestos enjuiciados como de fraude a la ley, aunque la defraudada no sea la ley fiscal” (*ibidem*, pág. 110).

²⁴ Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, publicada en el BOE de 28 de diciembre.

²⁵ Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y Ley 41/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de los no Residentes y otras Normas Tributarias (BOE de 10 de diciembre).

de de dirección efectiva en territorio español. A estos efectos, la ley entiende que una entidad tiene su sede de dirección efectiva en territorio español cuando en él radique la dirección y control del conjunto de sus actividades.

El cálculo de las deudas tributarias derivadas de las transmisiones necesarias para la creación de la SE arranca de las disposiciones contenidas en el artículo 15 de la LIS, en cuya virtud los elementos patrimoniales se valorarán al precio de adquisición o coste de producción. Sin embargo, este mismo precepto recoge disposiciones especiales para los transmitidos en una operación mercantil de fusión, que deben ser valorados de acuerdo con su valor en el mercado.

De manera alternativa, el régimen fiscal de estas operaciones de reorganización empresarial encuentra normas especiales en el título VIII capítulo VIII de la propia LIS, donde se recogen los preceptos necesarios para hacer efectivas las normas armonizadoras de la Directiva de fusiones. Estas previsiones particulares son extensibles, por decisión del legislador nacional, a todos los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades (IS, en adelante), incluso en el caso en que no tengan forma de sociedad mercantil - disposición adicional primera de la LIS-, lo que permite extender el sistema de diferimiento tributario a los procesos de constitución de la SE en favor de sociedades residentes en España. Estas previsiones especiales no son aplicables 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 fiscal²⁶.

Finalmente, el gravamen de las rentas correspondientes a quienes no se consideran residentes fiscales está resuelto en la Ley 41/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de los no Residentes y otras Normas Tributarias (LIRNR, en adelante), ley que dispone sus normas particulares de cálculo de la exacción a las que nos referiremos más adelante. En caso de aplicación del régimen de neutralidad fiscal, la LIS recoge también reglas aplicables a contribuyentes no residentes.

a) Sociedades disueltas: renta derivada de la transmisión de su patrimonio susceptible de imposición

a)1. Sociedades residentes en territorio español

a)1.1. Normas generales

Las operaciones de fusión por absorción o por creación de una nueva SE determinan tanto la disolución de las sociedades anónimas transmitentes como la puesta de manifiesto de sus plusvalías latentes.

La extinción de una entidad implica la finalización del último período impositivo con el consiguiente devengo del impuesto. La declaración-liquidación a presentar abarcará todas las rentas obtenidas durante el ejercicio fiscal y las mencionadas plusvalías, que resultan de la diferencia existente entre la valoración del patrimonio transmitido de acuerdo con su valor de mercado y aquel que resulte de los registros contables. Respecto del valor de mercado, el artículo 16.3 de la LIS establece diversos métodos para su cálculo que deberán seguirse en todo caso²⁷. Finalmente, la consecuencias de la aplicación de esta regla se extienden a la SE adquirente, que tomará tales valores como referencia en el cálculo de sus obligaciones por este impuesto.

a)1.2. Régimen especial de diferimiento fiscal

Las reglas especiales reguladoras de diferimiento fiscal son extensibles a las operaciones de fusión a través de las cuales se formará la SE, siempre que se cumplan las condiciones establecidas por la ley.

²⁶ LÓPEZ SANTACRUZ, J.A.: *Impuesto sobre Sociedades*, colección Memento Práctico 2002-2003, ed. Francis Lefebvre, pág. 1080.

²⁷ LÓPEZ SANTACRUZ, J.A.: *Impuesto... op. cit.*, pág. 204.



Respecto de la ubicación de los bienes y derechos transmitidos

Como norma general, las sociedades españolas no tributarán por las rentas que sean imputables a los bienes y derechos situados en territorio español.

La LIS contempla los casos de bienes y derechos situados fuera de territorio español en función de su afectación a establecimientos permanentes situados en Estados miembros de la Unión Europea (UE, en adelante) o en Estados terceros. Esta distinción arranca posiblemente de la necesidad de trasponer los principios de la Directiva de fusiones, si bien se producen resultados desiguales.

Así, si se tratara de centros de actividad de sociedades españolas situados en el territorio de un Estado miembro de la UE, la entidad adquirente debería tener una de las formas jurídicas establecidas en la Directiva de fusiones y estar sujeta y no exenta a alguno de los tributos allí relacionados. Por tanto, las normas especiales de diferimiento se aplican en relación con la transmisión de una entidad española de sus activos situados en otros Estados de la Unión Europea en favor de una SE en función de la conclusión a que se llegue acerca de la cobertura de esta nueva forma social por la normativa armonizadora. Ya hemos señalado los argumentos que –a nuestro juicio– obligan a extender a la SE los beneficios previstos en la Directiva sobre el régimen fiscal de fusiones.

Condiciones diferentes se establecen para el caso de bienes y derechos localizados en países terceros, donde la exclusión de tributación sólo procede cuando los mismos estuvieran afectos a un establecimiento permanente y siempre que la SE adquirente tuviera la condición de entidad residente en territorio español.

La norma atiende a los casos de pérdidas generadas por los establecimientos permanentes en el exterior de la sociedad disuelta producidas con anterioridad a la fusión. La SE adquirente también adquiere el derecho a reducir fiscalmente sus beneficios con las pérdidas pendientes de compensación: Esta compensación de bases imponibles negativas corresponderá asimismo al establecimiento permanente, en su condición de sujeto pasivo en la jurisdicción donde se encuentre localizado. En consecuencia, se dispone que la sociedad transmitente tribute con ocasión de la fusión por una cantidad equivalente al exceso de las pérdidas sobre los beneficios imputados por el establecimiento permanente en los diez ejercicios anteriores.

Respecto de la SE adquirente

Para acogerse al régimen especial, la SE no debe estar exenta o sometida al régimen de atribución de rentas. La lectura del artículo 9 de la LIS permite concluir que este tipo de sociedades mercantiles no estará exento y, según el artículo 6, tampoco caerán en los supuestos de entidades en régimen de atribución.

El régimen de diferimiento es aplicable aunque la SE disfrute de la aplicación de un tipo de gravamen o un régimen tributario especial. En tal caso, la renta derivada de la transmisión de elementos patrimoniales existentes en el momento de la operación, realizada con posterioridad a ésta, se entenderá generada de forma lineal, salvo prueba en contrario, durante todo el tiempo de tenencia del elemento transmitido. La parte de dicha renta generada hasta el momento de la fusión será gravada aplicando el tipo de gravamen y el régimen tributario que hubiera correspondido a la entidad transmitente.

Se establece una condición adicional relevante en el caso de que la SE fuera residente en el extranjero: los elementos patrimoniales transmitidos deben quedar afectos a un establecimiento permanente situado en territorio español. De esta forma se garantiza que la Hacienda Pública española pueda obtener los recursos tributarios derivados de estas plusvalías cuando trasluzcan en su posterior enajenación. Además, y de forma congruente, la exclusión de imposición está condicionada a que no se produzca la transferencia de estos mismos fuera del territorio español; si así sucediera, el establecimiento permanente en España de la SE tributará por la diferencia entre su valor normal de mercado y el valor que tenían con anterioridad a la fusión, minorado, en su caso, en el importe de las amortizaciones y otras correcciones de valor reflejadas contablemente que hubieran sido fiscalmente deducibles.

Otros requisitos formales

La opción de las sociedades transmitentes residentes en España por la aplicación del régimen de diferimiento fiscal debe incluirse en el proyecto y en los acuerdos sociales de fusión²⁸.

a)2. Sociedades no residentes en territorio español

a)2.1. Normas generales

La LIRNR establece la obligación las personas físicas y entidades jurídicas de tributar en España por las rentas obtenidas en territorio español. Su artículo 12 menciona cuales son éstas. En realidad, el gravamen definitivo de las personas y entidades no residentes depende de la posible aplicación de un convenio internacional de doble imposición que España haya podido suscribir con el Estado de su residencia fiscal.

En el curso de fusiones en las que intervienen sociedades no residentes, éstas tributarán por las plusvalías puestas de manifiesto por la transmisión de los establecimientos permanentes²⁹ que tuvieran en territorio español. Los tratados fiscales mantienen la tributación de los establecimientos permanentes en el Estado donde están ubicados, salvo en el caso de plusvalías de entidades de navegación marítima o aérea, cuya imposición corresponderá en exclusiva al Estado donde la empresa tiene su sede de dirección efectiva. En todo caso, habrá que verificar el concepto recogido a estos efectos en el convenio bilateral aplicable. Normalmente, la definición responde a la incluida en el Modelo OCDE de Convenio sobre la Renta y el Patrimonio³⁰. La norma fiscal española se ajusta a esta misma definición, si bien no excluye de la misma, como hace el texto de referencia, las instalaciones o lugares donde se desarrollan actividades de carácter preparatorio o auxiliar, tales como el depósito, almacenaje, distribución, adquisición de bienes y mercancía o la obtención de información.

El gravamen sobre contribuyentes no residentes alcanza a las plusvalías derivadas de bienes muebles situados en territorio español o de derechos que deban cumplirse o se ejerciten en dicho territorio y a las derivadas del patrimonio consistente en valores emitidos por personas o entidades residentes en territorio español. Por excepción, no tributan las rentas derivadas de las transmisiones de valores realizadas en mercados secundarios oficiales de valores españoles, obtenidas por personas físicas o entidades no residentes sin mediación de establecimiento permanente en territorio español, que sean residentes en un Estado que tenga suscrito con España un Convenio para evitar la doble imposición con cláusula de intercambio de información³¹. De forma especial, se recoge la exención de plusvalías de bienes muebles obtenidas por residentes en Estados miembros de la UE.

La norma general recogida en los convenios de doble imposición limita el gravamen de las plusvalías sobre bienes muebles, entre los que figuran los valores, al Estado donde reside la entidad transmitente. De esta manera, España no puede gravar las ganancias obtenidas por no residentes sobre bienes muebles o valores emitidos por entidades españolas, salvo que el convenio bilateral aplicable se apartara de los criterios generalmente adoptados en Derecho internacional tributario o

²⁸ De acuerdo con la doctrina administrativa, la opción por la aplicación del régimen especial constituye requisito fundamental para su aplicación, no así la comunicación de dicha opción cuyo incumplimiento no invalida los efectos de la aplicación del régimen (consulta vinculante de la Dirección General de Tributos de 7-10-1999).

²⁹ El artículo 12 apartado 1 letra a) de la Ley del Impuesto sobre la Renta de los no Residentes entiende que se opera mediante el mismo cuando por cualquier título se disponga, de forma continuada o habitual, de instalaciones o lugares de trabajo de cualquier índole, en los que realice toda o parte de su actividad, o actúe en él por medio de un agente autorizado para contratar, en nombre y por cuenta del contribuyente, que ejerza con habitualidad dichos poderes. En particular, se entenderá que constituyen establecimiento permanente las sedes de dirección, las sucursales, las oficinas, las fábricas, los talleres, los almacenes, tiendas u otros establecimientos, las minas, los pozos de petróleo o de gas, las canteras, las explotaciones agrícolas, forestales o pecuarias o cualquier otro lugar de exploración o de extracción de recursos naturales, y las obras de construcción, instalación o montaje cuya duración exceda de 12 meses.

³⁰ OCDE: *Model Tax Convention an Income and on Capital*, OCDE, 2000.

³¹ España tiene suscritos convenios de doble imposición con todos los Estados miembros de la Unión Europea y la práctica totalidad de miembros de la OCDE. La condición referida a la cláusula de intercambio de información tiene por efecto excluir a Suiza.



incluyera normas especiales contra conductas abusivas. Entre los primeros encontramos los convenios bilaterales con Francia³², Irlanda³³ y Portugal³⁴, donde es posible la tributación de las acciones representativas de entidades cuyo activo está principalmente constituido por bienes inmuebles situados en territorio español. Esta excepción alcanza a las rentas por la enajenación de participaciones sustanciales en sociedades españolas, salvo que, en el caso francés, sea posible la aplicación del régimen de diferimiento fiscal en favor de la persona transmitente en Francia. El convenio del Reino Unido concreta una cláusula similar que permite el gravamen de la transmisión de derechos de multi-propiedad sobre inmuebles donde los mismos estén situados³⁵. El Tratado con Luxemburgo incluye una cláusula similar para el caso de enajenación de participaciones sustanciales³⁶. La ley interna española establece excepciones a la exención antes comentada con el objeto de permitir la tributación prevista en los convenios.

La extensión de la potestad tributaria con fines antiabuso se encuentra en el convenio bilateral con Holanda: su artículo 13 permite el gravamen de las plusvalías de no residentes por transmisión de acciones o bonos de sociedades residentes cuando el transmitente sea *una persona física nacional en el Estado* donde se origina la renta, que hubiera sido residente en ese mismo país durante los cinco años anteriores a la obtención de la plusvalía y hubiera tenido una participación significativa en la misma³⁷. De manera similar, el convenio con Suecia permite el gravamen de plusvalías de no residentes por acciones en sociedades de patrimonio inmobiliario cuando el vendedor fuera nacional únicamente del Estado de la sociedad y hubiera sido residente fiscal en ese mismo en cualquier momento durante el período de cinco años anteriores a la transmisión³⁸. También los convenios con Irlanda y Portugal permiten el gravamen de las plusvalías obtenidas por una sociedad no residente en cuyo capital participen, directa o indirectamente, personas no residentes en el Estados de la sociedad en más del 50 por 100 y su actividad se limita a la simple tenencia de acciones u otros activos³⁹.

Finalmente, la tributación sobre no residentes alcanza a las rentas derivadas, directa o indirectamente, de bienes inmuebles situados en territorio español o de derechos relativos a los mismos, plusvalías entre las que se consideran las derivadas de derechos o participaciones en una entidad, residente o no, cuyo activo esté constituido principalmente por bienes inmuebles situados en territorio español y las generadas por la transmisión de derechos o participaciones en una entidad, residente o no, que atribuyan a su titular el derecho de disfrute sobre bienes inmuebles situados en territorio español.

La base imponible correspondiente a las ganancias patrimoniales se determinará aplicando las normas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF, en adelante), de donde

³² Convenio entre el Reino de España y la República Francesa a fin de evitar la doble imposición y de prevenir la evasión y el fraude fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, firmado en Madrid el 10 de octubre de 1995 (BOE de 12 de junio de 1997).

³³ Convenio entre el Reino de España e Irlanda para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y las ganancias de capital y su Protocolo anejo, hecho en Madrid el 10 de febrero de 1994 (BOE de 27 de diciembre de 1994).

³⁴ Convenio entre el Reino de España y la República Portuguesa para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y Protocolo, firmado en Madrid el 26 de Octubre de 1993 (BOE de 7 de noviembre de 1995).

³⁵ Canje de Notas de fechas 13 de diciembre de 1993 y 17 de junio de 1994, constitutivo de Acuerdo, relativo al Convenio entre el Reino de España y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de Impuestos sobre la Renta y el Patrimonio de 21 de octubre de 1975 (BOE de 25 de mayo de 1995).

³⁶ Convenio entre el Reino de España y el Gran Ducado de Luxemburgo para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio y para prevenir el fraude y la evasión fiscal y Protocolo anexo, hecho en Madrid el 3 de junio de 1986 (BOE de 4 de agosto de 1987).

³⁷ Convenio entre el Gobierno del Estado Español y el Gobierno del Reino de los Países Bajos para evitar la doble imposición en materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio, hecho en Madrid el día 16 de junio de 1971 (BOE de 16 de octubre de 1972).

³⁸ Convenio entre España y Suecia para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y el capital y Protocolo anejo, firmado en Madrid el 16 de junio de 1976 (BOE de 22 de enero de 1977).

³⁹ Número 3 de los Protocolos a los citados Convenios.

resulta que será, en términos generales, la diferencia entre valores de transmisión y adquisición. Estas plusvalías no pueden ser compensadas con pérdidas o disminuciones patrimoniales. El tipo de gravamen es el 35 por 100.

Debe tenerse presente la jurisprudencia comunitaria que –hasta ahora sin fisuras- impide una discriminación de los establecimientos permanentes (de sociedades residentes en otros Estado de la Comunidad) frente a las sociedades nacionales (asuntos *Avoir fiscal* (STJCE 27.1.1986, C-270/83), *Saint Gobain* (STJCE 21.9.1999, C-307/97), *Commerzbank* (STJCE 13.7.1993, C-330/91), *Futura* (C-STJCE 15.5.1997, C-250/95), *AMID* (STJCE 14.12.2000, C-141/99) y *Royal Bank* (STJCE 29.4.1999, C-311/97).

a)2.2. Régimen fiscal de diferimiento

La imposición anterior sobre no residentes con establecimiento permanente en España que proceda de acuerdo con el Derecho internacional tributario y con el Derecho tributario nacional puede resultar diferida por aplicación del régimen especial de la LIS para fusiones, una vez cumplidos el resto de requisitos previstos, incluidos los de carácter formal que puedan corresponder a cargo de la sociedad adquirente (ver más adelante bajo la letra c)). Como norma particular, cuando la SE adquirente resida en el extranjero sólo se excluirán de la base imponible las rentas derivadas de la transmisión de aquellos elementos que queden afectados a un establecimiento permanente situado en territorio español, de tal forma que la mera transferencia de estos elementos fuera del territorio español determinará cuando así suceda la integración en la base imponible del establecimiento permanente de la diferencia entre su valor de mercado y el que tenían para la entidad transmitente con anterioridad a la fusión, minorado en el importe de las amortizaciones y otras correcciones de valor reflejadas contablemente, provisiones fundamentalmente, que hayan sido fiscalmente deducibles como consecuencia de haber reducido dicho valor a efectos tributarios.

En todo caso, esta normativa de diferimiento exige el cumplimiento de determinados requisitos formales: cuando ni la entidad transmitente ni la adquirente tengan su residencia fiscal en España, la opción por su aplicación se ejercerá por la entidad adquirente y deberá constar en la escritura pública en que se documente la transmisión.

b) Renta de los accionistas de las sociedades transmitentes susceptibles de imposición

b)1. Sociedades residentes en territorio español

b)1.1. Normas generales

Los accionistas ven anuladas sus participaciones en las sociedades transmitentes y reciben a cambio acciones de la SE, junto con una compensación en metálico limitada en función de las valoraciones correspondientes de los títulos. De acuerdo con las normas generales, los socios tributan por la diferencia entre el valor normal del mercado de la participación recibida en la SE y el valor contable de la participación anulada correspondiente a la sociedad transmitente en el ejercicio en que se produzca la operación.

b)1.2. Régimen especial de diferimiento

No obstante, cuando se hubiera optado por la aplicación del régimen especial en los acuerdos de fusión, los socios no tributarán, si bien los valores recibidos de la SE tendrán, a efectos fiscales, el mismo valor fiscal de los anulados con anterioridad a la operación. Esta valoración se aumentará o disminuirá en el importe de la compensación complementaria en dinero entregada o recibida. Los valores recibidos conservarán la fecha de adquisición de los entregados.

Con el objeto de garantizar los derechos de la Hacienda, existen previsiones que obligan a tributar por la diferencia entre el valor de mercado de las acciones y el valor que se les hubiera atribuido en virtud del régimen especial de diferimiento, reducido en el importe de las pérdidas de valor que hayan sido fiscalmente deducibles, cuando el socio pierda la condición de residente en territorio español. Cabe aplazar el pago del impuesto así devengado siempre que se garantice su importe.



Este diferimiento fiscal no es posible cuando en la operación intervengan entidades domiciliadas o establecidas en países o territorios calificados reglamentariamente como paraísos fiscales o cuando las rentas hubieran sido obtenidas a través de los mismos⁴⁰.

Además, deberán mencionar en la memoria anual el valor contable de los valores entregados y aquel por el que se hayan contabilizado los valores recibidos.

El régimen especial alcanza a los métodos para eliminar la doble imposición. Las sociedades accionistas pueden recibir beneficios distribuidos por la SE residente en territorio español imputables a los bienes recibidos en su proceso de constitución. Asimismo, tales partícipes pueden proceder a la transmisión de esos mismos títulos y materializar plusvalías. Para estos casos la normativa general tiene previsto reducir la parte del impuesto, cuota tributaria, correspondiente siempre que concurren una serie de condiciones en relación con el porcentaje de participación que se ostentara y su antigüedad. La especialidad en estas fusiones estriba en que cabe la exclusión total de la imposición correspondiente cualquiera que fuera el grado de participación y su antigüedad.

Cuando la renta proceda de SE no residentes, estará exenta cualquiera que fuera el grado de participación, siempre que la titularidad sea mantenida durante un año y se trate de rentas empresariales generadas en el extranjero gravadas por un impuesto sobre la renta de sociedades, en los términos previstos en el artículo 20 bis de la LIS. Si así no sucediera deberá tributarse por la renta con derecho a deducir en la cuota los impuestos satisfechos por la SE, cumplido el requisito mínimo de mantenimiento de la participación. Esta deducción junto con la retención que el accionista pudiera haber soportado en el Estado de donde procede la renta no puede exceder de la parte del impuesto español que correspondiera. El régimen de diferimiento sí tiene como efecto excluir la exención prevista por plusvalías de cartera generadas en la transmisión de las acciones en la SE y regulada en el artículo 20 bis de la LIS.

Por otro lado, es posible que socios residentes en España participen en la constitución de SE en las que ni ésta ni las entidades transmitentes tengan su residencia fiscal en España y ninguna de éstas últimas disponga de un establecimiento permanente situado en su territorio. De todas formas, tales socios que transforman su participación en las entidades no residentes que se fusionan en otras en la SE que se constituye pueden disfrutar de este régimen fiscal de diferimiento, siempre que ejerzan esta opción.

b)2. Personas físicas residentes en territorio español

Las personas físicas participan en la fusión en su condición de socios de las entidades transmitentes y ven canjeada su participación en las sociedades disueltas por títulos de las SE adquirente. Tributan en el IRPF por la diferencia entre el valor de adquisición de los títulos y el valor de mercado de los recibidos o de los entregados. Esta confusa redacción admite una doble interpretación: optar entre ambos en función del valor mayor o menor. No parece que las normas tributarias tiendan a ofrecer posibilidades para determinar la menor carga fiscal posible⁴¹. Por otra parte, los acuerdos entre las sociedades que celebran el negocio jurídico igualaran ambos para mantener el equilibrio de las prestaciones.

También estos pueden acogerse al régimen especial en términos similares a los previstos para sociedades accionistas, si bien no les son extensibles las previsiones especiales en materia de doble imposición.

b)3. Socios no residentes en territorio español

Las rentas derivadas del canje de títulos tributan en España cuando los anulados representen participaciones en sociedades residentes españolas. Por remisión a las normas del IRPF, la

⁴⁰ El Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, publicado en el BOE de 13 de julio.

⁴¹ VARIOS AUTORES: *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y a la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes*, editado por Lex Nova para Landwell, 2001. En la página 255 se mantiene esta misma postura.

base imponible se determina en los mismos términos vistos en relación con los socios personas físicas y el tipo de gravamen es el 35%. En todo caso, debe tenerse presente la posible aplicación de convenios de doble imposición que pueden modular o excluir el gravamen sobre la renta. Ya se han expuesto las pautas generales recogidas por los tratados fiscales (ver antes epígrafe letra a)2.1), extensibles a los socios no residentes de entidades participantes de la constitución de la SE.

Las normas relativas al diferimiento fiscal son aplicables a los socios no residentes siempre que lo sean en Estados miembros de la UE. Cuando lo fueran en otros Estados, sólo cabe demorar el impuesto cuando adquieran valores en SE residentes en territorio español. Son extensibles las reglas de valoración de los nuevos títulos y las exclusiones referidas a paraísos fiscales. Por el contrario, no son aplicables las normas sobre doble imposición.

c) Gravamen de las sociedades adquirentes

c)1. Normas generales

La SE que se constituye recibe un conjunto de elementos patrimoniales o de valores que afectará al desarrollo de su actividad. Su valor determinará el importe de capital a emitir y, en su caso, de la prima de emisión que deban abonar los suscriptores. En consecuencia, no se determinan rentas fiscales sujetas a tributación. Sin embargo, las normas de tributación de las sociedades aportantes tienen repercusiones en la SE adquirente en cuanto al valor fiscal de lo recibido.

Las reglas generales implican la tributación de las entidades transmitentes en función del valor de mercado de las aportaciones no dinerarias. Ésta será la valoración relevante para la SE, quien la tomará como punto de partida en el cálculo de sus futuras obligaciones fiscales: amortizaciones, dotaciones a provisiones deducibles, posibles resultados derivados de su enajenación posterior, etc... Es posible que esta valoración no sea la misma que la reflejada en los libros contables. Como consecuencia, la SE deberá integrar en su base imponible la diferencia entre dicho valor y el valor de adquisición. Cuando se trate de elementos patrimoniales integrantes del activo circulante, en el período impositivo en que los mismos motiven el devengo de un ingreso; respecto de los elementos patrimoniales no amortizables integrantes del inmovilizado, en el período impositivo en que los mismos se transmitan; los amortizables integrantes del inmovilizado, en los períodos impositivos que resten de vida útil, aplicando a la citada diferencia el método de amortización utilizado respecto de los referidos elementos.

c)2. Régimen especial de diferimiento

La aplicación del régimen especial de diferimiento produce efectos diferentes en la futura tributación de la SE.

Régimen fiscal de los elementos patrimoniales adquiridos por fusión

Los bienes y derechos aportados se valoran, a efectos fiscales, por los mismos valores que tenían en la entidad transmitente antes de realizarse la operación, manteniéndose igualmente la fecha de adquisición de la entidad transmitente, dato que pudiera ser relevante para la aplicación de las normas sobre corrección de plusvalías nominales en caso de transmisión de bienes inmuebles, de acuerdo con lo previsto en el artículo 15.11 de la LIS.

Subrogación en derechos y obligaciones tributarios

Las operaciones de fusión necesarias para la constitución de la SE implican la disolución de las entidades aportantes. Desde el punto de vista fiscal, en caso de la aplicación del régimen de diferimiento, se produce la sucesión a título universal de la nueva entidad a las sociedades aportantes. La SE adquiere los derechos y las obligaciones tributarias de la entidad transmitente, esto es, asume el cumplimiento de los requisitos necesarios para continuar en el goce de beneficios fiscales o consolidar los disfrutados por la entidad transmitente en relación con los elementos patrimoniales transmitido. Entre otras consecuencias, podrá asimismo compensar las bases imponibles negativas pendientes de compensación en la entidad transmitente.



No debe olvidarse que la ley limita estas consecuencias respecto de los derechos y obligaciones tributarios impuestos por las leyes españolas.

Otras obligaciones formales

La opción de las sociedades transmitentes y adquirentes residentes en España por la aplicación del régimen de diferimiento fiscal debe incluirse en el proyecto y en los acuerdos sociales de fusión. Cuando en el negocio jurídico no intervengan entidades transmitentes ni adquirentes que tengan su residencia fiscal en España, corresponderá a la SE efectuar la opción por la aplicación del régimen especial, que deberá constar en la escritura pública en que se documente la transmisión.

Se establecen otras formalidades con el objeto de hacer pública la aplicación del régimen fiscal especial: la SE debe comunicar la opción a la Delegación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria del domicilio fiscal de las entidades, o establecimientos permanentes si se trata de entidades no residentes, o a las Dependencias Regionales de Inspección o a la Oficina Nacional de Inspección, tratándose de entidades adscritas a las mismas.

Con posterioridad, la aplicación de este régimen especial obliga a la SE a mencionar en la memoria anual de las cuentas anuales, mediante la comunicación obligatoria previa de la sociedad transmitente: el ejercicio en el que la entidad transmitente adquirió los bienes transmitidos que sean susceptibles de amortización; el último balance cerrado por la entidad transmitente; la relación de bienes adquiridos que se hayan incorporado a los libros de contabilidad por un valor diferente a aquel por el que figuraban en los de la entidad transmitente con anterioridad a la realización de la operación, expresando ambos valores así como los fondos de amortización y provisiones constituidas en los libros de contabilidad de las dos entidades; y una relación de beneficios fiscales disfrutados por la entidad transmitente, respecto de los que la entidad deba asumir el cumplimiento de los requisitos para su disfrute.

La SE deberá realizar estas menciones mientras permanezcan en el inventario los valores o elementos patrimoniales adquiridos o deban cumplirse los requisitos derivados de los incentivos fiscales disfrutados por la entidad transmitente. También puede optar por incluir la mera indicación de que dichas menciones figuran en la primera memoria anual aprobada tras la operación, que deberá ser conservada.

La importancia del debido cumplimiento de estas obligaciones tributarias y como medida de garantía que son para salvaguardar los derechos de la Hacienda Pública, ha conducido a que la LIS sancione el incumplimiento de estas obligaciones formales.

IV.2.2. Tributación sobre las aportaciones de capital

A) Derecho tributario europeo: Directiva relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales

Se ha mencionado ya que las transmisiones y formalidades ligadas a las operaciones de fusión pueden devengar imposición indirecta. El coste fiscal así generado preocupó desde el punto de vista de la construcción del mercado común en la medida en que pudieran producirse como consecuencia de su exacción situaciones discriminatorias en la celebración de operaciones internacionales, doble imposición o disparidades que pudieran obstaculizar la libre circulación de los capitales. Al menos así lo entendió el legislador comunitario al adoptar la Directiva del Consejo de 17 de julio de 1969, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales (Directiva 69/335/CEE).

a) Ámbito subjetivo de la Directiva sobre gravamen de concentración de capitales

Esta Directiva no delimita de forma precisa su ámbito subjetivo. Su artículo 3 incluye un concepto de sociedad de capital, si bien no se precisa con qué fin. No puede ser otro que referirse a los destinatarios de sus preceptos, que son las sociedades de capital.

El concepto de sociedad de capital se articula mediante la referencia, en las diversas lenguas comunitarias, a las sociedades anónimas, en comandita por acciones y de responsabilidad limitada. La SE no es mencionada de forma expresa debido a su inexistencia al tiempo de adopción de la Directiva. Sin embargo, en este caso no existen dudas de que se podrá invocar esta normativa ya que están asimismo bajo su ámbito de aplicación toda sociedad, asociación o persona moral cuyas partes representativas del capital o del patrimonio social puedan ser negociadas en bolsa; y toda sociedad, asociación o persona moral que persiga fines lucrativos, cuyo miembros tengan derecho a transmitir sin previa autorización sus partes en la sociedad a terceros y sólo sean responsables de las deudas de la sociedad, asociación o persona moral por el importe de su participación; asimismo, por asimilación, también se aplica a sociedades, asociaciones o personas morales que persigan fines lucrativos, de acuerdo con el apartado 2 del precepto que se comenta.

En este sentido, resulta relevante la lectura del número 12 de la exposición de motivos del Reglamento de la SE, que precisa que le resultan aplicables las disposiciones nacionales de las sociedades anónimas que hacen ofertas públicas de títulos para obtener fondos. Su número 13 indica que su régimen debe ser el de una sociedad de capital por acciones. Finalmente, en su regulación concreta, el artículo 1.2 del Reglamento declara que el capital de una SE se dividirá en acciones. Por tanto, el tipo societario elegido para la SE, entre las sociedades de capital, es el de la *sociedad anónima*, con la que comparte aspectos comunes: el capital estará dividido en acciones; la responsabilidad de los socios es limitada en el sentido de que cada accionista sólo se compromete hasta el límite del capital que haya suscrito; la sociedad tendrá personalidad jurídica propia y dispone de una estructura corporativa⁴².

b) Régimen fiscal previsto en la Directiva sobre gravamen de concentración de capitales

La armonización comunitaria en este campo no excluye la exacción de impuestos nacionales pero impone límites en la determinación de la base imponible y en el tipo de gravamen máximo aplicable.

La constitución de una SE mediante fusión de sociedades preexistentes con creación de una nueva sociedad encaja en el hecho imponible descrito en el artículo 4 apartado 1, letra a), cuando menciona las operaciones de constitución de sociedades de capital. La base imponible de gravamen vendrá constituida –artículo 5.1 letra a)– por el valor real de los bienes de cualquier naturaleza, aportados o que deban aportarse por los asociados, previa deducción de las obligaciones asumidas y de los gastos soportados por la sociedad a consecuencia de cada aportación. Las leyes nacionales pueden diferir la obligación de pago del impuesto sobre las aportaciones hasta el momento en que se efectúen. En cuanto al tipo de gravamen, los Estados miembros están obligados a dejar exentas aquellas operaciones que ya lo estuvieran o que tributaran a un tipo igual o inferior al 0,5% el 1 de julio de 1984. En otro caso, el tipo de gravamen no puede exceder del 1%.

La fundación mediante el proceso de fusión por absorción da lugar a la sujeción bajo el supuesto de la letra c) del mismo precepto, cuando se refiere al aumento del capital de sociedades de capital. La base imponible y el tipo de gravamen son los previstos para el caso anterior.

En cuanto a la transformación de una sociedad anónima en una SE como operación necesaria en este caso, la Directiva solo conoce la sujeción de la transformación en una sociedad de capital de una sociedad, asociación o persona moral que no sea una sociedad de capital, con el objeto de evita doble tributación cuando se ha producido una única aportación de capital. De forma expresa, el apartado 3 del mismo precepto excluye de tributación la transformación de una sociedad de capital en otra sociedad de capital de tipo diferente cuando dispone que en tal caso no podrá entenderse como la constitución de una sociedad. El negocio jurídico previsto en el Reglamento de la SE exige la transformación de una sociedad anónima en esta nueva forma jurídica, por lo que no debe unirse devengo de imposición de esta naturaleza.

⁴² ESTEBAN VELASCO: "El compromiso ...", *op. cit*



B) *Derecho tributario español: el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*

El Real Decreto Legislativo 1/1993 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados será aplicable a las SE cuya sede de dirección efectiva esté en España, con exclusión de gravámenes equivalentes de otros países de la Unión Europea, según los criterios armonizadores –artículo 2– de la Directiva sobre aportaciones de capital. También alcanza a las SE con domicilio social en su territorio, cuando dicha sede no se encuentre situada en otro Estado miembro o cuando, estándolo, tal Estado no grava la operación con un impuesto similar.

El impuesto gravará a la SE constituida en el importe de capital emitido, con adición de las primas de emisión, al tipo del 1%. Aun cuando la operación implica la transmisión onerosa de otros elementos patrimoniales con la consiguiente realización de otros hechos imponible por este mismo impuesto, se debe recordar la incompatibilidad establecida legalmente –artículo 1.2 y 31.2– de tal forma que el impuesto se liquida en concepto de operación societaria de fusión con creación de nueva sociedad o por absorción, con exclusión del gravamen por transmisiones onerosas⁴³.

La aplicación del régimen especial de diferimiento de la imposición sobre sociedades conlleva la exención por el impuesto indirecto por las aportaciones de capital.

Respecto de la posible transformación de una sociedad capitalista preexistente en una SE, tributaba de acuerdo con la modalidad de Actos Jurídicos Documentados de este tributo. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1997 consideró ilegal este gravamen a la luz de la referida Directiva comunitaria⁴⁴.

IV.3. Por la formación de una sociedad holding de cartera promovida por sociedades anónimas o de responsabilidad limitada de por lo menos dos Estados miembros diferentes

La fundación tendrá lugar mediante el siguiente procedimiento: sociedades preexistentes transmiten sus acciones en otras sociedades a la nueva SE. Esta última transferirá sus propias acciones emitidas a las sociedades transmitentes. En este caso, la SE será el holding de entidades filiales de las constituyentes. También es posible que la SE transfiera sus acciones a los accionistas de las sociedades transmitentes. En cualquiera de los dos casos, la operación se articulará a través de un canje de acciones. De acuerdo con lo previsto en el artículo 32.1 del Reglamento, las sociedades que promuevan la constitución de una SE a través de este procedimiento conservaran su personalidad jurídica.

IV.3.1. *Tributación sobre la renta de sociedades*

A) *Derecho tributario europeo: Directiva sobre régimen fiscal común de las fusiones*

El canje de valores necesario para este proceso de fusión puede perfectamente encajar bajo el concepto que para estas operaciones recoge la Directiva de fusiones cuando lo define como:

"La operación por la cual una sociedad adquiere una participación en el capital social de otra sociedad que le permite obtener la mayoría de los derechos de voto de dicha sociedad, mediante la atribución a los socios de la otra sociedad, a cambio de sus títulos, de títulos representativos del capital social de la primera sociedad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 % del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos títulos deducido de su contabilidad."

⁴³ FERNÁNDEZ MUÑOZ, C., SÁNCHEZ CORRALES, C y PÉREZ-FADÓN, J. J.: *Guía ... op. cit* pág. 24.

⁴⁴ RJ 8251 y 8252.

Debe, en todo caso, concurrir la circunstancia de que la SE adquiere de manera efectiva la participación suficiente en las sociedades filiales de las constituyentes que le permita obtener la mayoría de derechos de voto y, por tanto, su control. La consecuencia sería la exclusión de tributación inmediata con ocasión del canje por las plusvalías puestas de manifiesto derivadas de la diferencia entre el valor real actual de los títulos aportados a la SE y aquel por el que se encontraban registrados en los libros de las sociedades transmitentes. A cambio, los títulos recibidos por las sociedades transmitentes y por la SE deberían ser valorados a efectos fiscales por referencia a los valores de los transmitidos. Las plusvalías latentes deberán tributar cuando se produzca su posterior transmisión.

Sin embargo, de nuevo surge la dificultad derivada del limitado ámbito subjetivo de aplicación de la legislación comunitaria: la SE no aparece mencionada en la lista aneja que determina los destinatarios de sus disposiciones. La aplicación de la Directiva en estos supuestos dependerá de que se acepte la vía interpretativa antes mencionada –epígrafes II, III y IV. 2.1 A) b)– en cuya virtud cualquier disposición referida a las sociedades anónimas se entenderá efectuada a la SE.

B) *Derecho tributario español: imposición sobre la renta*

El régimen de las deudas tributarias derivadas de estas transmisiones es similar al previsto para el caso de la creación de una SE a través de fusiones. Frente a las normas generales del artículo 15 de la LIS, valoración según el precio de adquisición o coste de producción, los valores canjeados deben ser valorados de acuerdo con su valor en el mercado. De nuevo, es posible la aplicación del régimen especial para reorganizaciones empresariales de acuerdo con la Directiva de fusiones, extensibles, por decisión del legislador nacional, a todos los sujetos pasivos del IS sin perjuicio de su exclusión en caso de fraude o la evasión fiscal o cuando se trate de operaciones en las que intervengan entidades domiciliadas o establecidas en países o territorios calificados reglamentariamente como paraísos fiscales u obtenidas a través de los mismos. El gravamen de las rentas correspondientes a quienes no se consideran residentes fiscales está resuelto de nuevo en la LIRNR.

a) Rentas susceptibles de imposición de los socios transmitentes

a)1. Sociedades residentes en territorio español

De manera similar al caso anterior, el canje de valores implica tributación por la diferencia entre el valor actual de los títulos transmitidos, determinado por referencia a precios de mercado determinados según el artículo 16.3 de la LIS, y su valor contable. La SE atribuirá esta valoración a los valores recibidos a efectos fiscales.

No obstante, también aquí son aplicables las reglas especiales reguladoras de diferimiento fiscal, siempre que se cumplan las condiciones establecidas por la ley, entre las que se encuentra la necesidad de adquirir la mayoría de los derechos de voto en la sociedad cuyos valores son transmitidos. Por tanto, las rentas mencionadas antes no tributarán y los valores recibidos de la SE se valorarán, a efectos fiscales, por el valor de los entregados a la SE. Esta valoración se aumentará o disminuirá en el importe de la compensación complementaria en dinero entregada o recibida. Los valores recibidos conservarán la fecha de adquisición de los entregados.

También aquí, cuando las sociedades transmitentes pierdan la cualidad de residente en territorio español, se deberá tributar, en el período impositivo en que se produzca esta circunstancia, por la diferencia entre el valor normal de mercado de las acciones o participaciones y el valor que tenían con anterioridad al canje, corregido en el importe de las provisiones que hubieran sido fiscalmente deducibles. La deuda tributaria así generada puede aplazarse, ingresándose conjuntamente con la declaración correspondiente al período impositivo en el que se transmitan los valores, a condición de que se garantice su pago.

Respecto de la residencia fiscal de los socios que realizan el canje y de la SE adquirente

La norma refiere el régimen especial a los casos en que las sociedades que transmiten su participación a la SE sean residan en territorio español o en el de algún Estado miembro de la Unión Europea. Cuando lo fueren en cualquier otro Estado, la SE adquirente deberá ser residente en España.



De hecho, el artículo 101.1 letra a) de la LIS exige que la entidad adquirente sea residente en territorio español o se encuentre comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva de fusiones, resurgiendo así otra vez el debate en torno a la extensión de la normativa armonizadora a la SE.

Otros requisitos formales

La opción por la aplicación del régimen de diferimiento fiscal debe incluirse en el correspondiente acuerdo social o en la escritura pública en la que se documente. Tal opción corresponderá a la sociedad adquirente, SE⁴⁵. Cuando ni la SE ni la entidad participada cuyos valores se canjean sean residentes en España, la opción por el régimen especial corresponderá al socio residente afectado. El ejercicio de la opción se efectuará por éste

a)2. Sociedades no residentes en territorio español

La tributación de los valores transmitidos por no residentes es posible en España cuando se trate de títulos representativos de entidades residentes en su territorio. Puede verse el epígrafe IV.2 donde se analiza el régimen fiscal aplicable a las rentas generadas por la transmisión de acciones o participaciones y la incidencia de la aplicación de tratados fiscales. El régimen de diferimiento tendrá las mismas consecuencias, si bien no debe olvidarse que sólo es posible su aplicación cuando se constituye una SE española o comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva de fusiones.

b) Gravamen de las sociedades adquirentes

b)1. Normas generales

La SE que se constituye recibe un conjunto de valores cuyo valor determinará el importe de capital a emitir y, en su caso, de la prima de emisión que deban abonar los suscriptores. En consecuencia, no se determinan rentas fiscales sujetas a tributación. Sin embargo, las normas de tributación de las sociedades aportantes tienen repercusiones en la SE adquirente en cuanto al valor fiscal de lo recibido.

Las reglas generales implican la tributación de las entidades transmitentes en función del valor de mercado de las aportaciones no dinerarias. Esta será la valoración relevante para la SE, quien la tomará como punto de partida en el cálculo de sus futuras obligaciones fiscales: dotaciones a provisiones deducibles, posibles resultados derivados de su enajenación posterior, etc... Es posible que esta valoración no sea la misma que la reflejada en los libros contables. Como consecuencia, la SE deberá integrar en su base imponible la diferencia entre dicho valor y el valor de adquisición en el período impositivo en que los valores así adquiridos se transmitan.

b)2. Régimen especial de diferimiento fiscal

La aplicación del régimen de diferimiento fiscal, condicionado al cumplimiento de los requisitos antes indicados, entre ellos la adquisición de la mayoría de los derechos de voto en las sociedades transmitidas, implica para la SE valorar las acciones o participaciones recibidas de acuerdo con el valor que tenían para las sociedades aportantes con anterioridad al canje de valores, excepto que su valor normal de mercado fuere inferior, en cuyo caso se valorarán por este último.

El régimen especial alcanza a los métodos para eliminar la doble imposición: la SE disfruta del derecho a reducir la totalidad de la cuota correspondiente a futuros dividendos o plusvalías derivadas de las acciones recibidas en su constitución cualquiera que fuera el grado de participación y su antigüedad. Cuando la renta proceda de sociedades no residentes en España, estará exenta cualquiera que fuera el grado de participación, siempre que la titularidad sea mantenida durante un año y se trate de rentas empresariales generadas en el extranjero gravadas por un impuesto sobre la renta de sociedades, en los términos previstos en el artículo 20 bis de la LIS. Si así no sucediera deberá tributarse por la renta con derecho a deducir en la cuota los impuestos satisfechos por la SE,

⁴⁵ UCELAY SANZ, I., LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., MÁLVAREZ PASCUAL, L.A. y MARTÍN ZAMORA, P.: *Impuesto sobre Sociedades 2002*, editado por el REAF y el CEF 2002, pág. 1.106.

cumplido el requisito mínimo de mantenimiento de la participación. Esta deducción junto con la retención que el accionista pudiera haber soportado en el Estado de donde procede la renta no puede exceder de la parte del impuesto español que a ésta correspondiera. El régimen de diferimiento sí tiene como efecto excluir la exención prevista por plusvalías de cartera generadas en la transmisión de las acciones en la SE y regulada en el artículo 20 bis de la LIS.

Finalmente, se contempla el caso particular de entidades transmitentes cuyas plusvalías de cartera generadas con ocasión del canje no están sujetas a tributación en España, entendiéndose que este supuesto se produce cuando la deducción por doble imposición con exclusión completa de la cuota correspondiente a esta ganancia –artículo 28.5 de la LIS– y a las transmisión de acciones o participaciones en entidades no residentes respecto de las cuales, en virtud de un convenio de doble imposición o por la aplicación del régimen de exención de plusvalías previsto en su artículo 20 bis: en tal caso, se toma como valor de las acciones adquiridas por la SE el convenido entre las partes con el límite del valor normal de mercado. De esta forma se persigue que, como consecuencia de atribuir a los títulos adquiridos por la SE el valor contable que tuvieran con anterioridad al canje, la misma tuviera que tributar con ocasión de su posterior transmisión por un plusvalía por la que los transmitentes no tienen que tributar en ningún caso.

Otros requisitos formales

También en este supuesto la SE debe mencionar en la memoria anual de las cuentas anuales, mediante la comunicación obligatoria previa de la sociedad transmitente, los valores 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 provisiones constituidas en los libros de contabilidad de las dos entidades y una relación de beneficios fiscales disfrutados por la entidad transmitente, respecto de los que la entidad deba asumir el cumplimiento de los requisitos para su disfrute. La SE deberá realizar estas menciones mientras permanezcan en el inventario los valores o deban cumplirse los requisitos derivados de los incentivos fiscales. También puede optar por incluir la mera indicación de que dichas menciones figuran en la primera memoria anual aprobada tras la operación, que deberá ser conservada. Recordar que el incumplimiento de estas obligaciones se encuentra tipificada como infracción tributaria sancionable.

En estas operaciones de canje de valores, la aplicación del régimen especial requiere optar por el mismo y que la SE adquirente proceda a su comunicación a la Administración tributaria.

IV.3.2. Tributación sobre las aportaciones de capital

A) Derecho tributario europeo: Directiva sobre régimen fiscal de las aportaciones de capital

Como se vio, esta Directiva es aplicable a la SE. De acuerdo con el régimen armonizado, la constitución de una SE holding mediante canje de valores constituye hecho imponible sujeto a gravamen.

La base imponible de gravamen vendrá constituida –artículo 5.1 letra a)– por el valor real de los bienes de cualquier naturaleza, aportados o que deban aportarse por los asociados, previa deducción de las obligaciones asumidas y de los gastos soportados por la sociedad a consecuencia de cada aportación. Las leyes nacionales pueden diferir la obligación de pago del impuesto sobre las aportaciones hasta el momento en que éstas se efectúen. En cuanto al tipo de gravamen, los Estados miembros están obligados a dejar exentas aquellas operaciones que ya lo estuvieran o que tributaran a un tipo igual o inferior al 0,5% el 1 de julio de 1984. En otro caso, el tipo de gravamen no puede exceder del 1%.

B) Derecho tributario español: el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados

El ámbito territorial de aplicación de ITP queda referido, insistimos, a las SE cuya sede de dirección efectiva se encuentre en España, con exclusión de gravámenes equivalentes de otros



países de la Unión Europea, según los criterios armonizadores –artículo 2– de la Directiva sobre aportaciones de capital. También alcanza a las SE con domicilio social en su territorio, cuando dicha sede no se encuentre situada en otro Estado miembro o cuando, estándolo, tal Estado no grava la operación con un impuesto similar.

En definitiva, estos canjes de valores responden a aportaciones no dinerarias de acciones enmarcadas en un proceso de constitución de una sociedad. El ITP grava como operación societaria la constitución de la SE por el importe de capital emitido, con adición de las primas de emisión, al tipo del 1%, con exclusión del gravamen por el concepto de transmisiones onerosas.

La aplicación del régimen especial de diferimiento de la imposición sobre sociedades conlleva la exención por el impuesto indirecto por las aportaciones de capital.

IV.3.3. *Tributación en el IVA*

Las operaciones de canje de valores constituyen operaciones exentas que no tributan por este impuesto, de acuerdo con el artículo 20 uno 18 letra I).

IV.4. Por la formación de una filial de sociedades de por lo menos dos Estados miembros diferentes

Como está previsto en los artículos 2.3 y 35 del Reglamento de la SE, diversas sociedades pueden crear una SE mediante la suscripción de sus acciones. Este proceso puede producirse mediante la correspondiente suscripción del capital y la realización de aportaciones dinerarias. También puede tratarse de una operación por la cual una sociedad transfiere, sin previa disolución, todas, varias o alguna de sus ramas de actividad, sucursales o filiales a otra sociedad, la SE, a cambio de la adquisición de valores representativos del capital de la sociedad que recibe los activos transferidos. En definitiva, estaríamos en presencia de una operación de aportación no dineraria a una sociedad de capital en proceso de formación.

Las consecuencias tributarias en el ámbito de la imposición sobre la renta varían en función de la naturaleza dineraria o no dineraria de las aportaciones efectuadas.

IV.4.1. *Constitución mediante suscripción de capital y aportaciones dinerarias*

A) *Tributación sobre la renta de sociedades*

Estas operaciones no generan renta que deba tributar por imposición societarias, ni en las sociedades aportantes ni la SE que se constituye.

B) *Gravamen sobre las aportaciones de capital*

La constitución de una SE mediante aportaciones dinerarias encaja en el hecho imponible descrito en el artículo 4 apartado 1, letra a), de la Directiva de imposición sobre concentración de capitales cuando menciona las operaciones de constitución de sociedades de capital. La base imponible de gravamen vendrá constituida –artículo 5.1 letra a)– por el valor real de los bienes de cualquier naturaleza, aportados o que deban aportarse por los asociados, previa deducción de las obligaciones asumidas y de los gastos soportados por la sociedad a consecuencia de cada aportación. En cuanto al tipo de gravamen, los Estados miembros están obligados a dejar exentas aquellas operaciones que ya lo estuvieran o que tributaran a un tipo igual o inferior al 0,5% el 1 de julio de 1984. En otro caso, el tipo de gravamen no puede exceder del 1%.

La legislación española sobre ITP grava las operaciones de constitución de sociedades: es sujeto pasivo la SE constituida, la base de gravamen el importe nominal en que el capital quede fijado inicialmente, con adición de las primas de emisión, y el tipo de gravamen es el 1%.

IV.4.2. *Constitución mediante suscripción de capital y aportaciones no dinerarias*

A) *Tributación sobre la renta de sociedades*

a) *Tributación de las sociedades aportantes*

a)1. *Normas generales*

La LIS obliga a valorar de acuerdo con el valor de mercado los elementos patrimoniales aportados y los valores recibidos en contraprestación. Las sociedades aportantes deben tributar por la diferencia entre el valor normal de mercado de los elementos transmitidos y su valor contable. Cuando la valoración mercantil no se correspondiera con la así prevista, la diferencia existente debe imputarse a la base imponible del impuesto en el ejercicio en que se produzca la transmisión de los títulos recibidos: si el valor de mercado fue superior al contable, la norma fiscal tiene por efecto anticipar la posible plusvalía de tal manera que resulta necesario con posterioridad reducir la tributación en el importe de esta renta ya gravada.

a)2. *Régimen especial*

El régimen de diferimiento fiscal alcanza a las aportaciones no dineraria cuando consistan en la transmisión de ramas de actividad, por las que se entiende 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. El concepto alcanza a los supuestos en que se transfieran a la sociedad adquirente las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de los elementos que se traspasan.

Tanto los efectos fiscales, en relación con el diferimiento de la tributación, como los requisitos necesarios para su aplicación, relativos a ubicación de los bienes y derechos transmitidos como al régimen fiscal de la SE adquirente y las obligaciones formales que ésta debe asumir, son los antes mencionados en relación con la constitución mediante fusión – epígrafe IV.2. Asimismo, las aportantes aplican las normas especiales para eliminar la doble imposición establecidas en relación con los socios de las entidades disueltas en las operaciones de constitución de la SE por fusión y que son relevantes cuando perciban dividendos tal entidad o procedan la transmisión de su participación en la misma.

El régimen especial de neutralidad es aplicable también en los casos denominados por la doctrina como aportaciones no dinerarias especiales, esto es, cuando lo aportado no constituya rama de actividad en el sentido antes expresado, siempre que la SE sea residente en territorio español o realice actividades en el mismo por medio de un establecimiento permanente al que se afecten los bienes aportados y la sociedad aportante adquiera una participación en la misma de, al menos el 5 por 100. Este supuesto concreto no alcanza a la constitución de SE en otros Estados miembros, solución que no parece muy acorde con el principio comunitario de no discriminación y la libertad de establecimiento⁴⁶. Estas operaciones no aparecen en las definiciones generales previstas en el artículo 97 de la LIS en relación con el régimen de neutralidad sino que aparecen con posterioridad, durante su regulación particular, en el artículo 108 de la misma ley.

Como norma particular para estos casos que no implican la extinción de la entidad aportante, las acciones de la SE recibidas reciben el valor contable que tenía la unidad económica transmitida, al que se sumará el importe de las rentas que no hubieran podido ser diferidas y hubieran tributado.

Finalmente, la opción se ejercerá por la entidad adquirente y deberá constar en el correspondiente acuerdo social o, en su defecto, en la escritura pública en que se documente el oportuno acto o contrato. Cuando en el negocio jurídico no intervengan entidades transmitentes ni adquirentes que tengan su residencia fiscal en España, corresponderá a la SE efectuar la opción por

⁴⁶ Cfr. epígrafe II de este trabajo.



la aplicación del régimen especial, que deberá constar en la escritura pública en que se documente la transmisión. Respecto de la obligación de su comunicación a las autoridades fiscales, deberá ser efectuada por la SE adquirente. Si no es residente fiscal en España, ni actúa en este país por medio de un establecimiento permanente, la obligación de comunicar recaerá sobre la entidad transmitente.

b) Tributación de la SE adquirente

b)1. Normas generales

La adquisición de las aportaciones no dinerarias con ocasión de la suscripción del capital de la SE que se constituye no determina renta sujeta a tributación. Sin embargo, las normas de tributación de las sociedades aportantes tienen repercusiones en la SE adquirente en cuanto al valor fiscal de lo recibido.

Las reglas generales implican la tributación de las entidades transmitentes en función del valor de mercado de las aportaciones no dinerarias. Esta será la valoración relevante para la SE, quien la tomará como punto de partida en el cálculo de sus futuras obligaciones fiscales: amortizaciones, dotaciones a provisiones deducibles, posibles resultados derivados de su enajenación posterior, etc... Es posible que esta valoración no sea la misma que la reflejada en los libros contables. Como consecuencia, la SE deberá integrar en su base imponible la diferencia entre dicho valor y el valor de adquisición, en la forma expuesta anteriormente (epígrafe IV.2.1 B) c)1).

b)2. Régimen especial

Son extensibles a la SE adquirente de aportaciones no dinerarias las previsiones para el caso de constitución mediante fusión relativas a la valoración de los elementos patrimoniales adquiridos, a la subrogación en derechos y obligaciones tributarios ligados a los activos transmitidos y a las obligaciones formales de comunicación, información y contables. Como particularidad derivada de que no se trata de una sucesión a título universal, las obligaciones tributarias que contraerá la SE serán las referidas a los bienes y derechos transferidos.

Antes se comentó acerca de obligación de SE de ejercer la opción por la aplicación del régimen especial y de comunicarla a la Administración tributaria.

B) *Gravamen sobre las aportaciones de capital*

La constitución de una SE mediante aportaciones no dinerarias encaja en el hecho imponible descrito en el artículo 4 apartado 1, letra a), de la Directiva de imposición sobre concentración de capitales cuando menciona las operaciones de constitución de sociedades de capital. La base imponible de gravamen vendrá constituida –artículo 5.1 letra a)– por el valor real de los bienes de cualquier naturaleza, aportados o que deban aportarse por los asociados, previa deducción de las obligaciones asumidas y de los gastos soportados por la sociedad a consecuencia de cada aportación. En cuanto al tipo de gravamen, los Estados miembros están obligados a dejar exentas aquellas operaciones que ya lo estuvieran o que tributaran a un tipo igual o inferior al 0,5% el 1 de julio de 1984. En otro caso, el tipo de gravamen no puede exceder del 1%.

La legislación española sobre ITP grava las operaciones de constitución de sociedades. Ahora bien, debemos recordar la exención prevista en dicho tributo respecto de las operaciones de reestructuración empresarial, incluidas todas las aportaciones no dinerarias, acogidas al régimen de diferimiento fiscal previsto en la LIS, siempre que se produzca la comunicación previa a la Administración y el cumplimiento del resto de sus requisitos, entre los mismos la opción por su aplicación⁴⁷. En otro caso, será sujeto pasivo la SE constituida, la base de gravamen el importe nominal en que el capital quede fijado inicialmente, con adición de las primas de emisión, y el tipo de gravamen es el 1%.

⁴⁷ FERNÁNDEZ MUÑOZ, C., SÁNCHEZ CORRALES, C y PÉREZ-FADÓN, J. J.: *Guía del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, ed. CISS, 1.ª edición, 1999, pág. 53.

C) *Tributación por el IVA*

El supuesto de no sujeción previsto en la LIVA, artículo 7.1ºb se refiere de forma expresa a las operaciones contempladas en el artículo 97 de la LIS, de tal manera que no alcanzaría a los casos de las aportaciones no dinerarias especiales, que son aquellas que no comprenden la transmisión de una rama de actividad sino de determinados elementos patrimoniales⁴⁸. En consecuencia, las entidades aportantes deberán repercutir el impuesto a la SE adquirente.

IV.5. Mediante la transformación de una sociedad de responsabilidad limitada pública que ha tenido una filial en otro Estado miembro por lo menos dos años

De conformidad con los artículos 2.4 y 37 y siguientes del Reglamento, las sociedades anónimas constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y con domicilio social y administración central en la Comunidad podrá transformarse en una SE, sin que implique la disolución de una sociedad ni la creación de una persona jurídica nueva. Desde el punto de vista del Derecho mercantil, se trata de la transformación de una sociedad de capital en otra que corresponde a la misma tipología, dada la consideración de estas últimas como sociedades de capital del tipo de las sociedades anónimas. Respecto de las operaciones necesarias, la simple transformación de una entidad en una forma jurídica diferente no implica la transmisión de activos o acciones en este caso ni, insistimos, una nueva entidad mercantil⁴⁹.

Las directivas adoptadas para la armonización de la imposición societaria no contemplan este supuesto. Las legislaciones nacionales no tienen que atender a obligaciones comunitarias y pueden determinar el régimen fiscal que consideren adecuado. La ley tributaria española no liga a la mera transformación de sociedades el devengo de rentas sujetas a imposición. No hay una nueva entidad jurídica ni, en consecuencia, un sujeto pasivo nuevo y diferente. Se podía concluir que el mismo contribuyente permanece. Como consecuencia de la ausencia de transmisiones de derechos o titularidades, no se considera que surja ningún incremento o ganancia de capital.

El IS integra junto a su régimen general otros especiales. Las diferencias en las normas para determinar la cuantía de las deudas tributarias obliga a ponderar las consecuencias que deben derivarse de la alteración de las aplicables a la entidad resultante de la transformación aquí referida. Las normas relativas a la finalización de los períodos impositivos –artículo 24.2– se refieren al caso en que la transformación de la forma jurídica de la entidad determine la modificación de su tipo de gravamen o la aplicación de un régimen tributario especial. Para tales casos se disponen reglas dirigidas a determinar qué parte de las rentas que pudieran originarse con posterioridad por la transmisión de elementos patrimoniales existentes en el momento de la transformación deben tributar de acuerdo con las normas de los correspondientes regímenes de tributación que han resultado aplicables a la entidad. Sin embargo, la mera transformación de una sociedad anónima en una SE no tiene por qué producir la alteración del régimen de tributación.

Por otra parte, no se produciría el devengo de derechos de aportación sobre el capital. La Directiva 69/335/CEE refiere el hecho imponible a la transformación de una entidad en una sociedad de capital: no es aquí el caso puesto que la transformación se produce entre sociedades que ya lo son de capital. Debemos tener en cuenta que la lectura de los hechos imposables descritos en la norma abarca la constitución y ampliaciones de capital de las sociedades de esta naturaleza mercantil, razón que explica la sujeción de la adopción de esta forma legal, mientras que si tributara la conversión de aquellas que ya tuvieran tal tipología se produciría una doble exacción sin que se hubiera producido nuevas aportaciones de los socios.

La legislación española en la materia no sujeta la transformación de sociedades a la modalidad de operaciones tributarias del ITP. La falta de sujeción por tal concepto abrió el debate acerca

⁴⁸ VICTORIA SÁNCHEZ, A., "Las transmisiones..." *op. cit.*, pág. 20.

⁴⁹ ESTEBAN VELASCO, G.: "El compromiso de Niza: por fin, la Sociedad Europea", *Revista de Derecho de Sociedades* n.º 16, 2001, pág. 156.



de la posible tributación de esta operación por la modalidad de actos jurídicos documentados del citado impuesto. El Reglamento del ITP⁵⁰ precisó como operación sujeta a la cuota variable de dicha exacción la transformación de sociedad y el cambio de naturaleza jurídica o de forma de la misma. Dos sentencias del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1997⁵¹ suprimieron estas menciones al considerarlas ilegales por su incompatibilidad con las normas comunitarias de la Directiva de aportaciones de capital.

Es posible que este procedimiento de constitución de la SE sea el más interesante desde el punto de vista fiscal. Los grupos de sociedades podrían reorganizarse bajo sus formas jurídicas tradicionales y poder disfrutar del régimen fiscal de diferimiento dispuesto por la Directiva de fusiones sin restricciones que pudieran ligarse a la inclusión de la forma jurídica en su anexo, en función de una interpretación literalista de la norma. Más tarde, sería posible la transformación de la sociedad de cartera resultante en una SE sin que se devengue tributación salvo en las circunstancias señaladas.

V. FISCALIDAD DE LA ACTIVIDAD DE LAS SOCIEDADES EUROPEAS

V.1. Imposición directa

V.1.1. Aspectos generales

El marco tributario de la SE vendrá fundamentalmente determinado por su naturaleza así como por aquellas características particulares que pudiera reunir y que fueran relevantes por constituir puntos de conexión seleccionados por el Derecho tributario para delimitar bajo qué jurisdicción fiscal se encontrará y el alcance de sus obligaciones. Estamos en presencia de una empresa sometida al Derecho comunitario, directamente aplicable en el conjunto de la Comunidad, sujeta a su vez al Derecho interno del Estado miembro donde establezca su domicilio, que podrá adaptar disposiciones específicas para estas últimas y cuya legislación sobre sociedades anónimas nacionales resulta aplicable⁵². La SE es una entidad con personalidad jurídica regida por su propia estructura organizativa, de formación capitalista y que responde a la tipología propia de las sociedades anónimas. Su capital está dividido en acciones y los socios limitan su responsabilidad hasta el importe del mismo suscrito⁵³.

La personalidad jurídica, con carácter general, es la circunstancia que atribuye la condición de sujeto pasivo del IS⁵⁴. Junto a esto, la sujeción final a este impuesto viene determinada por la residencia fiscal en territorio español, ya que en caso contrario la sujeción será por el Impuesto sobre la Renta de no Residentes (en adelante, IRNR) y limitada respecto de las rentas que pudiera obtener y que se entendieran producidas en territorio español.

La relación existente en el Reglamento de la SE acerca de domicilio social, registro y adquisición de personalidad jurídica no prejuzgan, por otra parte, la condición de residencia fiscal. Cada Estado miembro deberá determinar cuando una entidad es residente fiscal en su territorio. El artículo 8.3 de la LIS atribuye residencia fiscal en territorio español a las entidades constituidas conforme a

⁵⁰ Aprobado por el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, BOE de 22 de junio.

⁵¹ RJ 8251 y 8252.

⁵² ESTEBAN VELASCO, G.: "Una aproximación a la estructura orgánica de la Sociedad Europea", ponencias publicadas en la Revista de Estudios Europeos, n.º 29, Sep/Dic 2001.

⁵³ ESTEBAN VELASCO, G.: "El compromiso de Niza: por fin, la Sociedad Europea", Revista de Derecho de Sociedades n.º 16, 2001, págs. 141-162.

⁵⁴ MARTÍN QUERALT, J., LOZANO SERRANO, C., CASADO OLLERO, G. y TEJERIZO LÓPEZ, J.M.: "Curso..." *op. cit.* pág. 599; LÓPEZ SANTACRUZ, J.A.: *Impuesto op. cit.*, pág. 17.

las leyes españolas, en segundo lugar a las que tengan su domicilio social en territorio español y, por último, cuando la sede de dirección efectiva se encuentre en el mismo.

Respecto de la constitución, resulta relevante mencionar que la adquisición de personalidad jurídica se produce en la fecha de registro, según el artículo 16.1 del Reglamento. El registro será el mismo al que acuden las sociedades constituidas conforme al derecho nacional del Estado correspondiente. Además, deberá producirse en el Estado miembro donde la sociedad tenga su domicilio social, de acuerdo con lo previsto en el artículo 12.1 del Reglamento. El domicilio social constituye un factor determinante del régimen jurídico de la SE cuando el artículo 9 se refiere a las leyes nacionales correspondientes al mismo: su trascendencia jurídica lleva a dictar disposiciones imperativas para su localización dentro de la Comunidad, en el mismo Estado miembro que su administración central. Además, se establece que los Estados miembros puedan imponer a las SE registradas en su territorio, por tanto con domicilio allí localizado, la obligación de situar la administración central y el domicilio social en el mismo lugar. En función de estas previsiones, puede afirmarse que la SE se constituye con arreglo al ordenamiento jurídico comunitario y a las leyes españolas cuando tenga en su territorio el domicilio social. La aplicación de la ley mercantil española excluye en estos casos la invocación del ordenamiento de otros Estados y atribuye su propia particularidad a la SE constituida. Podría afirmarse que el punto de conexión del régimen jurídico de constitución determinaría, en función del domicilio social final de la entidad constituida, la residencia fiscal en España de la SE que se constituya de acuerdo con su ley. En todo caso, el punto de conexión fiscal consistente en la ley de la constitución de la sociedad acaba siendo reconducida al segundo, el criterio del domicilio social.

En cuanto a la invocación del tercer criterio, la sede de dirección efectiva, no surgen mayores dudas. Por lo demás, se precisa que una entidad tiene su sede de dirección efectiva en territorio español cuando en él radica la dirección y control del conjunto de sus actividades. Este punto de conexión es particularmente relevante puesto que se constituye en la regla dirimente utilizada por los convenios internacionales fiscales en los casos en que la concurrencia de criterios fijados por diversos Estados pueda atribuir a una misma sociedad residencia fiscal en dos territorios nacionales distintos.

La SE residente en España va a ser sujeto pasivo del IS. Dada su personalidad jurídica y su condición de entidad de base capitalista, no le resulta aplicable el régimen de atribución de rentas que el artículo 6 ha previsto para las sociedades civiles y demás entidades sin personalidad. Nada puede constatarse a priori acerca de la extensión o exclusión de los regímenes especiales existentes en este ámbito tributario, salvo lo que pudiera resultar de las condiciones establecidas en relación con la forma jurídica del sujeto pasivo. No podrán acogerse a las normas especiales de sociedades cooperativas o agrarias de transformación, dada la condición de sociedades civiles de las últimas, fundaciones, fondos de cualquier naturaleza y comunidades. Sí resultaría de aplicación el régimen de entidades de reducida dimensión, el de transparencia fiscal, el de entidades de tenencia de valores extranjeros, el de transparencia fiscal internacional y el de fusiones, comentado en secciones anteriores de este capítulo, cuando concurren los supuestos de hecho previstos en sus normas. También, cualquier otro extensible a tales formas sociales y basados en su objeto social. Además, la participación en uniones temporales de empresas o en agrupaciones de interés económico, incluso en su contexto europeo, determinará la sujeción a las normas específicas previstas para estos casos. Respecto de los regímenes especiales vinculados a legislación especial reguladora de determinadas operaciones financieras, de nuevo resultarán de aplicación en la medida en que una SE pueda constituirse en sociedad de capital riesgo, de garantía recíproca, inversión colectiva o financiera capaz de prestar servicios de arrendamiento financiero.

Se debe hacer mención especial a la posible invocación del régimen de consolidación fiscal. La vocación de la SE para constituirse en instrumento de integración de grandes empresas europeas puede encontrar dificultades con las previsiones de la ley española. El régimen de tributación de grupos es aplicable cuando el mismo está integrado por quienes tienen residencia en territorio español, si bien es posible a partir de ejercicios iniciados en el año 2002, que la figura de la entidad dominante del grupo concorra en establecimientos permanentes de entidades no residentes que se encuentren situados en territorio español, cuando al mismo queden afectas las participaciones en sociedades residentes en este territorio y respecto de las que concurren el resto de condiciones para que sea posible la consolidación a efectos del impuesto. Dado que la LIS sólo menciona que la sociedad dominante en la consolidación no sea dependiente de ninguna otra residente en territorio espa-



ñol, la única consecuencia que se vislumbra será la limitación de la tributación consolidada como grupo fiscal respecto del integrado por una SE residente en territorio español y sus filiales también residentes, del formado por sucursales españolas, cuando la SE resida fuera de dicho ámbito territorial, y sus filiales en España cuyas acciones se afecten a tales centros de actividad, y al integrado por las filiales españolas de la SE que sean no residentes en España, cuando pueda determinarse la existencia en España de una cabecera del grupo.

La SE que no tenga residencia fiscal en España tributará de acuerdo con la LIRNR. Las obligaciones por este impuesto sólo nacen en relación con las rentas, dinerarias o en especie, que se consideren obtenidas en territorio español. La prolija regulación de esta materia que se encuentra en el artículo 12 de la LIRNR permite concluir su devengo en relación con actividades económicas desarrolladas en España, los rendimientos y plusvalías de bienes muebles localizados en su territorio, derechos que deban ejercerse o cumplirse en el mismo o acciones o participaciones en entidades españolas, así como las rentas generadas por los inmuebles allí ubicados. La invocación de convenios de doble imposición ajustados al Modelo de la OCDE limitaría la exacción tributaria, como regla general y sujeto al pacto bilateral concreto aplicable en cada caso, a las actividades económicas desarrolladas a través de establecimiento permanente - sucursales, talleres, oficinas y centros de actividades no meramente secundarias o auxiliares - rentas de bienes muebles afectos a estos últimos; de forma limitada, a dividendos, intereses y cánones; y a todas aquellas atribuibles a bienes de naturaleza inmobiliaria.

V.1.2. *Tributación internacional*

La vocación internacional con que nace la SE obliga a hacer unas mínimas reflexiones acerca del entorno fiscal que le resultará de aplicación.

La armonización comunitaria ha alcanzado también a la tributación de pagos internacionales de dividendos. La Directiva 90/435/CEE adopta un régimen fiscal común aplicable a entidades matrices y sus filiales⁵⁵. La misma dispone la eliminación de la tributación de los dividendos en el Estado miembro desde el que son satisfechos y la obligación del Estado de la entidad socio perceptora de los mismos de permitir que este último sujeto pasivo no tribute por los mismos o pueda reducir su tributación en el importe de los impuestos satisfechos por la entidad filial en el otro Estado miembro y que correspondan a dichos beneficios distribuidos⁵⁶. Ahora bien, esta directiva se construye en torno a un concepto de sociedad limitado por la lista exhaustiva que figura como anexo a su texto, entre las que no figura la SE, de tal forma que se vuelven a plantear las mismas cuestiones acerca de su invocación vistas en epígrafes anteriores de este Capítulo. Por los motivos antes indicados, nos inclinamos por defender la extensión a la SE del régimen previsto en la Directiva. En todo caso, podrán aplicar las normas previstas al efecto en convenios de doble imposición o en las correspondientes normas internas. El Convenio comunitario de arbitraje⁵⁷, que dispone de un procedimiento de resolu-

⁵⁵ DOCE, serie L, n.º 294, n.º 225, de 20 de agosto de 1990.

⁵⁶ La interpretación de la directiva ha sido analizada por el Tribunal en los casos *Denkavit* (STJCE 17.10.1996, C-283/1994), *EPSON Europe* (STJCE 8.6.2000, C-375/1998) y *Athinaiki* (STJCE 4.10.2001, C-294/1999). En *Denkavit* el Tribunal considera que los Estados miembros no pueden exigir que el período de permanencia de la participación (art. 3.2) se haya cumplido antes de la distribución del beneficio. No obstante, los Estados tienen libertad para decidir el modo en que se cumplirá el requisito de permanencia: mediante una exención inmediata o mediante una imposición “cautelar” sobre los dividendos y la posterior devolución cuando se acredite el período de permanencia. En el caso *EPSON Europe* se analiza el concepto de “retención en origen” del art. 5. A juicio del Tribunal, tal concepto no se limita a los impuestos sobre la renta societaria de los Estados Miembros, sino a todo tributo, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, que revista la forma de retención en origen sobre los dividendos distribuidos por las filiales. En definitiva, los impuestos con un efecto equivalente a los previstos en la norma comunitaria quedan prohibidos de modo que se garantice el “efecto útil” de la Directiva. En *Athinaiki* el Tribunal se enfrenta a la legislación griega según la cual, en el caso de distribución de beneficios por una sociedad filial a su matriz, para el cálculo de la base imponible de la filial, deben incluirse los rendimientos exentos. Se da la circunstancia de que el CDI entre Grecia y Países Bajos permite gravar los dividendos en el Estado de residencia del accionista y en el de la filial (en éste con el límite del 35 por 100). El Tribunal entiende que estamos ante una auténtica retención, aunque no la denomine así la legislación de un Estado miembro: no se trata de una retención a cuenta sobre el impuesto sobre sociedades de la filial, sino de un impuesto definitivo – prohibido por la Directiva – que se paga con ocasión del reparto de dividendos. La previsión del CDI no puede prevalecer, pues no se dirige a evitar la doble imposición.

⁵⁷ Convenio relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas (90/436/CEE) publicado en el DOCE, serie L n.º 225, de 20 de agosto de 1990.

ción conflictos entre dos Estados miembros que no llegan a un acuerdo para determinar el precio de mercado de las operaciones realizadas entre sociedades que tienen relaciones de dominio o accionariado, es extensible a la SE puesto que no limita su ámbito subjetivo de aplicación.

La SE que resulte residente en España aplicará los convenios fiscales suscritos por España para eliminar la doble imposición con el objeto de determinar el alcance de sus obligaciones tributarias en territorios terceros donde pueda derivar rentas. Asimismo, aplicará los métodos para eliminar la doble imposición de acuerdo con lo previsto en dichos tratados y en la LIS. El artículo 29 de esta ley permite deducir el impuesto que el sujeto pasivo haya debido satisfacer en el extranjero con el límite del importe del impuesto correspondiente de acuerdo con sus propias normas. El artículo 30 se refiere a la tributación exterior sobre dividendos percibidos. Los artículos 20 bis y 20 ter establecen respectivamente exenciones por dividendos y plusvalías de cartera internacionales y por rentas actividades económicas ejercidas en el extranjero a través de establecimiento permanente.

Los tratados fiscales son también aplicables por las entidades no residentes respecto de la Hacienda Pública española y en relación con las rentas obtenidas bajo su jurisdicción, como antes se mencionó. Destaca la tributación de los establecimientos permanentes. En primer lugar, deberá determinarse su presencia en función de la definición de los mismos que incorpore el tratado fiscal. Cuando no lo hubiera invocable se acudirá al concepto previsto en la LIRNR. Su tributación en el Estado miembro donde estén situados tendrá lugar según la legislación fiscal de la jurisdicción que corresponda. Con carácter general tributan ante la Administración correspondiente por las rentas que les resultan imputables y de acuerdo con las normas de imposición sobre sociedades. Para determinar la base imponible deducirán normalmente los gastos en que hayan incurrido, incluidos los propios de la casa principal que razonablemente puedan ser imputados a cada centro de actividad, para cuya valoración se atenderá principalmente a los que puedan determinarse razonablemente en condiciones de mercado⁵⁸. Habrá que ver cada ley nacional para determinar las deducciones por incentivos fiscales que les puedan corresponder. Estos tratados incorporan el principio de no discriminación de acuerdo con la propuesta incluida en el Modelo OCDE de convenio: en su virtud, los centros de actividad a que nos referimos no pueden estar sujetos a un régimen fiscal menos favorable que el previsto para las propias empresas que desarrollen las mismas actividades. Dicho parámetro, sin embargo, no alcanza a la aplicación de deducciones, desgravaciones o reducciones de carácter personal dispuestas en función del estado civil o responsabilidades familiares previstas para los contribuyentes que sean residentes. El principio de no discriminación recogido en los Tratados constitutivos de la Comunidad es relevante a estos efectos: sentencias dictadas en el caso *avoir fiscal* o *Saint Gobain*⁵⁹ arrancan del dato de su imposición como entidades residentes para reconocerles el derecho a deducciones para evitar la doble imposición interna e internacional, incluso las previstas en convenios de doble imposición celebrados entre el Estado en cuya jurisdicción están situados y otros terceros que, en principio, no les resultan de aplicación al no estar cubiertos por el correspondiente ámbito personal. El artículo 18.4 de la LIRNR reconoce a los establecimientos permanentes deducciones por doble imposición interna pero no les extiende las previstas en relación con rentas internacionales que les puedan ser atribuidas. La aplicación de deducciones personales no se ha planteado en relación con la imposición de establecimientos personales, pero sí respecto de quienes han ejercido la libertad de circulación como trabajadores o por quienes reclaman el derecho comunitario de establecimiento, lo que ha sido resuelto en favor del contribuyente en la mayoría de las ocasiones⁶⁰.

La tributación de los establecimientos permanentes de la SE se completa con las previsiones previstas por el Estado de residencia de la entidad de la que forme parte. Este podrá haber previsto la exención de las rentas internacionales del sujeto pasivo; cuando así no estuviere previsto o no se reunieran las condiciones legales necesarias para disfrutar de este beneficio fiscal, existirán normas dirigidas a evitar la doble imposición, bien en el convenio aplicable bien en las normas internas. El último caso implica tributación mínima en función del tipo de gravamen del Estado de residencia.

⁵⁸ Principio recogido en el Modelo OCDE artículos 7 y 24, y en la legislación española, LIRNR artículo 17.

⁵⁹ Sentencia de 28 de enero de 1986, asunto C-270/83, *Comisión vs Francia - avoir fiscal*, antes nota 4, párrafo 26 y sentencia de 21 de septiembre de 1999, asunto C-307/97, *Saint Gobain*, ECR 1999, p. I-6161.

⁶⁰ Sentencia de 11 de agosto de 1995, asunto C- 80/94, *Wielockx*, ECR 1995, p. I-2508, sentencia de 27 de junio de 1996, asunto C- 107/94, *Asscher*, ECR 1996, p. I-3089.



V.2. Imposición indirecta

El IVA grava las operaciones realizadas en el marco de actividades empresariales o profesionales que se producen en su territorio de aplicación. Este impuesto se exige en el territorio español según se precisa en el artículo 3 de la Ley 37/1992, que abarca el territorio peninsular y las Islas Baleares. En las Islas Canarias se devenga en su lugar el Impuesto General Indirecto Canario, similar al IVA y diseñado en coordinación con éste. Como regla general, el sujeto pasivo es el empresario o profesional establecido en dicho territorio que realice las operaciones sujetas al impuesto: entregas de bienes, prestaciones de servicios, adquisiciones intracomunitarias de bienes e importaciones, aunque en este último caso no tuviera tal condición de empresario.

La SE será sujeto pasivo del IVA: el artículo 5 de la LIVA reputa como empresario o profesional a las sociedades mercantiles en todo caso. Lo será por sus operaciones en España, por las adquisiciones intracomunitarias que realice de otros empresarios sujetos pasivos del Impuesto en otro Estado miembro y por las importaciones que realice desde Estados terceros. En los supuestos de operaciones realizadas por empresas no establecidas en territorio español, es también sujeto pasivo la empresa que sea destinataria y sí esté establecida⁶¹.

El concepto de establecido en territorio de aplicación del impuesto es fundamental para determinar la sujeción al impuesto. El artículo 84. Dos LIVA considera como tales a los que tengan allí la sede de su actividad económica, un establecimiento permanente o su domicilio fiscal, incluso cuando no realicen sus operaciones sujetas desde dicho establecimiento. Es evidente el diferente punto de conexión utilizado respecto de los previstos para determinar la residencia fiscal a efectos de imposición sobre la renta de sociedades. Coincide la referencia al domicilio fiscal, si bien debe recordarse que la regla de conflicto en los convenios fiscales sobre impuestos sobre la renta atribuye carácter dirimente a la sede de dirección efectiva. Por otra parte, tal sede de dirección no tiene por qué coincidir con el lugar de la actividad económica a que se refiere la LIVA. El establecimiento permanente constituye punto de conexión en ambas áreas. Debe destacarse que la LIVA recoge su propia definición de establecimiento permanente, artículo 69, más amplia puesto que en la misma encajan las instalaciones explotadas con carácter de permanencia por un empresario o profesional para el almacenamiento y posterior entrega de sus mercancías y los centros de compras de bienes o de adquisición de servicios, casos que cuando tienen carácter meramente auxiliar o secundario no constituirían centros de actividad a efectos del IS; también es propia la referencia a los bienes inmuebles explotados en arrendamiento o por cualquier título.

El IVA conoce regímenes especiales cuya aplicación a la SE dependerá de que se realicen los supuestos de hecho previstos. En todo caso, no le son extensibles los regímenes simplificado, de la agricultura, ganadería y pesca y del recargo de equivalencia, puesto que no son aplicables a las sociedades mercantiles en función de lo previsto en los artículos 122 uno, 124 dos y 148 uno de la LIVA.

La SE estará sujeta al ITP cuando realice, dentro de su ámbito territorial de aplicación, los hechos imponibles previstos en cualquiera de las tres modalidades de exacción: transmisiones patrimoniales onerosas, operaciones societarias y actos jurídicos documentados.

Existe incompatibilidad legal entre el IVA y algunos de los conceptos del ITP: las operaciones sujetas al primero no lo están por el concepto de transmisiones patrimoniales onerosas, exclusión que se explica por el ámbito objetivo de estos tributos, el primero llamado a gravar las operaciones empresariales y el segundo las transacciones entre particulares. La sujeción al IVA de la SE determinará la exclusión de esta modalidad de gravamen. Como excepción, determinadas operaciones exentas en el IVA tributan por transmisiones patrimoniales: es el caso de entregas y arrendamientos de bienes inmuebles y la constitución o transmisión de derechos reales de goce o disfrute sobre los mismos, salvo cuando se renuncie a la exención, y determinadas transmisiones de valores⁶². Esta modalidad se devenga cuando se trata de bienes o derechos que estuvieran situados, pu-

⁶¹ Para un estudio más detallado de esta cuestión, ver GARCÍA AÑOVEROS y Otros: *Manual del Sistema Tributario Español*, ed CIVITAS, segunda edición, pág. 427 y SERRANO SOBRADO, J.A. y VICTORIA SÁNCHEZ, A.: *Manual sobre el Impuesto sobre el Valor Añadido*, ed. CISS PRAXIS, pág. 160.

⁶² Para un estudio más detallado de esta cuestión, ver SERRANO SOBRADO, J.A. y VICTORIA SÁNCHEZ, A.: *Manual ... op. cit.* pág. 19.

dieran ejercitarse o hubieran de cumplirse en territorio español, sin que el punto de conexión recogido por la LITP respecto de los situados en el extranjero tenga virtualidad práctica ni el criterio de residencia tenga realmente aplicación⁶³.

La sujeción al ITP, modalidad de operaciones societarias, con ocasión de la constitución de la SE ha sido abordada en secciones anteriores de este capítulo. Se rige en función del criterio de la sede de la dirección efectiva de la sociedad en el momento en que se realicen estas operaciones. Cuando la sede de la dirección efectiva se encuentra en un Estado de la UE que no las grava o en un país no comunitario, las operaciones sujetas serán gravables en el Estado miembro en que se encuentre el domicilio social. Cuando el domicilio social y la sede de la dirección efectiva de una sociedad de capital se encuentren en un Estado comunitario que no las grava o cuando se encontrara fuera de la comunidad, la sujeción al impuesto podrá tener lugar en el Estado miembro en cuyo territorio esté situada la sucursal o en el que se realice la operación.

La modalidad de actos jurídicos documentados se devenga cuando la formalización se produce en territorio español o cuando surtan cualquier efecto en dicho territorio.

V.3. Imposición autonómica y local

La sujeción a tributación autonómica vendrá determinada por la realización de los hechos imposables descritos y en función de los puntos de conexión que permiten ligar la exacción tributaria con cada Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo previsto en los artículos 6 y 9 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas⁶⁴. La SE tributará de acuerdo con lo dispuesto en su condición de entidad con personalidad jurídica. La sujeción a los regímenes forales de tributación en las Comunidades Autónomas del País Vasco y Navarra se delimitará de la misma forma que para el resto de entidades.

También estará sujeta a imposición local: por el Impuesto sobre Actividades Económicas cuando ejerza actividades económicas en territorio español, por el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, cuando sea propietaria o titular de derechos reales de usufructo o superficie sobre bienes de tal naturaleza, incluidos los supuestos de titularidad de concesiones administrativas sobre aquellos de dominio público, por el Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica, cuando sea titular de aquellos aptos para circular por las vías públicas, por el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, por el incremento en el valor de tales bienes puesto de manifiesto con ocasión de su transmisión o constitución de derechos reales de goce sobre los mismos, por el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, cuando realice aquellas que exijan la obtención de licencia de obras o urbanística y por el Impuesto Municipal sobre Gastos Suntuarios, en la única modalidad vigente de aprovechamiento de cotos de caza y pesca, cuando sea titular de los mismos o los aproveche. También resultará gravada por las tasas y contribuciones especiales del ámbito local⁶⁵.

Como particularidad, no se devengará el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana con ocasión de las transmisiones de terrenos de naturaleza urbana derivadas de operaciones a las que resulte aplicable el régimen especial de fusiones antes explicado, a excepción de las relativas a terrenos que se transmitan con ocasión de aportaciones no dinerarias especiales⁶⁶.

Debe recordarse que sobre toda esta materia incidirá la proyectada reforma de las Haciendas Locales⁶⁷. El art. 21 del Proyecto prevé la modificación del art. 83 LHL declarando exentos a "Los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades y las entidades del artículo 33 de la Ley General

⁶³ FERNÁNDEZ MUÑOZ, C., SÁNCHEZ CORRALES, C y PÉREZ-FADÓN, J. J.: *Guía...*, *op. cit.*, pág. 30.

⁶⁴ Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre.

⁶⁵ La tributación local está regulada en la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales.

⁶⁶ Disposición adicional octava n.º 3 de la LIS.

⁶⁷ Cfr. el Proyecto de Ley 121/000113, de Reforma de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales (BOCG Congreso, Serie A, de 16.10.2002, núm. 131-1).



Tributaria que tengan un importe neto de la cifra de negocios inferior a 1.000.000 de euros en el ejercicio anterior. En cuanto a los contribuyentes por el Impuesto sobre la Renta de No Residentes, la exención solo alcanzará a los que operen en España mediante establecimiento permanente, siempre que tengan un importe neto de la cifra de negocios inferior a 1.000.000 de euros en el ejercicio anterior”.

“Para el cálculo del importe de la cifra de negocios del sujeto pasivo, se tendrá en cuenta el conjunto de las actividades económicas ejercidas por el mismo”. Cuando “la entidad forme parte de un grupo de sociedades en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, el importe neto de la cifra de negocios se referirá al conjunto de entidades pertenecientes a dicho grupo”. No obstante, “en el supuesto de los contribuyentes por el Impuesto sobre la Renta de No Residentes, se atenderá al importe neto de la cifra de negocios imputable al conjunto de los establecimientos permanentes situados en territorio español” (art. 21 del Proyecto).

VI. TRIBUTACIÓN ANTE EL CAMBIO DE DOMICILIO SOCIAL

De conformidad con el artículo 8 del Reglamento, el domicilio social de una SE puede trasladarse a otro Estado miembro. El domicilio social suele constituirse en punto de conexión para determinar la presencia de una determinada jurisdicción fiscal: la residencia fiscal de las personas jurídicas resulta de diversos criterios, entre los que se encuentra el lugar del domicilio social. La transferencia del domicilio social tenderá a producir como consecuencia que la SE tenga la consideración de residente fiscal en el Estado en el que se establece su nuevo domicilio.

Los problemas pueden resultar de la concurrencia de criterios para determinar la residencia fiscal en Estados diferentes: el Estado de origen puede considerar que la SE mantiene su sede de dirección efectiva en su territorio o argumentar que se trata de una entidad constituida con arreglo a su legislación y el Estado de acogida acude al criterio del domicilio o sede social. Esta doble atribución de residencia fiscal devendrá en doble sujeción e imposición sobre un mismo contribuyente que deberá resolverse a la luz del convenio de doble imposición que hayan celebrado entre sí los Estados concernidos: los que respondan al Modelo OCDE de Convenio de doble imposición resolverán la cuestión dando prioridad al punto de conexión de la sede de dirección efectiva⁶⁸. Dichos convenios suelen disponer la celebración de un proceso amistoso entre las autoridades fiscales de ambos Estados con el objeto de llegar a acuerdos en este tipo de materias.

Por otra parte, tal transferencia no implica la disolución ni la creación de una nueva persona jurídica. Sin embargo, dado que la residencia fiscal se constituye en un elemento estatutario en el ordenamiento fiscal, desde que es básico para concretar el marco y alcance de las obligaciones tributarias, es posible que la ley ligue determinadas consecuencias al cambio de domicilio que implique pérdida de residencia fiscal⁶⁹. Tal forma de imposición se conoce en la doctrina como impuestos de emigración, “*exit taxes*”, exigidos sobre las rentas latentes de sujetos pasivos que pierden su condición de residentes fiscales. Estos gravámenes se exigen en la medida en que el contribuyente no volverá a tributar ante la misma jurisdicción sino de forma limitada, sólo por rentas derivadas de su territorio. Pero, de hecho, pueden existir otras rentas no materializadas en la fecha en que se procede al traslado de la residencia fiscal que corresponden al período durante el cual la entidad ha estado sujeta a tributación mundial ilimitada en su Estado de residencia originario. Por no haberse materializado no habrán tributado normalmente. En tales casos, la legislación fiscal podía tener prevista la tributación de las ganancias de capital que resultan de la diferencia entre el valor real del patrimonio de la SE al tiempo de la pérdida de la condición de residente fiscal y su valor contable.

⁶⁸ OCDE: *Modelo... op. cit.*, comentarios al artículo 4.3.

⁶⁹ Así sucede en Alemania (vid. HERZIG y GRIEMLA, “*Steuerliche Aspekte...*”, *cit.*, pág. 75. Según estos autores, tal régimen fiscal debería modificarse si se desea que el cambio de domicilio de la SE constituya una posibilidad real, pues de lo contrario tendría un coste económico excesivo. Los autores proponen una reforma que posponga la tributación en tanto los elementos patrimoniales de la sociedad cuyo domicilio se traslada al extranjero permanezcan en Alemania).

Las directivas fiscales y las normas comunitarias relativas a este tipo de sociedades no establecen normas especiales en estas circunstancias. Así pues, la transferencia de la sede social podía implicar imposición sobre las ganancias de capital, conforme al derecho nacional de los Estados miembros. Otra controversia podría surgir en relación con el debido respeto a los derechos y libertades comunitarios. En este supuesto es de especial relevancia el derecho a establecerse o la libertad de circulación de capitales, puesto que la existencia de obligaciones tributarias por rentas que no son efectivas y por el mero hecho de trasladarse entre Estados miembros puede obstaculizar la toma de decisiones de esta naturaleza. Puesta de manifiesto esta duda, debe indicarse que todavía no se ha producido ninguna sentencia del Tribunal de Luxemburgo que arroje luz sobre la cuestión particular generada por esta forma concreta de gravamen. Sin embargo, el Tribunal es especialmente sensible a la discriminación fiscal contraria a la libertad de establecimiento⁷⁰.

El Modelo OCDE de Convenio de doble imposición nada dispone en relación con esta forma de imposición. El Estado de residencia puede considerar a la entidad que emigra como una entidad que se disuelve a efectos fiscales y gravar las plusvalías subyacentes en consecuencia.

La LIS regula estos supuestos en los artículos 17 y 24. En tanto que esta segunda disposición establece como consecuencia del cambio de residencia la finalización del período impositivo, el apartado 1 de la primera establece la obligación de tributar en este último ejercicio fiscal por la diferencia entre el valor normal de mercado y el valor contable de los elementos patrimoniales de la SE, excepto por aquellos que queden afectados a un establecimiento permanente situado en territorio español. En esta última circunstancia es posible el gravamen posterior de las rentas que pueda generar su explotación y su posterior transmisión, razones que permiten no anticipar impuestos.

La tributación así resultante se suaviza mediante la práctica de deducciones. Se puede reducir la tributación de las plusvalías derivadas de acciones, en la parte correspondiente a reservas de la sociedad participada. En el caso de acciones en sociedades no residentes, es incluso posible que la renta esté exenta –artículo 20 bis– o que las deducciones correspondan al importe total de la plusvalía. Deberá estudiarse la medida en que estos impuestos serán deducibles en el gravamen posterior de la entidad allí donde se establezca.

El traslado de domicilio a territorio español tributa como operación societaria en el ITP cuando, como consecuencia de coordinación efectuada por el artículo 3, letras e) a h) de la Directiva de aportaciones de capital, se produce bien desde un país no comunitario o bien desde otro Estado miembro, si bien en este caso será necesario que el Estado de origen no hubiera gravado a la SE por un impuesto similar. Tal medida persigue evitar la doble imposición cuando en realidad sólo se ha producido una única aportación societaria. La Directiva sobre aportaciones de capital fija como base imponible el valor real de los bienes de la sociedad en la fecha del traslado con deducción de obligaciones y cargas; la LITP se refiere al haber líquido en esa misma fecha, por el que se entiende la diferencia entre el activo real y el pasivo exigible, como conceptos extraídos de la contabilidad⁷¹. En interpretación del Tribunal Económico-Administrativo Central, se trata de determinar el valor patrimonial de liquidación deducido del balance de situación, para cuyo cálculo deben excluirse las partidas que tengan sentido de regularización formal. Según este mismo órgano, también se puede determinar por la suma de todas las partidas representativas del capital y las reservas⁷². Esta interpretación de la normativa española la acomoda dentro de las previsiones de la legislación comunitaria.

⁷⁰ La única excepción está constituida por el asunto *Daily Mail* (STJCE 27.9.1988, C-81/87), relativo precisamente a un cambio de domicilio social. No obstante, se trata de un supuesto poco significativo por su relativa antigüedad y por las peculiares circunstancias del caso, pues el contribuyente intentaba cometer un auténtico fraude de ley (aunque esto no se mencionara expresamente en los argumentos del Tribunal). Como advierte RÓSEMBUJ, "el propósito era prevalentemente fiscal. La sociedad pretendía la residencia en [Holanda] para enajenar títulos en su cartera y, posteriormente, con el producto de la venta recomprar una parte de sus acciones propias, evitando el gravamen inglés sobre las ganancias de capital" (RÓSEMBUJ, T., *Derecho fiscal internacional*, El Fisco, Barcelona, 2001, pág. 49). MARTÍN JIMÉNEZ critica la postura del Tribunal por no haber reflejado expresamente las consideraciones del Abogado General Darmon, reconociendo el derecho de los Estados miembros a que prevalezca el interés público en supuestos de evasión fiscal y fraude a la ley tributaria (*Towards Corporate Tax Harmonization...* pág. 225).

⁷¹ FERNÁNDEZ MUÑOZ, C., SÁNCHEZ CORRALES, C y PÉREZ-FADÓN, J. J.: *Guía...*, op. cit., pág 178.

⁷² Resolución de 11 de junio de 1970.



VII. TRIBUTACIÓN CON OCASIÓN DE LA EXTINCIÓN

La extinción de la SE determinará la finalización del último período impositivo –artículo 24.2 a) de la LIS– y la tributación por las rentas generadas en el mismo. Entre las mismas debe tenerse en cuenta la norma fiscal de valoración en cuya virtud los elementos que figuran en el patrimonio de la sociedad extinguida se consideran a precios de mercado⁷³. De esta manera, surgirán plusvalías o minusvalías por referencias a los valores contables; cuando resulten de las diferencias valorativas en carteras de valores procederá estudiar en qué términos se disfruta de deducciones por doble imposición. Si son participaciones en sociedades residentes en España, tal deducción se refiere a la parte de la plusvalía que se deriva de las reservas generadas por la sociedad participada durante el tiempo que la sociedad disuelta ha sido socio. Respecto de carteras internacionales, tales plusvalías pudieran estar exentas cuando se deriven de participaciones en entidades no residentes cuya imposición se produzca en los términos previstos en el artículo 20 bis de la LIS y que desarrollen actividades que puedan reputarse como económicas y puedan localizarse en el extranjero de acuerdo con las previsiones de dicho precepto.

Esta norma de valoración alcanza a los socios de la entidad disuelta: deben incorporar a su liquidación la diferencia entre el valor normal de mercado de la cuota de liquidación y el valor contable de la participación anulada. Dicha diferencia se corresponderá normalmente con los beneficios obtenidos por la SE liquidada que no hubieran sido distribuidos y con la valoración del patrimonio transmitido a valores de mercado de acuerdo con las reglas antes expuestas. Se observa que tanto las reservas como las plusvalías generadas por la norma de valoración del patrimonio liquidado han sido renta de la SE, quien ha tributado por la misma. En consecuencia, también los accionistas personas jurídicas pueden reducir el impuesto con el objeto de eliminar riesgos de doble tributación.

La LIRPF no dispone nada en particular respecto de los socios personas físicas con el objeto de eliminar la doble imposición. Las plusvalías generadas deben tributar de acuerdo con lo expuesto en secciones anteriores de este capítulo. Los socios no residentes de la entidad disuelta tributan de acuerdo con las normas reguladoras de la base imponible del IRPF –artículo 23.4 de la LIRNR– y al tipo fijo del 35% –artículo 24.1 letra f) de la LIRNR– si bien –artículo 13.1 b)– los residentes de la UE estarán exentos salvo cuando se tuviera una participación superior al 25% en la extinta SE o su patrimonio consistiera fundamentalmente en bienes inmuebles situados en territorio español. La exención no es aplicable cuando la renta se hubiera obtenido a través de paraísos fiscales.

Las sociedades socios de SE no residentes que se liquiden pudieran estar exentos por las plusvalías atribuibles a sus participaciones, en los mismos términos previstos en el referido artículo 20 bis. Las personas físicas socios de entidades no residentes pueden deducir el gravamen que hayan soportado en el extranjero por la renta derivada de la liquidación con el límite del impuesto español correspondiente a dicha renta, calculado según el tipo medio según el artículo 67 de la LIRPF.

Las consecuencias fiscales descritas para el ámbito de la tributación sobre la renta pueden verse alteradas si la extinción se produce en el marco de alguna de las operaciones de fusión o escisión armonizadas o para las que la LIS ha dispuesto la extensión del régimen especial de diferimiento fiscal. En tales casos, descritos con anterioridad, las plusvalías de la SE que se liquida se transfieren a la sociedad absorbente o adquirente. Los socios personas físicas o jurídicas atribuyen a las acciones nuevas que reciban el valor que tuvieron las canceladas en la entidad disuelta.

En cuanto a otros ámbitos de tributación, el IVA tiene prevista la exclusión de gravamen de ciertas transmisiones del patrimonio empresarial como se mencionó con anterioridad – epígrafe IV. 1. Esta forma de no sujeción pudiera suscitar la duda sobre la tributación por la modalidad de transmi-

⁷³ Véase sobre esta materia LÓPEZ SANTACRUZ, J.A.: *Impuesto ...*, op. cit. 212 y UCELAY SANZ, I., LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., MÁLVAREZ PASCUAL, L.A. y MARTÍN ZAMORA, P.: *Impuesto ...* op. cit. pág. 270. El artículo 28.5 de la LIS limita el importe de la deducción de la cuota: la misma alcanza a la parte del impuesto generado por el importe de la ganancia patrimonial computada, importe que no podrá ser superior a los beneficios no distribuidos de la entidad participada cuyos títulos se transmite con ocasión de la disolución, aunque se hubiera capitalizado, derivados durante el tiempo en que la sociedad disuelta fue socio.

siones patrimoniales onerosas en estos supuestos, pero no sucede así al proceder la liquidación por operaciones societarias –más abajo– que es incompatible con la anterior y preferente sobre la misma⁷⁴. En cualquier otro caso será necesaria la repercusión del impuesto al adquirente o adquirentes y su consiguiente inclusión en la liquidación correspondiente al último período impositivo.

Toda vez que se produzca la liquidación de la sociedad y el consiguiente flujo patrimonial desde la sociedad a los socios, estos quedan sujetos al ITP en su modalidad de operaciones societarias. La deuda tributaria alcanza al 1% del valor real de los bienes transmitidos, sin deducción de gastos ni deudas. La armonización fiscal no ha alcanzado a estos supuestos. En todo caso, no se devenga tributación cuando no se produce devolución de bienes o derechos a los socios. Por lo demás, en casos de extinción al amparo de operaciones de fusión o escisión acogidas al régimen especial, no se devenga el ITP. En ninguno de estos casos se devengará la cuota variable por la modalidad de AJD, dada su incompatibilidad con la tributación por operaciones societarias⁷⁵.

VIII. PLANIFICACIÓN FISCAL

Las organizaciones empresariales que desarrollan sus actividades en varios Estados van a estar sometidas a varios poderes tributarios de forma simultánea: la presencia de la entidad matriz, de cada una de sus filiales y de sus sucursales, así como las actividades internacionales que desarrollen, determinarán obligaciones fiscales en función del punto de conexión que permita bien atribuir un estatuto de residencia fiscal, bien vincular el origen de la renta a una jurisdicción.

La planificación fiscal tendía por objeto organizar la estructura corporativa, el proceso de su constitución y el desarrollo de sus actividades de la manera más óptima para minimizar las cargas fiscales y eliminar en la medida de lo posible los excesos de gravamen: pueden concurrir varias exacciones tributarias sobre una misma empresa, produciendo doble imposición jurídica internacional, o sobre una misma renta, dando lugar a doble imposición económica internacional. Todas estas decisiones tendrían en cuenta la debida aplicación de los sistemas fiscales. La elección de la localización de la entidad matriz del grupo, de sus filiales y de las sucursales o establecimientos permanentes debe responder en principio a un criterio de proximidad con el ámbito económico sobre el que vayan a proyectar sus actividades. Cuando sea posible optar, debe analizarse el marco fiscal más favorable.

De acuerdo con diversos estudios⁷⁶, la presión fiscal efectiva que soportan las sociedades en concepto de imposición sobre la renta viene determinada por el tipo nominal de gravamen. La primera consideración estará relacionada con el nivel de alícuota vigente. Al mismo tiempo, las rentas generadas en operaciones internacionales pueden tributar bajo varios sistemas fiscales. Los mecanismos previstos para eliminar la doble imposición cobran una relevancia particular. Una adecuada red de convenios fiscales internacionales reduce estos efectos: debe valorarse si el Estado de la residencia de la matriz cubre toda o a la mayor parte de las operaciones económicas y relaciones comerciales que razonablemente se vayan a mantener así como los términos concretos de cada tratado en la medida en que el pacto solemne suscrito pueda reducir o eliminar por completo cargas fiscales en el exterior. En su defecto, los sistemas fiscales adoptan de manera unilateral normas dirigidas a reducir el exceso de gravamen sobre tales rentas con el objeto de no obstaculizar el sector exterior. Estas disposiciones pueden consistir en la reducción del peso del impuesto en función del satisfecho en el

⁷⁴ FERNÁNDEZ MUÑOZ, C., SÁNCHEZ CORRALES, C y PÉREZ-FADÓN, J. J.: *Guía ... op. cit* pág. 24.

⁷⁵ FERNÁNDEZ MUÑOZ, C., SÁNCHEZ CORRALES, C y PÉREZ-FADÓN, J. J.: *Guía ... op. cit* págs. 27 y siguientes.

⁷⁶ El estudio de la Comisión Europea comprendido en la comunicación COM(2001) 582 final, *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, hacia un mercado interior sin obstáculos fiscales. Una estrategia destinada a dotar a las empresas de una base imponible consolidada del impuesto sobre sociedades para sus actividades a escala comunitaria*, así como en el estudio de BACKER & MCKENZIE, *Survey of the effective tax burden in the EU*, Amsterdam, 15 de enero de 1999.



exterior; no es el sistema más óptimo puesto que se suele prever una imposición mínima al tipo nacional y los parámetros de cálculo de la deducción por este concepto tienden a no coincidir con los utilizados por la jurisdicción extranjera para determinar sus derechos de gravamen, de tal manera que la reducción puede no alcanzar a los costes fiscales soportados. Desde la óptica de la empresa resulta más interesante el disfrute de exenciones por tales rentas, tanto si están previstos en el tratado o por las normas internas. Además, debe ponderarse la reducción de costes fiscales derivada del disfrute de incentivos por inversiones u operaciones exteriores.

Las consecuencias fiscales finales dependen de las normas que integran un sistema fiscal y de la capacidad de la administración llamada a gestionarla. Los grupos con actividades y presencia internacional tienden a hacer frente a la vez a diversas normativas y, en concreto, a sus reglas más complejas. En su gestión concurren en muchos casos dos o más administraciones nacionales. Por una parte, existe interés en un marco claro de obligaciones para lo que la práctica internacional ofrece diversos métodos: consultas tributarias, *rulings* o procedimiento previos de valoración que funcionen con eficacia. Resulta del mayor interés la existencia de procesos administrativos ágiles y eficaces y las adecuadas previsiones para celebrar acuerdos con administraciones de otros Estados con el objeto de eliminar doble imposición o valorar operaciones. Los convenios de doble imposición suscritos atendiendo a las pautas marcadas por el Modelo OCDE de doble imposición⁷⁷ recogen criterios de determinación de precios de grupos multinacionales comúnmente aceptados y articulan procedimientos internacionales para llegar a acuerdos bilaterales que permitan eliminar todo supuesto de doble imposición. En el marco comunitario, el Convenio de arbitraje⁷⁸ ofrece una fase adicional a los procedimientos amistosos tradicionales: se constituye un comité dirigido a emitir un dictamen que constituya un criterio para el acuerdo final y se resuelva un problema tradicional de los procesos bilaterales, la ausencia de obligación de que los Estados lleguen necesariamente un acuerdo. El dictamen arbitral no ha sido utilizado todavía⁷⁹.

Los sistemas fiscales regulan regímenes especiales para los casos de grupos de empresas internacionales: la organización en torno a una entidad holding cuyas rentas se reducen a participaciones en beneficios y plusvalías de cartera simplifica el conjunto normativo aplicable. La tributación de dividendos de fuente internacional conoce sistemas de exención unilateral bastante extendidos. Cuando así no fuera, los convenios bilaterales suelen ofrecer reducciones en las retenciones en la fuente para participaciones significativas. El derecho europeo ofrece la Directiva sobre matrices y filiales, sobre cuya aplicación ya se ha comentado.

El objeto de actividad puede tener especial significación fiscal. Las actividades de ingeniería o de explotación de propiedad industrial o intelectual recibe un tratamiento tributario internacional complejo. Normalmente, los países importadores de tecnología tienden a mantener derechos de gravamen en los pagos internacionales por su transferencia. Puede resultar interesante investigar la solución ofrecida por los convenios bilaterales puesto que algunos permiten retenciones en la fuente entre el 5 y el 15%. Un problema adicional puede surgir como consecuencia de que tales exacciones pueden girar sobre los importes satisfechos y con independencia de que la amortización y gastos de explotación fueran superiores, de tal manera que la renta fuera negativa. En tales casos, el gravamen exterior no puede ser compensado en el Estado de origen, donde no existirá deuda ligada a una explotación con resultados negativos. Puede resultar interesante localizar estos intangibles en países con convenios de baja o nula imposición sobre cánones. Un análisis completo debe considerar la tributación interna de intangibles y los términos en que puede deducirse su amortización.

La creación de filiales o establecimientos permanentes en otros Estados dependerá de la intensidad de la presencia en el exterior y de las actividades que fuera necesario acometer. La opción

⁷⁷ OCDE: *Modelo de Convenio Fiscal sobre la renta y el patrimonio*, edición del año 2000, artículo 9 párrafos uno y dos, y los comentarios correspondientes a dicho precepto. OCDE: *Guía de precios de transferencia para empresas multinacionales y administraciones fiscales*, 1995, contiene un informe muy profundo acerca de todas estas cuestiones.

⁷⁸ Convenio relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas (90/436/CEE), publicado en el DOCE n.º L 225 de 20/08/1990 P. 0010-0024.

⁷⁹ Este dato aparece en el estudio de la Comisión Europea comprendido en la comunicación *COM(2001) 582 final*, referido en la nota anterior n.º 49, pág. 346.

por la constitución de una sociedad resulta atractiva porque permite diferir la tributación de su matriz hasta la distribución del beneficio; como desventaja, las pérdidas de la filial no son computables sino a través de la posible deducción de la depreciación de la cartera. Sin embargo, existen consideraciones de orden mercantil previas de importancia, como la asunción de obligaciones nuevas de este orden, creación de los necesarios órganos de administración y el interés en mantener un control más o menos directo sobre la gestión. Por otra parte, el diferimiento de la imposición referido pudiera no producirse cuando el Estado de la entidad holding aplique normas de transparencia fiscal internacional⁸⁰: de esta forma, el sujeto pasivo debe incluir en su base imponible todas o determinadas rentas de las filiales en atención a la baja imposición a que puedan estar sometidas y a su naturaleza, como es el caso de dividendo, intereses, cánones y rentas inmobiliarias. La creación de una persona jurídica supone la sujeción a gravamen en el Estado de destino de la inversión en la condición de residente, lo que atribuye el derecho a aplicar los convenio fiscales suscritos por éste con países terceros.

La financiación de las filiales debe considerar que los pagos de dividendos no constituyen gasto deducible, al contrario de lo que sucede con los intereses. La imposición societaria también reacciona ante los casos de financiación ajena excesiva: como regla general, se excluye la deducción de los intereses abonados cuando el importe alcanzado por los préstamos recibidos de la matriz en relación con la dotación de fondos propios excede de las condiciones que en el mercado permitirían obtener crédito. Tampoco serán deducibles los intereses pactados en condiciones superiores a las de mercado.

Las sucursales no excluyen la responsabilidad mercantil de la SE por sus actividades. Normalmente, sus rentas se consideran al mismo tiempo como rentas de la casa central y soportan doble imposición. Será necesario estudiar los términos de los convenios de doble imposición aplicables o los mecanismos dispuestos en la legislación interna de manera unilateral. La exención es particularmente atractiva puesto que excluye el gravamen de la casa central de forma definitiva. En cuanto al estado de ubicación de la sucursal, puede pretender la imposición adicional de la repatriación de las rentas. La doctrina internacional discute sobre la compatibilidad de estas disposiciones con los convenios fiscales aplicables, si bien existen tratados bilaterales que lo permiten de forma expresa⁸¹. Respecto de su financiación, la dotación de recursos no da lugar a la deducción en concepto de intereses salvo en el caso de entidades financieras⁸². Otra ventaja importante es la posibilidad de compensar las pérdidas incurridas en el exterior.

Secciones anteriores de este capítulo ofrecen detalles acerca de los procesos necesarios para la constitución de la SE. Un factor esencial en este proceso es la posibilidad de diferir la imposición sobre las transmisiones necesarias en este proceso. Las dudas acerca de la aplicación de los beneficios de las directivas aconsejan una consulta previa a las autoridades fiscales competentes.

IX. PECULIARIDADES EN LA RECAUDACIÓN: RESPONSABILIDAD TRIBUTARIA DE LOS ÓRGANOS DE DIRECCIÓN Y CONTROL

El Reglamento de la SE prevé que “la SE constará de: a) una junta general de accionistas; y b) bien un órgano de control y un órgano de dirección (sistema dual), bien un órgano de administración (sistema monista, según la opción que se haya adoptado en los estatutos” (art. 38).

⁸⁰ En la Unión Europea han adoptado este tipo de regímenes fiscales Alemania, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Irlanda, Italia, Portugal, el Reino Unido y Suecia.

⁸¹ Esta cuestión se estudia en profundidad en la obra de GARCÍA PRATS, F. A.: *El establecimiento permanente. Análisis jurídico-tributario internacional de la imposición societaria*, ed. Tecnos, en particular en la págs. 304 y siguientes.

⁸² LIRNR, artículo 17.1 letra a) y ver OCDE: *Modelo... op. cit.*, comentarios al artículo 7.



En el *sistema dual* el órgano de dirección “será responsable de la gestión de la SE. Todo Estado miembro podrá estipular que el responsable de la administración corriente sea uno o más consejeros delegados en las mismas condiciones establecidas par las sociedades anónimas con domicilio social en su territorio” (art. 39.1), mientras que “el órgano de control controlará la gestión encomendada al órgano de dirección”, pero “no podrá ejercer por sí mismo el poder de gestión de la SE” (art. 40.1).

En el *sistema monista* “el órgano de administración asumirá la gestión de la SE. Todo Estado miembro podrá estipular que el responsable de la administración corriente sea uno o más consejeros delegados en las mismas condiciones establecidas para las sociedades anónimas con domicilio en su territorio” (art. 43.1).

Por último, el art. 51 prevé que “los miembros del órgano de dirección de control o de administración responderán, según las disposiciones del Estado miembro donde esté domiciliada la SE aplicables a las sociedades anónimas, del perjuicio sufrido por la SE debido al incumplimiento por parte de éstos de las obligaciones legales, estatutarias o de cualquier otro tipo inherentes a sus funciones”.

En nuestro ordenamiento, el art. 135 LSA se refiere expresamente a “las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos”. Se trata de una responsabilidad extracontractual por acción u omisión que tiene su fundamento último en el art. 1902 CC. Los terceros perjudicados pueden acudir a esta vía o la reclamación frente a la sociedad, aunque no pueden percibir una doble indemnización. Si la sociedad paga podrá recuperar el importe mediante la acción social de responsabilidad⁸³.

A diferencia del régimen de responsabilidad de los administradores previsto en la Ley General Tributaria (art. 40.1), la responsabilidad mercantil no tiene naturaleza subsidiaria, ni puede salvarse mediante la ausencia a la reunión o el voto en contra⁸⁴. El art. 133.2 LSA exige probar que “no habiendo intervenido en [la] adopción y ejecución del [acto o acuerdo lesivo], desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél. La doctrina considera que este precepto ratifica la responsabilidad de los ausentes⁸⁵ y –en opinión de algún autor– para que el administrador demuestre su falta de culpa “no parece que sea suficiente el mero voto en contra, si no va acompañado de una oposición específica expresada por cualquier medio (requisito mínimo) y, en su caso, de la adopción de las medidas a su alcance (variables según las circunstancias del caso: negarse a la ejecución; impugnar el acuerdo, informar a instancias superiores) para evitar la causación del daño. En el caso de que hubiera conocido el acto o acuerdo dañoso debe probar que hizo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, que se opuso expresamente”⁸⁶.

La doctrina económico-administrativa mantiene, con buen criterio, la Administración no puede utilizar su autotutela ejecutiva para derivar la responsabilidad sobre los administradores en virtud de las normas mercantiles⁸⁷. Ahora bien, desde la perspectiva tributaria, el verdadero problema

⁸³ ESTEBAN VELASCO, G., Voz “Responsabilidad civil de los administradores”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1995, pág. 5916.

⁸⁴ Por el contrario, el art. 77.4.c) señala que “las acciones u omisiones tipificadas en las leyes no darán lugar a responsabilidad por infracción tributaria en los siguientes supuestos (...) cuando deriven de una decisión colectiva, para quienes hubieran salvo su voto o no hubieran asistido a la reunión en que se tomó la misma”. Este precepto no se refiere a la responsabilidad tributaria del art. 40 LGT, sino a la “responsabilidad por infracción”, pero debe tenerse en cuenta que el art. 40.1 se utiliza como mecanismo para establecer una sanción impropia (la responsabilidad de deuda y sanción) a los consejeros que hayan sido culpables de la infracción.

⁸⁵ GARRETA SUCH, J.M., *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*, 3.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 116; C. LETE ACHIRICA, C., *La responsabilidad tributaria de los administradores de las sociedades mercantiles*, Civitas, Madrid, 2000, cit., pág. 138.

⁸⁶ ESTEBAN VELASCO, G., “Responsabilidad...”, *cit.*, pág. 5914.

⁸⁷ RTEAC de 16 de diciembre de 1998, *Normacef Fiscal*. En contra, la TSJ de Navarra de 20 de enero de 2000 (JT 266) admite implícitamente la posibilidad de acudir a la vía del art. 262.5 LSA para exigir la responsabilidad tributaria.

está en determinar si los miembros del órgano de control podrían considerarse “administradores” en el sentido del art. 40.1 LGT. Con arreglo a este precepto, “serán responsables subsidiariamente de las infracciones tributarias simples y de la totalidad de la deuda tributaria en los casos de infracciones graves cometidas por las personas jurídicas, los administradores de las mismas que no realizaren los actos necesarios que fuesen de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones tributarias infringidas, consintieren el incumplimiento por quienes de ellos dependan o adoptaren acuerdos que hicieran posibles dichas infracciones. Asimismo, serán responsables subsidiariamente, en todo caso, de las obligaciones tributarias pendientes de las personas jurídicas que hayan cesado en sus actividades los administradores de las mismas”.

Aunque el supuesto de hecho de la responsabilidad presenta algunas modalidades que podrían ser atribuidas a los miembros del órgano de control (fundamentalmente la *culpa in vigilando*), pensamos que la respuesta ha de ser negativa. El precepto se refiere expresamente a los “administradores” y el art. 41 del Reglamento SE excluye expresamente que los miembros del órgano de control puedan asumir funciones de gestión (de “administración”).

Debe reconocerse que la situación presenta una cierta analogía con el nombramiento de un consejero delegado por parte del consejo de administración, puesto que “el miembro o los miembros del órgano de dirección serán nombrados y revocados por el órgano de control” (art. 39.2). No obstante, la analogía no es completa, puesto que los miembros del órgano de control no pueden ejercer simultáneamente funciones de gestión. La diferencia con el *sistema monista* se pone de manifiesto en el art. 43 del Reglamento de la SE: “El órgano de administración [del *sistema monista*] asumirá la gestión de la SE. Todo Estado miembro podrá estipular que el responsable de la administración corriente sea uno o más consejeros delegados en las mismas condiciones establecidas para las sociedades anónimas con domicilio en su territorio”.

En definitiva, los miembros del órgano de control no pueden considerarse administradores y, por tanto, no podrán incurrir en los supuestos de responsabilidad previstos en el art. 40.1 LGT. Teóricamente podrían ser “causantes o colaboradores” de la infracción (art. 38), lo cual implicaría una responsabilidad *solidaria* de la deuda tributaria, pero *no por el mero hecho de formar parte del órgano de control*, sino porque en el caso concreto se demostrara una especial culpabilidad. En cualquier caso, parece conveniente que la anunciada reforma de la Ley General Tributaria tome partido de forma expresa y excluya expresamente la responsabilidad de los miembros del órgano de control o bien la exija de modo atenuado frente al régimen de los consejeros (exigiendo, por ejemplo, una especial culpabilidad y declarándoles responsables subsidiarios frente a los administradores). No obstante, el “Informe sobre el Borrador del Anteproyecto de la Nueva Ley General Tributaria” (IEF, Madrid, 2003) no realiza ninguna referencia al respecto.

La cuestión se complica si se tiene en cuenta la “Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles” (Ministerio de Justicia, Madrid, 2002), pues su artículo 662 prevé que “será de aplicación al consejo de vigilancia lo previsto en el código para el consejo de administración de las sociedades anónimas en cuanto no contradiga lo dispuesto en el Reglamento (CE) 2157/2001 y en este Libro”. Además, el art. 664 prevé que “las disposiciones sobre responsabilidad previstas para los administradores de sociedades anónimas se aplicarán a los miembros del consejo de administración, de la dirección y del consejo de vigilancia *en el ámbito de sus respectivas funciones*” (págs. 242-243).

En el ámbito tributario, una lectura apresurada de estos preceptos podría propiciar una traslación mecánica de la condición de *administradores con responsabilidad tributaria* a los miembros del Consejo de Vigilancia. No obstante, debe tenerse en cuenta la *diversidad de funciones* que reconoce el art. 664 de la “Propuesta”. Por otra parte, el “Informe sobre el Borrador del Anteproyecto de la Nueva Ley General Tributaria” (Ministerio de Hacienda – IEF, Madrid, 2003, pág. 25), señala que la responsabilidad subsidiaria “exigible a los administradores de las personas jurídicas se extiende a los administradores de hecho”. A nuestro juicio –salvando las precisiones adicionales que realice la futura ley– la responsabilidad tributaria sólo podría exigirse a los miembros del órgano de control cuando se acredite que han sido causantes de la infracción o que *de hecho* han asumido funciones propias de los administradores.



X. CONCLUSIONES

La propuesta inicial de Estatuto de la Sociedad Europea contenía previsiones fiscales que posteriormente desaparecieron. En la actualidad, ni las normas comunitarias ni la legislación de los Estados miembros prevé reglas específicas. Sin embargo, las peculiares características de esta forma societaria exigen una detallada labor de interpretación para determinar cómo se aplicarán las normas generales (comunitarias y puramente internas) a la Sociedad Europea.

Desde el punto de vista comunitario, el principal problema es la falta de mención específica de la Sociedad Europea en el elenco exhaustivo de entidades a las que resulta aplicable la Directiva 90/434 CEE sobre el régimen fiscal de las fusiones. Algunos autores consideran que el Reglamento de la SE remite al régimen fiscal aplicable a las sociedades anónimas, de modo que la SE quedaría cubierta por el ámbito subjetivo de aplicación de la citada Directiva.

En cualquier caso, entendemos que los principios de no discriminación y libertad de establecimiento (interpretados a la luz de la jurisprudencia comunitaria) obligan a extender el mismo trato a la SE, pues esta se crea con la finalidad de facilitar operaciones de reestructuración y cooperación en las que intervienen empresas de distintos Estados miembros. En sentido estricto, no existen exactos antecedentes jurisprudenciales, pero pueden invocarse en favor de nuestra tesis algunas sentencias relativas a procesos intracomunitarios de reestructuración empresaria (particularmente los casos *X AB* y *Halliburton Services*).

A la misma conclusión podría llegarse –en algunos Estados miembros– a partir del principio constitucional de igualdad. Dado que la SE se crea con el fin de fomentar ciertos procesos intracomunitarios de reestructuración empresarial no parece que existan motivos razonables que justifiquen un trato desigual del régimen de fusiones respecto de sociedades de carácter meramente “nacional”.

La *constitución de la SE* puede tener lugar por fusión de sociedades preexistentes, mediante la creación de una sociedad holding, de una sociedad filial, o por transformación de una sociedad anónima. La constitución por fusión puede realizarse por absorción o por constitución de una nueva sociedad.

En algunos de estos procesos (fusión de sociedades preexistentes, constitución de una holding, constitución de una filial mediante suscripción de capital y aportaciones no dinerarias) pueden producirse plusvalías gravadas por los Estados de las sociedades transmitentes, además de generarse plusvalías o minusvalías para los socios con motivo de la sustitución de los títulos representativos del capital. En la constitución de una filial mediante mera suscripción de capital y aportaciones dinerarias no se generará renta gravada. Tampoco –al menos en el caso español– en el caso de meras transformaciones societarias.

En cuanto a las *plusvalías de las entidades transmitentes y de los socios*, de acuerdo con la opinión antes expuesta, podrán acogerse al régimen especial de diferimiento previsto en la Directiva comunitaria, siempre que se cumplan todos los requisitos. Debe tenerse en cuenta que la Directiva exige que las entidades sometidas a reestructuración tengan su domicilio fiscal en diversos Estados miembros, circunstancia que –teóricamente– podría no concurrir en las sociedades que se fusionen para crear la SE, dado que el Estatuto sólo exige el sometimiento al ordenamiento jurídico de Estados miembros diferentes.

Las *operaciones de fusión necesarias para la constitución de la SE* implican la disolución de las entidades aportantes. En caso de la aplicación del régimen de diferimiento, se produce la sucesión a título universal de la nueva entidad a las sociedades aportantes. La SE adquiere los derechos y las obligaciones tributarias de la entidad transmitente, esto es, asume el cumplimiento de los requisitos necesarios para continuar en el goce de beneficios fiscales o consolidar los disfrutados por la entidad transmitente en relación con los elementos patrimoniales transmitidos. Así, podrá asimismo compensar las bases imponibles negativas pendientes de compensación en la entidad transmitente.

La nueva SE recibe un conjunto de elementos patrimoniales o de valores que afectará al desarrollo de su actividad. Su valor determinará el importe de capital a emitir y, en su caso, de la prima de emisión que deban abonar los suscriptores. En consecuencia, no se determinan rentas fiscales sujetas a tributación. Sin embargo, las normas de tributación de las sociedades aportantes tienen repercusiones en la SE adquirente en cuanto al valor fiscal de lo recibido.

Las reglas generales implican la tributación de las entidades transmitentes en función del valor de mercado de las aportaciones no dinerarias. Ésta será la valoración relevante para la nueva sociedad, que habría de tomarla como punto de partida en el cálculo de sus futuras obligaciones fiscales. Es posible que esta valoración no sea la misma que la reflejada en los libros contables. Como consecuencia, la SE deberá integrar en su base imponible la diferencia entre dicho valor y el valor de adquisición.

Ahora bien, en cuanto resulte aplicable el régimen especial de diferimiento, los bienes y derechos aportados se valorarán, a efectos fiscales, por los valores que tenían en la entidad transmitente antes de realizarse la operación, manteniéndose igualmente la fecha de adquisición de la entidad transmitente.

Por otra parte, las transmisiones y formalidades del proceso de constitución de la SE pueden devengar impuestos sobre operaciones societarias (salvo en el caso de la mera transformación de una sociedad anónima en SE). En cuanto a la tributación de las aportaciones de capital, resulta aplicable la Directiva 69/335/CEE sobre los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales. En este caso no se plantea duda alguna sobre la inclusión de la SE en el ámbito subjetivo de la Directiva. Dicha norma impone límites en la determinación de la base imponible y del tipo de gravamen (máximo del 1%) de los citados impuestos.

Por lo que se refiere a las rentas derivadas del funcionamiento de la SE, tributarán por obligación personal –en España por el IS– en el Estado miembro en que sean residentes. En otro caso sólo quedarán sometidas a la obligación real o limitada en los términos que se deduzcan de los convenios de doble imposición.

La relación existente en el Reglamento de la SE acerca de domicilio social, registro y adquisición de personalidad jurídica no prejuzgan, por otra parte, la condición de residencia fiscal. Cada Estado miembro deberá determinar cuando una entidad es residente fiscal en su territorio. El artículo 8.3 de la LIS atribuye residencia fiscal en territorio español a las entidades constituidas conforme a las leyes españolas, en segundo lugar a las que tengan su domicilio social en territorio español y, por último, cuando la sede de dirección efectiva se encuentre en el mismo.

Por los argumentos que antes hemos señalado, consideramos que también resultará aplicable a la SE la Directiva 90/435/CEE respecto al régimen fiscal común aplicable a entidades matrices y a sus filiales. Dicha norma prevé la eliminación de la tributación de los dividendos en el Estado miembro desde el que son satisfechos y la obligación del Estado de la entidad socio perceptora de los mismos de permitir que este último sujeto pasivo no tribute por los mismos o pueda reducir su tributación en el importe de los impuestos satisfechos por la entidad filial en el otro Estado miembro y que correspondan a dichos beneficios distribuidos.

El cambio de domicilio social no implica la disolución ni la creación de una nueva persona jurídica. Sin embargo, dado que la residencia fiscal se constituye en un elemento estatutario en el ordenamiento fiscal, desde que es básico para concretar el marco y alcance de las obligaciones tributarias, es posible que la ley someta a gravamen las rentas latentes de sujetos pasivos que pierden su condición de residentes fiscales (vgr., los arts. 17 y 24 LIS).

Las directivas fiscales y las normas comunitarias no establecen normas especiales sobre la tributación del cambio de domicilio social. Así pues, la transferencia de la sede social podía implicar imposición sobre las ganancias de capital, conforme al derecho nacional de los Estados miembros. Aunque no existe jurisprudencia al respecto, podrían plantearse ciertas dudas sobre la compatibilidad de estos gravámenes con las libertades de establecimiento y de circulación de capitales garantizadas por el Derecho comunitario.



La *extinción de la SE* determinará la finalización del último período impositivo –artículo 24.2 a) de la LIS– y la tributación por las rentas generadas en el mismo. Entre las mismas debe tenerse en cuenta la norma fiscal de valoración en cuya virtud los elementos que figuran en el patrimonio de la sociedad extinguida se consideran a precios de mercado. De esta manera, surgirán plusvalías o minusvalías por referencias a los valores contables; cuando resulten de las diferencias valorativas en carteras de valores podrán resultar aplicables deducciones por doble imposición. Si son participaciones en sociedades residentes en España, tal deducción se refiere a la parte de la plusvalía que se deriva de las reservas generadas por la sociedad participada durante el tiempo que la sociedad disuelta ha sido socio. Respecto de carteras internacionales, tales plusvalías pudieran estar exentas cuando se deriven de participaciones en entidades no residentes cuya imposición se produzca en los términos previstos en el artículo 20 bis de la LIS y que desarrollen actividades que puedan reputarse como económicas y puedan localizarse en el extranjero de acuerdo con las previsiones de dicho precepto.

El gobierno de la SE –abstracción hecha de la junta general de accionistas– puede encomendarse a un órgano de *administración* (sistema monista) o bien a un órgano de control y un órgano de dirección (sistema dual). Entendemos que los miembros del órgano de control del sistema dual no constituyen “administradores” en el sentido del art. 40.1 LGT, por lo que no puede exigírseles la responsabilidad tributaria prevista en el mencionado precepto, aunque la “Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles” los somete en términos generales al régimen jurídico de los administradores y les somete a la misma responsabilidad mercantil “en el ámbito de sus respectivas funciones”.

Para concluir, deseamos precisar que la aplicación o no de la Directiva sobre el Régimen Fiscal de las Fusiones en función de la forma social no entraña *en sí misma* una violación de las libertades comunitarias. En cambio, sí puede suponer un quebrantamiento del principio de igualdad –reconocido constitucionalmente en diversos Estados Miembros– en la medida en que la forma social no constituye un elemento relevante que justifique la diferencia de trato.

Además, por su propia naturaleza, la Sociedad Europea constituye una forma jurídica que exige la participación de sociedades de diversos Estados Miembros, de modo que su sometimiento a un régimen fiscal más gravoso puede suponer una discriminación o restricción del ejercicio de la libertad de establecimiento.

**DOCUMENTOS DE TRABAJO EDITADOS POR EL
INSTITUTO DE ESTUDIOS FISCALES**

2000

- 1/00 Ciudadanos, contribuyentes y expertos: Opiniones y actitudes fiscales de los españoles en 1999.
Autor: Área de Sociología Tributaria.
- 2/00 Los costes de cumplimiento en el IRPF 1998.
Autores: M.^a Luisa Delgado, Consuelo Díaz y Fernando Prats.
- 3/00 La imposición sobre hidrocarburos en España y en la Unión Europea.
Autores: Valentín Edo Hernández y Javier Rodríguez Luengo.

2001

- 1/01 Régimen fiscal de los seguros de vida individuales.
Autor: Ángel Esteban Paúl.
- 2/01 Ciudadanos, contribuyentes y expertos: Opiniones y actitudes fiscales de los españoles en 2000.
Autor: Área de Sociología Tributaria.
- 3/01 Inversiones españolas en el exterior. Medidas para evitar la doble imposición internacional en el Impuesto sobre Sociedades.
Autora: Amelia Maroto Sáez.
- 4/01 Ejercicios sobre competencia fiscal perjudicial en el seno de la Unión Europea y de la OCDE: Semejanzas y diferencias.
Autora: Ascensión Maldonado García-Verdugo.
- 5/01 Procesos de coordinación e integración de las Administraciones Tributarias y Aduaneras. Situación en los países iberoamericanos y propuestas de futuro.
Autores: Fernando Díaz Yubero y Raúl Junquera Valera.
- 6/01 La fiscalidad del comercio electrónico. Imposición directa.
Autor: José Antonio Rodríguez Ondarza.
- 7/01 Breve curso de introducción a la programación en Stata (6.0).
Autor: Sergi Jiménez-Martín.
- 8/01 Jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo e Impuesto sobre Sociedades.
Autor: Juan López Rodríguez.
- 9/01 Los convenios y tratados internacionales en materia de doble imposición.
Autor: José Antonio Bustos Buiza.
- 10/01 El consumo familiar de bienes y servicios públicos en España.
Autor: Subdirección General de Estudios Presupuestarios y del Gasto Público.
- 11/01 Fiscalidad de las transferencias de tecnología y jurisprudencia.
Autor: Néstor Carmona Fernández.
- 12/01 Tributación de la entidad de tenencia de valores extranjeros española y de sus socios.
Autora: Silvia López Ribas.
- 13/01 El profesor Flores de Lemus y los estudios de Hacienda Pública en España.
Autora: María José Aracil Fernández.
- 14/01 La nueva Ley General Tributaria: marco de aplicación de los tributos.
Autor: Javier Martín Fernández.
- 15/01 Principios jurídico-fiscales de la reforma del impuesto sobre la renta.
Autor: José Manuel Tejerizo López.
- 16/01 Tendencias actuales en materia de intercambio de información entre Administraciones Tributarias.
Autor: José Manuel Calderón Carrero.
- 17/01 El papel del profesor Fuentes Quintana en el avance de los estudios de Hacienda Pública en España.
Autora: María José Aracil Fernández.
- 18/01 Regímenes especiales de tributación para las pequeñas y medianas empresas en América Latina.
Autores: Raúl Félix Junquera Varela y Joaquín Pérez Huete.
- 19/01 Principios, derechos y garantías constitucionales del régimen sancionador tributario.
Autores: Varios autores.
- 20/01 Directiva sobre fiscalidad del ahorro. Estado del debate.
Autor: Francisco José Delmas González.
- 21/01 Régimen Jurídico de las consultas tributarias en derecho español y comparado.
Autor: Francisco D. Adame Martínez.
- 22/01 Medidas antielusión fiscal.
Autor: Eduardo Sanz Gadea.

- 23/01 La incidencia de la reforma del Impuesto sobre Sociedades según el tamaño de la empresa.
Autores: Antonio Martínez Arias, Elena Fernández Rodríguez y Santiago Álvarez García.
- 24/01 La asistencia mutua en materia de recaudación tributaria.
Autor: Francisco Alfredo García Prats.
- 25/01 El impacto de la reforma del IRPF en la presión fiscal indirecta. (Los costes de cumplimiento en el IRPF 1998 y 1999).
Autor: Área de Sociología Tributaria.

2002

- 1/02 Nueva posición de la OCDE en materia de paraísos fiscales.
Autora: Ascensión Maldonado García-Verdugo.
- 2/02 La tributación de las ganancias de capital en el IRPF: de dónde venimos y hacia dónde vamos.
Autor: Fernando Rodrigo Saucó.
- 3/02 A tax administration for a considered action at the crossroads of time.
Autora: M.^a Amparo Grau Ruiz.
- 4/02 Algunas consideraciones en torno a la interrelación entre los convenios de doble imposición y el derecho comunitario Europeo: ¿Hacia la "comunitarización" de los CDIs?
Autor: José Manuel Calderón Carrero.
- 5/02 La modificación del modelo de convenio de la OCDE para evitar la doble imposición internacional y prevenir la evasión fiscal. Interpretación y novedades de la versión del año 2000: la eliminación del artículo 14 sobre la tributación de los Servicios profesionales independientes y el remozado trato fiscal a las *partnerships*.
Autor: Fernando Serrano Antón.
- 6/02 Los convenios para evitar la doble imposición: análisis de sus ventajas e inconvenientes.
Autores: José María Vallejo Chamorro y Manuel Gutiérrez Lousa.
- 7/02 La Ley General de Estabilidad Presupuestaria y el procedimiento de aprobación de los presupuestos.
Autor: Andrés Jiménez Díaz.
- 8/02 IRPF y familia en España: Reflexiones ante la reforma.
Autor: Francisco J. Fernández Cabanillas.
- 9/02 Novedades en el Impuesto sobre Sociedades en el año 2002.
Autor: Manuel Santolaya Blay.
- 10/02 Un apunte sobre la fiscalidad en el comercio electrónico.
Autora: Amparo de Lara Pérez.
- 11/02 I Jornada metodológica "Jaime García Añoveros" sobre la metodología académica y la enseñanza del Derecho financiero y tributario.
Autores: Pedro Herrera Molina y Pablo Chico de la Cámara (coord.).
- 12/02 Estimación del capital público, capital privado y capital humano para la UE-15.
Autoras: M.^a Jesús Delgado Rodríguez e Inmaculada Álvarez Ayuso.
- 13/02 Líneas de Reforma del Impuesto de Sociedades en el contexto de la Unión Europea.
Autores: Santiago Álvarez García y Desiderio Romero Jordán.
- 14/02 Opiniones y actitudes fiscales de los españoles en 2001.
Autor: Área de Sociología Tributaria. Instituto de Estudios Fiscales.
- 15/02 Las medidas antielusión en los convenios de doble imposición y en la Fiscalidad internacional.
Autor: Abelardo Delgado Pacheco.
- 16/02 Brief report on direct an tax incentives for R&D investment in Spain.
Autores: Antonio Fonfría Mesa, Desiderio Romero Jordán y José Félix Sanz Sanz.
- 17/02 Evolución de la armonización comunitaria del Impuesto sobre Sociedades en materia contable y fiscal.
Autores: Elena Fernández Rodríguez y Santiago Álvarez García.
- 18/02 Transparencia Fiscal Internacional.
Autor: Eduardo Sanz Gadea.
- 19/02 La Directiva sobre fiscalidad del ahorro.
Autor: Francisco José Delmas González.
- 20A/02 Anuario Tributario de Jurisprudencia sistematizada y comentada 1999. TOMO I. Parte General. Volumen 1.
Autor: Instituto de Estudios Fiscales.
- 20B/02 Anuario Tributario de Jurisprudencia sistematizada y comentada 1999. TOMO I. Parte General. Volumen 2.
Autor: Instituto de Estudios Fiscales.
- 21A/02 Anuario Tributario de Jurisprudencia sistematizada y comentada 1999. TOMO II. Parte Especial. Volumen 1.
Autor: Instituto de Estudios Fiscales.
- 21B/02 Anuario Tributario de Jurisprudencia sistematizada y comentada 1999. TOMO II. Parte Especial. Volumen 2.
Autor: Instituto de Estudios Fiscales.
- 22/02 Medidas unilaterales para evitar la doble imposición internacional.
Autor: Rafael Cosín Ochaíta.
- 23/02 Instrumentos de asistencia mutua en materia de intercambios de información (Impuestos Directos e IVA).
Autora: M.^a Dolores Bustamante Esquivias.
- 24/02 Algunos aspectos problemáticos en la fiscalidad de no residentes.
Autores: Néstor Carmona Fernández, Fernando Serrano Antón y José Antonio Bustos Buiza.

- 25/02 Derechos y garantías de los contribuyentes en Francia.
Autor: José María Tovillas Morán.
- 26/02 El Impuesto sobre Sociedades en la Unión Europea: Situación actual y rasgos básicos de su evolución en la última década
Autora: Raquel Paredes Gómez.
- 27/02 Un paso más en la colaboración tributaria a través de la formación: el programa Fiscalis de la Unión Europea.
Autores: Javier Martín Fernández y M.^a Amparo Grau Ruiz.
- 28/02 El comercio electrónico internacional y la tributación directa: reparto de las potestades tributarias.
Autor: Javier González Carcedo.
- 29/02 La discrecionalidad en el derecho tributario: hacia la elaboración de una teoría del interés general.
Autora: Carmen Uriol Egido.
- 30/02 Reforma del Impuesto sobre Sociedades y de la tributación empresarial.
Autor: Emilio Albi Ibáñez.

2003

- 1/03 Incentivos fiscales y sociales a la incorporación de la mujer al mercado de trabajo.
Autora: Anabel Zárate Marco.
- 2/03 Contabilidad *versus* fiscalidad: situación actual y perspectivas de futuro en el marco del Libro Blanco de la contabilidad.
Autores: Elena Fernández Rodríguez, Antonio Martínez Arias y Santiago Álvarez García.
- 3/03 Aspectos metodológicos de la Economía y de la Hacienda Pública.
Autor: Desiderio Romero Jordán.
- 4/03 La enseñanza de la Economía: algunas reflexiones sobre la metodología y el control de la actividad docente.
Autor: Desiderio Romero Jordán.
- 5/03 Errores más frecuentes en la evaluación de políticas y proyectos.
Autores: Joan Pasqual Rocabert y Guadalupe Souto Nieves.
- 6/03 Traducciones al español de libros de Hacienda Pública (1767-1970).
Autoras: Rocio Sánchez Lissén y M.^a José Aracil Fernández.
- 7/03 Tributación de los productos financieros derivados.
Autor: Ángel Esteban Paúl.
- 8/03 Tarifas no uniformes: servicio de suministro doméstico de agua.
Autores: Santiago Álvarez García, Marián García Valiñas y Javier Suárez Pandiello.
- 9/03 ¿Mercado, reglas fiscales o coordinación? Una revisión de los mecanismos para contener el endeudamiento de los niveles inferiores de gobierno.
Autor: Roberto Fernández Llera.
- 10/03 Propuestas de introducción de técnicas de simplificación en el procedimiento sancionador tributario.
Autora: Ana María Juan Lozano.
- 11/03 La imposición propia como ingreso de la Hacienda autonómica en España.
Autores: Diego Gómez Díaz y Alfredo Iglesias Suárez.
- 12/03 Quince años de modelo dual de IRPF: Experiencias y efectos.
Autor: Fidel Picos Sánchez.
- 13/03 La medición del grado de discrecionalidad de las decisiones presupuestarias de las Comunidades Autónomas.
Autor: Ramón Barberán Ortí.
- 14/03 Aspectos más destacados de las Administraciones Tributarias avanzadas.
Autor: Fernando Díaz Yubero.
- 15/03 La fiscalidad del ahorro en la Unión Europea: entre la armonización fiscal y la competencia de los sistemas tributarios nacionales.
Autores: Santiago Álvarez García, María Luisa Fernández de Soto Blass y Ana Isabel González González.
- 16/03 Análisis estadístico de la litigiosidad en los Tribunales de Justicia. Jurisdicción contencioso-administrativa (período 1990/2000).
Autores: Éva Andrés Aucejo y Vicente Royuela Mora.
- 17/03 Incentivos fiscales a la investigación, desarrollo e innovación.
Autora: Paloma Tobes Portillo.
- 18/03 Modelo de Código Tributario Ambiental para América Latina.
Directores: Miguel Buñuel González y Pedro M. Herrera Molina.
- 19/03 Régimen fiscal de la sociedad europea.
Autores: Juan López Rodríguez y Pedro M. Herrera Molina.