

R 34.303

T  
747

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE

FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS Y EMPRESARIALES

TESIS DOCTORAL

LOS PROCESOS DE  
CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL  
EN ESPAÑA: INFLUENCIA DEL  
REGIMEN FISCAL DE FUSIONES  
DE EMPRESAS

Tesis Doctoral elaborada por el  
Doctorando D. Mario PARDO CARMONA  
bajo la dirección del Prof. Dr. D.  
José María FERNÁNDEZ PIRLA.

Madrid, septiembre de 1992

A mis padres  
y hermano

## I N D I C E

### Página

#### CAPITULO I.

Objeto y contenido de la tesis. . . . .	10
---	----

#### CAPITULO II.

Consideración económica de la concentración empresarial. .	18
I. Introducción.Referencias Históricas. . . . .	18
II. Causas de las Fusiones y Escisiones. . . . .	24
III. La concentración empresarial: el caso español. . . . .	34

#### CAPITULO III.

Regulación legal. . . . .	39
I. Normativa anterior. . . . .	39
II. Planteamiento de la Ley. . . . .	42
1. Instrumento de la Política Económica. . . . .	42
2. Discrecionalidad administrativa. . . . .	46
3. Procedimiento reglado y discrecionalidad. . . . .	52
4. A modo de resumen. . . . .	60
III. Ambito objetivo. . . . .	62
1. Conceptualización de la fusión como operación societaria. . . . .	62
2. Fusión impropia. . . . .	65
3. Delimitación de la operación de escisión. . . . .	73
4. Segregación del establecimiento mercantil. . . . .	82

5.	Presupuestos objetivos de la operación de fusión/escisión.....	85
5.1	Disolución de alguna sociedad.....	85
5.1.1	El efecto retroactivo de la fusión: la solución histórica.....	88
5.1.2	El efecto retroactivo en la actualidad....	102
5.1.3	El Balance de fusión.....	110
5.1.4	La sucesión de períodos impositivos. ....	112
5.1.5	Períodos impositivos y escisión parcial. .	118
5.1.6	Pagos a cuenta y finalización del período impositivo. ....	123
5.1.7	Un caso singular: los grupos consolidados.....	126
5.1.8	La fusión de sociedades en liquidación. ..	132
5.2	Transmisión patrimonial.....	135
5.2.1	Sucesión universal. Principio rector. ....	135
5.2.2	Subrogación y normativa fiscal. Un caso especial: el IVA.....	146
5.2.3	Traspaso de local de negocio: una solución contraria. ....	147
5.2.4	Sucesión universal. Alcance limitado al patrimonio transmitido. ....	151
5.2.5	Integración de la estructura financiera. .	153
5.2.5.1	La reserva por "prima de emisión".....	153
5.2.5.2	Disposición de cuentas de neto patrimonial.....	162
5.2.5.3	Tributación de la cuenta de "diferencia de fusión".....	170
5.3	Incorporación de la masa social.....	174
5.3.1	Compensación en metálico .....	176
5.3.2	Proporcionalidad en la integración.....	178
5.3.3	Relación de canje y actualización de valores.....	182
5.3.4	La solución fiscal: actualización contable.....	187
5.3.5	Relación de canje, actualización y sociedad vinculada.....	197
5.3.6	Consideración crítica de la actualización fiscal.....	201
IV.	Ambito subjetivo.....	206
1.	Consideraciones generales sobre la forma societaria. ....	206
1.1	El empresario societario.....	206

Página

1.2	El empresario individual. ....	208
1.3	La empresa como sujeto de la regulación fiscal.....	209
1.4	El empresario individual y la escisión ....	215
1.5	Diversidad de objetos sociales.....	217
1.6	La sociedad civil. ....	218
2.	Requisitos fiscales exigibles. ....	218
2.1	Desarrollo de una actividad empresarial....	219
2.1.1	Delimitación de la actividad empresarial. ....	219
2.1.2	Problemas de definición: la actividad profesional.....	222
2.1.3	Ejercicio efectivo de la actividad empresarial. ....	224
2.1.4	Exigencias adicionales al empresario individual. ....	228
2.2	Afectación a la actividad empresarial. ....	229
2.2.1	Sociedades de cartera. ....	230
2.2.2	Determinación del momento de afectación.....	239
2.3	Forma anónima de la sociedad resultante. ..	240
2.3.1	Régimen general.....	240
2.3.2	Una excepción las Cajas de Ahorro. ....	246
3.	Ambito territorial de aplicación. ....	248
3.1	Sociedades españolas. ....	248
3.2	Las especialidades del Derecho Foral. ....	252
V.	El régimen fiscal de la Ley 76/80. ....	257
1.	Continuidad en el disfrute de los beneficios tributarios previos. ....	257
1.1	Mantenimiento de beneficios fiscales. ....	258
1.2	Autorización administrativa de la subrogación. ....	260
1.3	No transferibilidad de las pérdidas sociales. ....	262
1.4	Compensación en un grupo consolidado. ....	271
1.5	Un caso específico: las diferencias en cambio. ....	273

1.6	Mantenimiento de los regímenes de amortización acelerada, previsión por inversión y otros. ....	274
1.7	Una aplicación contraria: IVA. ....	280
1.8	La continuidad en el computo temporal. ....	282
2.	La condición suspensiva en la adopción de los acuerdos de fusión . ....	288
3.	Examen de los beneficios fiscales. ....	297
3.1	Impuesto sobre transmisiones patrimoniales. ....	297
3.1.1	Consideración general. ....	297
3.1.2	Contraposición entre la Ley 76/80 y la Ley 32/80. ....	300
3.1.3	La delimitación de la operación de escisión en el ITP. ....	302
3.1.4	Supuestos objeto de bonificación. ....	304
3.1.5	El supuesto especial de la fusión impropia y el gravamen por AJD. ....	310
3.2	Impuesto sobre la Renta de Sociedades. ....	313
3.2.1	Régimen general. ....	313
3.2.2	Afloración de activos / pasivos ocultos. ....	315
3.2.3	Permanencia de los activos revalorizados. ....	317
3.2.4	Uso de la cuenta "plusvalía de fusión". ....	319
3.2.5	El caso de los empresarios individuales. ....	321
3.3	IRPF e Impuesto sobre sociedades de los socios partícipes. ....	322
3.3.1	Contenido normativo. ....	322
3.3.2	Computo temporal del diferimiento. ....	326
3.4	Impuesto Municipal sobre el Incremento del Valor de los Terrenos. ....	331
3.5	Impuesto sobre el Valor Añadido. ....	339
3.5.1	El IVA en relación a la operación de fusión. ....	339
3.5.2	La subrogación en la titularidad jurídica de la sociedad absorbida o escindida y el IVA. ....	348

**CAPITULO IV.**

<b>Examen de los beneficios concedidos.....</b>	<b>352</b>
1. Evolución de los expedientes tramitados.....	352
2. Beneficios fiscales: una evaluación oficial. ....	357
2.1 ITP y AJD. ....	359
2.2 Impuesto sobre Sociedades. ....	362
3. Examen del crecimiento industrial. ....	369
4. Los procesos de fusión en la Bolsa de Valores. ..	377
5. Conclusiones empíricas.....	380

**CAPITULO V.**

<b>Propuestas de un nuevo régimen fiscal. ....</b>	<b>387</b>
1. Neutralidad impositiva .....	388
2. Simplificación normativa.....	391
3. No estanqueidad tributaria.....	393

**CAPITULO VI.**

<b>Conclusiones. ....</b>	<b>398</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>409</b>

**LOS PROCESOS DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL EN  
ESPAÑA: INFLUENCIA DEL REGIMEN FISCAL DE FUSIONES  
DE EMPRESAS**

## **CAPITULO I**

## **CAPITULO I**

### **OBJETO Y CONTENIDO DE LA TESIS.**

La presente tesis tiene por objeto la consideración, desde un punto de vista económico, de los procesos de concentración empresarial y, mas concretamente, la delimitación del alcance y de las consecuencias que el Régimen Fiscal de Fusiones y Escisiones de Empresas, regulado por la Ley 76/80, de 26 de diciembre, ha tenido en el contexto de la actividad empresarial de nuestro país como factor determinante de aquéllos.

Dicho examen parte de la consideración del hecho de que la citada normativa pretende ser un instrumento de una específica orientación de la Política Fiscal encaminada a la consecución de una concentración empresarial en aras de una mejora de la Economía Nacional.

El interrogante al que pretende responderse a lo largo de las líneas de este trabajo se centra en averiguar si el modelo señalado por el legislador al

inicio de la década de los años ochenta ha respondido satisfactoriamente o no a las exigencias que tenía planteado. En otras palabras, sentado que en este modelo se concibe la reglamentación fiscal -de las operaciones aquí consideradas, se entiende- como un instrumento al servicio de los intereses nacionales para lo cual resulta lícito la intervención en la actividad económica discriminando favorablemente a determinadas entidades que realicen los procesos regulados por la Ley en las condiciones que ésta prevé, de modo que sea el conjunto de esa economía nacional quien soporte el coste correspondiente, ha de plantearse el interrogante acerca de si el procedimiento seguido esta o no justificado. Dicha justificación del procedimiento vendrá de la mano de la consideración de si el coste fiscal que implica permite la consecución de los logros que tal política fiscal pretende. En qué medida las fusiones son un resultado de los incentivos concedidos o, por el contrario, responden a otros factores explicativos es la cuestión que se dilucida en el trabajo.

De hecho, el modelo examinado es consciente del mecanismo que incorpora: el afloramiento de plusvalías consecuencia de la revalorización de los elementos de la empresa a las que se concede una bonificación, por citar el aspecto mas sobresaliente de los beneficios que se arbitran. Dicha actuación se explica en cuanto que

efectivamente el régimen sea eficaz, consiga el objetivo que persigue: fomentar las fusiones. Si ese resultado no se diera, la construcción fiscal carecería de la justificación suficiente para llevar a cabo la intervención en la actividad económica en las condiciones planteadas. Por ello, no puede olvidarse la posibilidad de integrar una solución alternativa cuyos principios inspiradores obedeciesen a una situación económica distinta de la que determinó la solución adoptada. El examen de éstos es el punto final de esta elaboración.

Para llevar a cabo este análisis, el obligatorio punto de partida es la consideración de las operaciones de fusión y escisión en el contexto económico en el que se desarrollan. Dichas operaciones no se producen a instancias de los estudiosos de la Economía ni son experimentos de laboratorio mas o menos satisfactorios sino que estan estrechamente ligadas a la actividad cotidiana de las empresas que deben adoptar decisiones sobre su acomodación a las condiciones del medio en el que se desenvuelven. Entre esas decisiones sin duda se encuentran las que afectan a su crecimiento, a la definición de la dimensión mas adecuada para la consecución de sus objetivos. Por lo tanto, la consideración de los efectos que una determinada normativa fiscal pudiera tener sobre las operaciones de

fusión y escisión tiene necesariamente que partir de su delimitación como operaciones de raíz económica. Cuáles son los principales factores explicativos de los procesos de integración empresarial, las consecuencias que se predicen de los mismos, las diferencias de éstas respecto de otras modalidades de integración, etc. son algunos de los aspectos que necesariamente requieren desarrollarse a la hora de abordar el sentido de las fusiones empresariales.

En segundo lugar, una vez delimitado el terreno económico en el que las citadas operaciones se desarrollan y en el que encuentran su fundamento, no puede olvidarse que la fusión y la escisión se configuran como realidades jurídicas. La consideración de la progresiva matización de estas instituciones, dibujando los rasgos de las mismas, pone de relieve el constante esfuerzo del mundo del derecho para dar respuesta a las sucesivas exigencias y variaciones que aquella realidad económica impone. En este punto, se definen los principales rasgos de las operaciones, resaltando como determinadas ramas del Derecho -la fiscal es la que nos interesa- abordan estas cuestiones anticipadamente a otras, y ello movidas por la acuciante necesidad de dar soluciones a los problemas cotidianos del desarrollo empresarial. Como quiera, el resultado es la progresiva conceptualización de la fusión y la escisión como

operaciones típicamente empresariales, que se constituyen como normales en el devenir de su actividad y que responden a las exigencias del mercado. En este apartado debe considerarse no solo esa delimitación de los rasgos comunes a las operaciones estudiadas sino que procede considerar pormenorizadamente los aspectos del régimen fiscal que se prevé para las mismas. El examen de los beneficios concedidos en cada modalidad tributaria pondrá de manifiesto las características del régimen y permitirá considerar con fundamento los resultados obtenidos. La coherencia o no de las soluciones adoptadas se evidencia en el análisis de las mismas y permite centrar el juicio de su eficacia en determinados datos cuantitativos.

Una vez que se dispone de los dos pilares - fundamentación económica y conceptualización jurídica- el paso adelante en el estudio viene marcado por la efectiva contrastación de los resultados obtenidos durante los años en los que ha estado vigente el régimen fiscal previsto por esta Ley 76/80. Este es, precisamente, el fiel que debe permitirnos pronunciarnos sobre la cuestión antes formulada: en qué medida el régimen fiscal incentiva eficazmente en términos de Economía Nacional los procesos de Fusión y Escisión. Para ello, se han afrontado tres vías de comparación. La primera y mas directa atiende al examen de los beneficios concedidos en las figuras tributarias en las que resulta posible la

estimación, tanto para los que tienen su origen en las fusiones como para el conjunto de las otras disminuciones de la carga tributaria que conforman el gasto fiscal presupuestado para cada determinada figura impositiva. Esta evaluación se produce de acuerdo con los datos que ofrece el Ministerio de Economía y Hacienda a través de su Memoria Anual y de la cuantificación de los diversas bonificaciones concedidas en las respectivas Ordenes Ministeriales. Una segunda aproximación trata de poner en relación el "iter" seguido en las operaciones acogidas a la Ley y el crecimiento experimentado en la actividad económica para lo cual se ha utilizado el índice de producción industrial que elabora el Banco de España. Por último, se ha considerado la actividad de concentración empresarial en su reflejo en la Bolsa de Valores Madrileña, analizando los rasgos mas sobresalientes que se observan en las operaciones acaecidas entre empresas que cotizan en aquel mercado secundario. A resultados de este examen, se concluye la cierta independencia de los procesos de fusión respecto de los incentivos fiscales y se percibe la vinculación del crecimiento a las pautas de la actividad económica internacional.

Por último, no puede soslayarse la pretensión de exponer cuáles son los principios de un nuevo modelo fiscal que superase el representado por esta Ley 76/80. Dicha formulación se funda en la creencia de que éste

responderá mejor a las exigencias presentes. En estas proposiciones se parte de una idea de neutralidad tributaria que supere la caótica situación a que se nos aboca por el mantenimiento de un régimen que se traduce en un elevado gasto fiscal carente de sentido por cuanto que no se traduce en una mejora controlada de los intereses nacionales a costa de potenciar los legítimos, pero particulares, intereses de las empresas intervinientes en las operaciones protegidas.

## **CAPITULO II**

## CAPITULO II

### CONSIDERACION ECONOMICA DE LA CONCENTRACION EMPRESARIAL

#### I.- INTRODUCCION. REFERENCIA HISTORICA.

La empresa como unidad económica ha sido concebida de diferentes formas atendiendo a la nota mas significativa o prevalente en su relación con el entorno económico en el que se desenvuelve. Así, de acuerdo con un destacado sector doctrinal <sup>1</sup> podría resumirse que las etapas por las que se ha pasado en la consideración de la empresa van desde una concepción de empresa familiar a la de una empresa como una unidad técnico económica de mercado caracter comercial, para ser superada a su vez con la producción capitalista por la idea de la empresa industrial como simple unidad de producción y llegar a nuestros días a la consideración de aquélla como unidad económico financiera y de decisión.

En esta concepción de la empresa como una unidad económica financiera confluyen una variada gama de

---

<sup>1</sup> Bueno Campos, E; Cruz Roche, I; Durán Herrera, JJ. "Economía de la Empresa. Análisis de las decisiones empresariales". Ed Pirámide. Madrid 1981, 2ª ed. Pag. 36

intereses muchas veces contrapuestos. Entre éstos, sin ánimo de llevar adelante una pormenorizada enumeración, pueden citarse los siguientes:

- la consecución de la mayor tasa de retorno a los capitales invertidos en la misma para los inversores capitalistas,

- la garantía de una rentabilidad suficiente a las inversiones realizadas por terceros en la marcha de la empresa

- la obtención de un salario satisfactorio y posibilidades reales de promoción en el puesto de trabajo para la totalidad de los empleados que en ella prestan su esfuerzo,

- la garantía de una estabilidad de las relaciones que la empresa mantiene con terceros como clientes y proveedores,

- la consecución de los objetivos perseguidos de crecimiento y expansión, de innovación y perfeccionamiento, de los que resulta un mayor prestigio y capacitación profesional para los directivos, y, tan solo por no alargar la enumeración,

- el afianzamiento de la empresa como tal realidad económica autónoma, como entidad beneficiosa para el conjunto de la Sociedad que cifrará en su perviencia las garantías de empleo y desarrollo que doten a esa Sociedad

de la estabilidad suficiente para alcanzar una mejora del nivel de vida para el conjunto de sus ciudadanos.

Todos estos objetivos concurrentes en la empresa podrían reconducirse, en un examen a largo plazo, a la afirmación de la existencia de un objetivo básico que permitiese la realización de los demás <sup>2</sup>. Este objetivo primario parte de la aceptación de que ésta es una unidad económica abocada a un proceso de crecimiento estable. En la lógica de ese crecimiento no puede olvidarse que la empresa es una unidad productiva que genera flujos financieros de entradas y salidas de cuyo resumen se obtienen los recursos monetarios que hacen posible la consecución de los diferentes intereses. De este modo, se tendería a la maximización de su valor económico a través de la realización normal de la actividad que constituye su objeto social de manera que se hiciesen posibles los diferentes planteamientos antes

---

<sup>2</sup> La doctrina liberal clásica había insistido en la realización del máximo beneficio como el criterio de comportamiento de la empresa dentro del modelo de equilibrio parcial desarrollado, lo que parecía incompatible con otras formulaciones en las que aquélla se convierte en el centro de diversos intereses. Sin embargo dicha incompatibilidad debe deshacerse, como apunta el Profesor Fernández Pirla, por la afirmación de la empresa como tal centro de intereses, lo que exige su pervivencia en las mejores condiciones de modo que se permita la realización de los citados intereses en una consideración a lo largo del tiempo.

Conferencia pronunciada en la Jornada sobre "Perspectivas Futuras de la Empresa", Colegio Oficial de Economistas. Madrid, 1 de octubre de 1991.

vistos en su seno. Dicha consecución exige la adopción de las mas variadas estrategias en orden a conseguir el mejor posicionamiento objetivo en el mercado en el que se desenvuelve. Este se caracteriza por un componente competitivo y dinámico de ahí la necesaria adaptación a las variadas condiciones a las que debe hacerse frente. Para responder a este reto, la empresa variará la composición de su activo, la estructura financiera, introducirá cambios en la política de personal y de incentivos, etc. y, entre otras posibles soluciones, se planterá la necesidad de iniciar procesos de unión con otras empresas.

Por ello, debe resaltarse el caracter básicamente económico de la concentración empresarial, por utilizar un término común a todos los procesos en los que se mezclan las empresas como unidades independientes de decisión: tomas de participación, adquisiciones, carteles,..., fusiones y escisiones.

En este sentido, Mascareñas Perez Iñigo <sup>3</sup> indica como "... una empresa adquiere a otra o se fusiona con ella por algún motivo. ...es una decisión de tipo económico, mas aún, es una típica decisión de inversión...(ya que)...el propósito final es aumentar el

---

<sup>3</sup> Mascareñas Perez Iñigo, J. "Razones de las fusiones y adquisiciones de empresas". Rvta. Actualidad Financiera nº 13, 1989. Pag. 903

valor de mercado de la empresa". De esta forma, podemos concluir conjuntamente con la gran mayoría de autores que todos los procesos de adaptación de la dimensión empresarial obedecen a la necesidad de aclimatarse a las exigencias del mercado.

No es el objetivo aquí perseguido, pese a su importancia, la consideración de la empresa y de las diferentes estrategias que debe adoptar en el desarrollo de su actividad, sino el, mas constreñido, consistente en poner de relieve como los procesos de reasignación de recursos para redefinir la dimensión considerada óptima en cada momento son fruto del normal desarrollo de la actividad empresarial y comprobar en qué medida la política fiscal seguida en España ha contribuido a ello.

Esta realidad solo esbozada no es, ciertamente, un fenómeno de nuestros días sino que se ha producido con diversa intensidad de forma mas o menos generalizada en varias épocas de la reciente historia económica. Siguiendo a Martínez Serrano y Sanchez Llopis <sup>4</sup> puede señalarse la existencia de cuatro grandes hitos en el proceso de realización de fusiones, pese a las

---

<sup>4</sup> Martínez Serrano, J. y Sanchez Llopis, A. "Tendencias recientes en las fusiones y adquisiciones de empresas industriales". Rvta. Economía Industrial, Marzo/abril 1990. Pag. 126 y siguientes.

variaciones que pueden encontrarse a nivel nacional al respecto. El primer momento significativo se sitúa en los finales del siglo pasado y comienzos del presente en los que la razón básica de los fenómenos era la concentración de empresas del sector con la finalidad de dominar el mercado. Dicho movimiento se produce en Estados Unidos y, con menor intensidad, también en Europa. Durante los años veinte tiene lugar el segundo de los pasos de la concentración industrial con un claro objetivo de conseguir el aprovechamiento de las economías de escala en un momento de fuerte crecimiento empresarial. Un tercer punto de la fiebre por las fusiones se localiza en los años sesenta y principios de los setenta con un contenido de diversificación en Estados Unidos y de concentración, por contra, en Europa. Aquí los poderes públicos europeos alentaron el movimiento con la intención de lograr unos mayores niveles de eficiencia y contar con empresas cuya dimensión fuera comparable a la norteamericana. Por último, la actualidad recoge un nuevo proceso de fusión empresarial con notas diferenciadoras de los anteriores. De un lado, la concepción de la operación en sí como un medio de lograr un beneficio. No se trata de conseguir en muchos casos una nueva estructura económica mas productiva que las precedentes, sino de obtener en la operación un lucro con independencia del resultado, se trata de la concepción de

la fusión o de la escisión como una actividad especulativa mas dentro del mercado. De otro, la fuerte presencia en las operaciones de los intermediarios financieros como agentes en favor de sus clientes y la utilización de fórmulas de financiación de alto riesgo - los denominados bonos basura, por citar tal vez el ejemplo mas conocido- como medio para financiar las posibles adquisiciones entre las empresas.

La conclusión que nos interesa extraer de este proceso no es la de fijar las analogías y diferencias que en todas estas operaciones se han producido sino la mas simple de poner de manifiesto que la fusión y la escisión, como integrantes de un concepto mas genérico de integración empresarial, han venido en la reciente historia económica determinadas por instancias de naturaleza económica cuya concreción variará de una situación a otra, dando lugar a una pluralidad de causas cuya preponderancia sólo podrá determinarse para cada operación aisladamente considerada.

## **II.- CAUSAS DE LAS FUSIONES Y ESCISIONES.**

La mayoría de los autores económicos que han abordado la cuestión de delimitar las razones que

impulsan adelante un proceso de estas características coinciden en la existencia de una pluralidad de causas.

En términos objetivos, parece claro que la fusión o la escisión deben plantearse con la idea de conseguir una dimensión óptima que permita afrontar con las mejores garantías la competencia del mercado. En otras palabras, se trataría de conseguir que el valor de la unidad económica resultante fuese superior al correspondiente al de las empresas inicialmente intervinientes en la operación.

Ese mayor valor no solo se consigue a través de la tenencia de diversos activos que contribuyan a la formación de un importante patrimonio neto de la empresa sino que juega un papel trascendente la eficiencia en el empleo de los recursos disponibles y las condiciones imperantes en el mercado. El profesor Fernández Pirla <sup>5</sup> se aproxima al concepto de dimensión óptima de la empresa como una combinación de la eficacia en el empleo de los recursos y las posibilidades de colocación del producto ofrecido en el mercado. En sus palabras, "... cuando se planea la empresa se busca la compatibilidad entre las ventajas tecnológicas y las ventajas económicas, tratando

---

<sup>5</sup> Fernández Pirla, JM. "Economía y gestión de la Empresa". ICE Madrid 1970. Pag. 62

Los conceptos empleados en la cita de "salida típica" y "salida óptima" responden, respectivamente, a la igualación de los costes medios y marginales y a la de éstos con el precio del mercado.

de emplear la tecnología mas económica, habida cuenta de las condiciones que presenta el mercado. Cuando dicho objetivo se consigue y la empresa se estructura de modo que la producción ofrecida según la ley de la oferta lucrativa del mercado (salida óptima) se realice al coste mínimo de producción por unidad de producto (salida típica) decimos que la empresa se halla en su firma representativa". Con ello, lo que a nuestro análisis resulta de interes resaltar, es la vinculación de la dimensión óptima de la empresa no sólo a sus condicionantes internos sino a la variable situación de su entorno en el que ha de desenvolverse, por lo que la conclusión no puede ser otra que la de la clara influencia de ese mercado en la dimensión empresarial.

Junto a esta aproximación, otros autores <sup>6</sup> han acudido al concepto de las "economías de escala" y de la "sinergia" como teoría explicativa de la dimensión óptima que debe alcanzar la empresa. Su concepto económico es de simple enunciación y se reconduce a la conveniencia de situarse en el punto de menores costes medios por unidad de producto, lo que se conseguiría a traves de una combinación de factores diversos. Siguiendo a Robinson,

---

<sup>6</sup> En la exposición de las siguientes líneas, la referencia a Robinson,G y a Ansoff,H procede de la obra de Bueno Campos y otros ya citada "Economía ...", pag. 632.

dichos factores cabrían ser clasificados en las siguientes categorías:

- Técnicos. Son similares a la anterior explicación y resultan de la estructura productiva instalada en un momento determinado en la empresa: cuál es el coste de producción del equipo industrial.

- De Dirección. Es el grupo humano y su organización para la adopción de las decisiones que comprometen la marcha de la empresa: aspectos tales como descentralización, forma de toma de decisiones, participación, etc.

- Financieros. Atienden a las fuentes de obtención de los recursos indispensables para el funcionamiento de la empresa: naturaleza y cuantía.

- Entorno Económico. Se refieren a las condiciones imperantes en el mercado: facilidad o no de conseguir compras, de realizar las ventas, práctica de los competidores, etc.

- Factor de riesgo. Siempre reinante en toda toma de decisiones empresariales, de modo que nunca es posible adoptar una decisión sobre un entorno estable y conocido en todas sus variables: crisis exteriores, descubrimientos técnicos y similares.

De acuerdo con esta aproximación, conviene incrementar la producción generada por la empresa mientras nos movamos en el tramo representado por las

economías de escala, pero a partir del punto en el que se entra en la fase de las deseconomías de escala, cuando el coste marginal por unidad de producto es mayor, no puede proseguirse en la producción a riesgo de ser ineficaces, con lo que la dimensión óptima de la empresa queda definida.

El razonamiento de las economías de escala se ha visto reforzado por el concepto de "sinergia" propugnado por Ansoff y que incide en que el efecto positivo de varios de los factores antes enunciados se refuerza, siendo superior a la simple suma de los efectos de cada uno de dichos factores.

El resultado de cualquiera de los modelos anteriores se traduce en la posibilidad de afrontar decisiones de inversión en mayor escala, de asumir decisiones de investigación sobre la base mas sólida de mayores ventas y, en definitiva, de poder reducir el coste por unidad de producto consecuencia de un mejor aprovechamiento del equipo humano y material.

Ahora bien, este examen no es definitivo en la fundamentación de las decisiones en torno a los procesos de integración empresarial. No lo es tanto por la existencia de motivos que, a corto plazo, aconsejan la adopción de determinadas decisiones y a los que a continuación nos referiremos, como, en una perspectiva a largo plazo, por la inexistencia de una clara distinción

entre costes fijos o variables en que fundar las curvas de costes. En esta dirección, puede afirmarse, como lo hace la clásica teoría económica, que todos los costes son variables y dependerán de la estructura de la empresa en cada momento, por lo que las decisiones históricamente anteriores determinarán los factores productivos que afectarán los costes que en cada momento se afronten. De este modo, los costes medios son variables con el tiempo, determinando diferentes economías de escala. Mas aún, puede que en un mismo momento elementos o sectores dentro de la empresa estén funcionando a escala y otros no. Con ello, se evidencia que esta línea no puede agotar el examen de la motivación de las fusiones o escisiones que se producen en el ámbito de la empresa.

Ahora bien, como ya apuntábamos, coexisten también otras razones que pueden influir, igualmente, en la consecución de ese objetivo de alcanzar la dimensión óptima. Este es de naturaleza mediata por lo que su verificación puede exigir la adopción de variadas estrategias en la actuación empresarial. En algunas ocasiones puede comprobarse de esta forma la existencia de motivos de la fusión que podríamos denominar estratégicos, en la medida que contribuyen a la consecución de aquel fin, y que, entre otros, serían:

- la introducción de la empresa en mercados en ese momento acotados mediante la fusión con otras empresas ya

instaladas en los mismos, salvando, de esta forma, barreras políticas nacionales o simplemente económicas.

- la adquisición de procedimientos tecnológicos no compartidos.

- el acrecentamiento de la posición de dominio en el mercado, ya sea mediante una integración vertical asumiendo fases de la cadena de producción y comercialización hasta entonces reservadas a terceros, ya sea con una integración horizontal, permitiendo eliminar competidores en el sector. Esta ha sido sin duda una de las razones tradicionales mas importantes de concentración empresarial -la consecución de una posición dominante en el mercado respectivo- y que mayores recelos ha despertado, tanto por la posible influencia a desplegar como por la ineficiencia en términos económicos que puede implicar.

- la disminución del riesgo empresarial mediante una diversificación de las operaciones realizadas por la empresa que ampliará su campo de actuación a sectores o áreas no conectados entre sí.

- la clarificación de la valoración empresarial, por ejemplo logrando mediante la escisión de ramas de la empresa aislar aquellas partes productivas de las que no lo son o responsabilizando de esta forma a grupos de dirección de la marcha de cada una de éstas.

En otras ocasiones, la búsqueda se centra en una mejora de la estructura financiera de la empresa, en la complementariedad de sus activos, en la disponibilidad de excedentes de tesorería que pueden aplicarse a la adquisición de otras empresas, sin desdeñar el beneficio que puede suponer el régimen fiscal que regule la operación. En relación a este último, la posibilidad de compensar los resultados negativos que existen en determinadas empresas puede aconsejar la operación en la que se adquieran empresas rentables. Aquí, la legislación fiscal favorecedora de la concentración empresarial, propia de situaciones nacionales en las que predomina el minifundismo empresarial, es otra fuente importante de razones en favor de la integración.

En este marco, la doctrina no sólo se ha limitado a esbozar diversas razones, como venimos apuntando, sino que se ha planteado la realización de un intento explicativo de las causas de las fusiones sobre el modelo del equilibrio parcial. En la argumentación realizada se contraponen los beneficios que se consiguen consecuencia de la mejora de las estructuras productivas por el aprovechamiento de las economías de escala con el coste que para el consumidor representa el aumento de

precios que normalmente se deriva de un fortalecimiento de la posición de dominio en el mercado <sup>7</sup>.

Pero, junto con esta consideración, otros autores ponen igualmente de manifiesto la importancia que el plano subjetivo tiene en la realización o no de estas operaciones. La lucha de los directivos por hacerse con unas mayores responsabilidades, la integración de equipos directivos mas dinámicos, la consecución de un mayor prestigio, etc. son causas que, asimismo, se han barajado para explicar la fusión <sup>8</sup>.

En esta línea de trabajo, Mascareñas Perez Iñigo <sup>9</sup> señala como "los directivos prefieren dirigir empresas grandes que pequeñas" y apunta como la recompensa de éstos se mide por la extensión el control

---

<sup>7</sup> Modelo elaborado por Williamson en 1968 según la referencia que se contiene en el artículo de Martínez Serrano y Sanchez Llopis. El objeto del estudio es la consideración de los resultados positivos o negativos que pueden producirse en un proceso de estas características pero evidencia un intento de aproximación explicativa al fenómeno sobre datos empíricos. Op. cit. Pag. 125.

<sup>8</sup> A este respecto Manne (1965) y Jensen (1986) han avanzado en esta línea de forma complementaria a la consideración de la sinergia que se produce por la integración empresarial. Referencia de la obra de Martínez Serrano y Sanchez Llopis, previamente citada. Pag. 126.

<sup>9</sup> Op. cit. pag. 908.

que ejercen, el cual puede cifrarse de varias formas: número de empleados, tamaño del presupuesto que se gestiona, valor de los activos, etc. De este modo, podría ser contrario a los intereses de los accionistas la actuación de la gerencia que tendería a expandir la empresa para obtener mayores ventajas, estatus social,..., mas que velar por los intereses de aquéllos.

Incluso la pérdida de la posición dominante de los propietarios de una empresa puede ser una causa de integración. De esta forma aquéllos que tengan una parte importante de su riqueza personal inmovilizada en la empresa pueden optar por la enajenación a cambio de acciones de otras compañías que tengan un mercado mas amplio y abierto.

Si quisiésemos obtener un resumen de lo anterior coherente con el objetivo que se persigue en este trabajo habríamos de concluir la existencia de una variada gama de razones o factores que explican y acompañan a los procesos de integración empresarial. Dichas razones tienen un sustrato económico, sea mas o menos objetivable, que permite apreciar que la operación se inscribe en el desarrollo de la actividad empresarial y en respuesta a los desafíos que se producen en ésta, todo ello como consecuencia de la interrelación de la

empresa como unidad económico financiera que se mueve y entra en contacto con otras unidades en el marco de un mercado competitivo.

### III.- LA CONCENTRACION EMPRESARIAL: EL CASO ESPAÑOL.

No pretendemos en este apartado sino reiterar que las conclusiones mantenidas en el punto anterior -la pluralidad de causas que llevan a la realización de una operación de fusión o escisión- se manifiestan en igualdad de condiciones en la realidad española. Dichas razones pueden rastrearse en las operaciones realizadas en España si bien la estructura industrial española determina una nota específica que conviene no pasar por alto. Esta circunstancia no es otra que el minifundismo empresarial existente que ha determinado la ausencia en épocas pasadas de estos procesos ya que las empresas han tendido a buscar su crecimiento en una ampliación interna de su capacidad productiva. "De hecho, casi una tercera parte de los sectores presentan una concentración muy baja en términos de producción y la mitad de ellos si se considera en términos de empleo" <sup>10</sup>. Pese a ello, la situación actual parece ser otra distinta a la luz de los

---

<sup>10</sup> Martínez Serrano y Sanchez Llopis. Op. cit. pag. 131.

datos disponibles que avalan una importancia creciente de las operaciones realizadas en los últimos tiempos en España.

Probablemente sea tópico hacer una referencia al proceso de integración en las Comunidades Europeas como causa explicativa de todos los movimientos que se producen en nuestro entorno geográfico, sean cuales sean los mismos. No obstante puede que sea éste uno de esos planos en los que la realidad de un mercado integrado fuerza a cualquier responsable empresarial a adoptar las decisiones tendentes a asegurarse la mejor disposición de partida. De esta forma, escribe Onrubia Fernandez <sup>11</sup> "... con la eliminación de las fronteras físicas, técnicas y fiscales entre sus integrantes, se han comenzado a atisbar los lógicos movimientos en la actividad empresarial en nuestro país, tendentes a alcanzar lo antes posible, una situación de partida lo mas ventajosa ... que les permita afrontar la futura nueva situación, con estructuras económicas y financieras acordes al tamaño del mercado en el que operarán y la competencia que en el mismo encontrarán, partiendo como ya hemos mencionado del retraso histórico, no por ello menos real,

---

<sup>11</sup> Onrubia Fernandez, J. "Régimen fiscal de las fusiones de empresas: una nota técnica". Rvta. Actualidad Financiera, nº 34. 1988. Pag. 1717.

que en la mayor parte de los terrenos muestran nuestros sectores empresariales".

En esta línea, incluso con una consideración global de la empresa europea frente a la americana que adopta sus decisiones considerando una estrategia de penetración en el continente como realidad económica, los ya citados autores Martínez Serrano y Sanchis Llopis <sup>12</sup> indican que "... el cambio el marco institucional ha alterado las perspectivas y posibilidades de las empresas. La Europa del 92 supone la ampliación del mercado y está contrastado que ello es uno de los factores determinantes del tamaño de la empresa".

De esta forma, las operaciones de fusión o escisión que se desarrollan en España en los últimos años parecen venir explicadas, al menos conceptualmente, con arreglo a los factores clásicos que apuntamos en los primeros apartados, jugando un papel añadido de no desdeñable importancia el proceso de incorporación al ámbito del mercado integrado para los países comunitarios. De esta forma, la necesidad que siente la empresa de consolidar la posición de la que disfruta en el mercado como consecuencia de la ampliación del mismo y de la previsible llegada de nuevos competidores aconseja una redefinición de su dimensión, que en la

---

<sup>12</sup> Op. cit. pag. 128.

mayor parte de los casos del ámbito español es sinónimo de aumento. Dicho crecimiento puede hacerse de forma interna, aumentando su patrimonio con nuevas aportaciones sociales o con recursos externos que permitan financiar las inversiones en activos productivos, mayores contrataciones de personal, etc. pero esta vía es, sin duda, muy lenta para reaccionar a una urgente necesidad. Por ello, la opción por el crecimiento externo a través de la concentración entre empresas puede resultar mas aconsejable. En este proceso de concentración, la fusión de empresas es la modalidad que centra nuestro interés. En concreto, cuál es el papel que el régimen fiscal español de los años ochenta ha jugado en la realización de los fenómenos de fusión y escisión empresarial que se han llevado a cabo.

## **CAPITULO III**

### **CAPITULO III**

#### **REGULACION LEGAL.**

##### **I.- NORMATIVA ANTERIOR.**

El presente analisis se centra en los aspectos de la Ley 76/80, de 26 de diciembre de Régimen Fiscal de las Fusiones de Empresas y su normativa de desarrollo, constituída por el RD. 2182/81, de 24 de julio, por el que se reglamenta la anterior. No obstante, conviene simplemente dejar constancia que esta normativa no es un hito aislado y sin precedentes en el ordenamiento jurídico tributario español sino que es el resultado de un largo proceso cuyo último antecedente esta representado por el D. 2910/71, de 25 de noviembre.

Dicha norma pretende recoger y sistematizar en un solo texto las distintas disposiciones vigentes en las que se reconocen beneficios a los procesos de concentración de empresas, permitiendo a los administrados lograr un mejor conocimiento de tales beneficios concedidos frente a la multiplicidad y dispersión que caracteriza a la situación previa al

mismo, conceptos que expresamente se barajan en la introducción expositiva del referido Decreto.

Ciertamente, el proceso de concesión de beneficios se inicia con la Ley de Reforma Tributaria de 26 de diciembre de 1957 en cuyo artículo 135 se plasma la posibilidad de concesión por parte del Ministro de Hacienda de determinadas exenciones a los actos y contratos mediante los cuales se llegue a la concentración de empresas con el claro objetivo de adoptar las medidas necesarias encaminadas a que el proceso no se vea obstaculizado por la normativa fiscal. Por su parte, la Ley de 11 de junio de 1964 de misma titulación que la anterior, extiende a través de su artículo 107 el régimen de beneficios -exención- a las plusvalías que pudieran ponerse de manifiesto con ocasión de las operaciones de concentración, añadiendo una bonificación del 90 por ciento al reparto de las reservas generadas con esas plusvalías, siempre y cuando las sociedades en que se hubiesen originado se disolviesen en el plazo no superior a dos años. El artículo 146, número 55, recoge la desgravación de las aportaciones realizadas en las operaciones de fusión.

Sobre esta base, sin entrar en una enumeración sistemática de las distintas normas que han dedicado espacio al presente aspecto, sí conviene citar al DLey 8/66, de 3 de octubre, sobre Ordenación Económica; al

DLey 11/67, de 26 de julio, con caracter coyuntural sobre la concentración, integración y renovación de estructuras de empresas; a la Ley 152/63, de 2 de diciembre, de Industrias de Interés Preferente; y, en definitiva, a las diversas disposiciones de los específicos tributos que contenían normas aplicables a los procesos de concentración y a la subsiguiente normativa de desarrollo que necesariamente sigue a la anterior.

Con todo, a pesar de que debe reconocerse que tanto el ámbito objetivo como el subjetivo de la regulación precedente no son equivalentes a los de la Ley 76/80 <sup>13</sup>, a cuyo comentario se dedican las siguientes líneas, sí debe afirmarse que el origen de la misma se encuentra en la solución habilitada por el legislador en orden a favorecer, no introduciendo mayores dificultades, los procesos de concentración empresarial en España con la idea de beneficiar a la economía nacional <sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> A grandes líneas, no son coincidentes ni las figuras tributarias a las que se pretende afectar, ni el mecanismo que se arbitra -exención frente a la bonificación vigente- es equiparable, ni, por cerrar la enumeración, las operaciones y entidades a las que afecta son las mismas.

<sup>14</sup> Cadarso Gargallo, P. en su obra "Regimen fiscal en favor de las concentraciones de empresas" - Rvta. Española de Financiación y Contabilidad nº 37. Pag. 70 y ss- indica que la Ley 76/80 tiene precedentes muy claros en el Derecho Español, viniendo, ésta, a responder a la necesaria adaptación de esa normativa al proceso de reforma tributaria que se inicia a partir del año 1978 y

Por tanto y una vez reconocidos los antecedentes, procede que a lo largo de los siguientes apartados se expongan los principales rasgos que presenta el régimen fiscal especial de fusiones de empresas con arreglo a las normas que lo han regulado durante la década de los años ochenta.

## **II.- PLANTEAMIENTO DE LA LEY.**

### **1. Instrumento al servicio de la Política económica.**

La normativa sobre el Régimen fiscal de las Fusiones de Empresas afronta la regulación de estas operaciones con el objetivo de arbitrar un conjunto de beneficios tributarios que, en su caso, resulten aplicables cuando se satisfagan determinadas condiciones. Esta intención es la nota que inspira en su conjunto a aquélla y que permite explicar cada una de las soluciones adoptadas a lo largo de su articulado, tanto legal como reglamentario, y que, a su vez, constituye la principal diferencia respecto de las concepciones normativas que le han sucedido. Dicha actitud, que podría denominarse como

---

de forma expresa al mandato contenido en la Disposición Transitoria cuarta de la Ley 61/78 del Impuesto sobre Sociedades que imponía al Gobierno la obligación de elaborar un nuevo régimen fiscal de fusiones de empresas.

de "beligerante" <sup>15</sup> ante las operaciones de fusiones y escisiones, puede rastrearse en las mismas expresiones utilizadas en las normas: "...gozarán del tratamiento tributario..." (art. 1 de la Ley) y "(El Ministro...)... concederá los beneficios tributarios establecidos..." (art. 1 del Reglamento) , que denotan cómo el legislador y el redactor reglamentario conciben la normativa como un instrumento al servicio de una política económica en cuya realización la posibilidad de arbitrar tales ventajas a quienes la sigan es un medio mas a utilizar.

A esta situación se refiere la Memoria del Anteproyecto de la que ha venido a ser Ley 29/91 de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas cuando señala en su punto I.2 que la Ley 76/80 enfoca la regulación sobre lo que podría denominarse dualidad afloración de plusvalías / bonificación de las mismas,

---

<sup>15</sup> Algún autor ha hablado de doble beligerancia por cuanto que no solo se produce la división entre operaciones acogidas o no al régimen fiscal especial, sino que "... dentro de este grupo selecto de fusiones, la exención fiscal podría variar del 1 al 99 por ciento, según la valoración en el correspondiente procedimiento administrativo".

Aunque el término exención no es técnicamente correcto, sí alcanza un pleno valor descriptivo en su contexto (exención selectiva).

"Régimen fiscal de las fusiones, escisiones, aportación de ramas de actividad y canje de acciones.(Derecho Español Ley 29/91 -Directiva Comunitaria 90/34/CEE)". Arnau Zorua, F. Rvta. Gaceta Fical nº 96, 1992. Pag. 195.

generándose por la propia operatoria incrementos patrimoniales que debían no gravarse so pena de alterar las decisiones de los agentes económicos adoptadas - o que deberían haberse adoptado - sobre criterios de tal índole.

Ciertamente, la normativa analizada sostenía la obligatoria traslación de los valores utilizados en la determinación del valor usado para la fijación del canje de las acciones a la contabilidad, dando con ello lugar a incrementos patrimoniales por la revalorización de activos, así como a la contabilización de valores inmateriales como consecuencia del proceso de evaluación global de la sociedad en funcionamiento. Dicha afluencia exigía la contraparte de un trato de favor en el plano fiscal que no impidiese la realización de la misma operación de fusión o escisión sin otra causa que el coste fiscal que la misma supondría para las empresas intervinientes y cuya instrumentación se hacía vía bonificación. Esta, podía concederse con el límite máximo del 99 por ciento de la cuota de los incrementos resultantes y su graduación era el objetivo del lento y pormenorizado trámite que se evacuaba ante la Comisión Informadora de Fusión de Empresas en cuyo resultado la evaluación por la Inspección de los Tributos de las plusvalías contabilizadas y los informes del Departamento del Ramo correspondiente sobre los efectos beneficiosos

que la operación traería para la Economía Nacional, eran, entre toda otra documentación que se creyera conveniente, datos necesarios para determinar la concesión o no de beneficios y el porcentaje en el que, en su caso, habrían de concederse. En concordancia con todo ello, no puede dejar de concluirse que el régimen fiscal constituía un elemento a considerar en el planteamiento de la viabilidad de la operación con independencia de la justificación puramente económica que ésta pudiera tener. En palabras de la Memoria arriba referenciada, ha de indicarse que : "Al amparo de la Ley 76/80, sobre Régimen Fiscal de las Fusiones de Empresas, se han concedido importantes beneficios fiscales de cuya justificación, efectividad y fundamento no siempre se ha tenido plena seguridad, pese al esmero de los órganos administrativos que impulsan el expediente que, evidentemente, supone un alto grado de intervención de la Administración en las actividades de los particulares".

Se reitera esta perspectiva en un interesante artículo de naturaleza editorial aparecido en los Cuadernos de Formación. Inspección de los Tributos nº 17 , editados por la Escuela de Hacienda Pública en el que expresamente se indica la "conveniencia de abandonar el incomprensible sistema de la Ley 76/80, tan solo postulado desde posturas paternalistas e intervencionistas, hoy en día periclitadas,...",

calificativos que no ahorran un claro rechazo hacia un sistema cuya entrada en vigor tampoco se aleja tanto en el tiempo. En este mismo sentido, el artículo prosigue denostando el procedimiento de concesión de beneficios e indica que "atrás quedarán las valoraciones de expertos, la determinación de dudosos fondos de comercio o de imprecisas marcas, la contravaloración de los agentes de la Administración, el descuadre de los valores para mantener la relación de canje en los términos pactados y, en fin, como grandioso colofón de tamaña procesión, la inapelable decisión acerca de los beneficios que para la economía nacional ha de suponer la operación ...", aspectos todos ellos indicativos de la conclusión que el examen del régimen de la Ley 76/80, que constituye el objeto de nuestro análisis, le merecen al autor de este editorial y que vienen a incidir en el fuerte grado de intervencionismo que dicha normativa tiene como consecuencia de su carácter instrumental de la actuación económica de los poderes públicos.

## **2. Discrecionalidad administrativa.**

Esta concepción intervencionista en la dinámica empresarial privada, queda, así mismo, reflejada cuando el texto normativo señala las condiciones que deben reunir las operaciones a las que pretende beneficiarse.

A pesar de reiterar parcialmente lo antes visto, debe insistirse en la argumentación seguida y así indicar como las condiciones que constituyen el frontispicio de la regulación fiscal se refieren al hecho de que las operaciones "mejoren la estructura productiva u organizativa de las Empresas", éstas "se integren en beneficio de la Economía Nacional" y no impliquen "restricciones a la libre competencia". Salvo esta última restricción, que debe entenderse plenamente vigente en virtud de las disposiciones relativas a la defensa de la competencia<sup>16</sup>, las dos primeras condiciones establecidas

---

<sup>16</sup> Una confirmación explícita a esto se obtiene de la lectura de la Exposición de Motivos de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas cuando se señala que: "Tal ausencia de intervención administrativa -frente a la Ley 76/80- ha de entenderse sin perjuicio de la que corresponde a los órganos españoles y comunitarios de Defensa de la Competencia, con el fin de evitar que mediante dichas operaciones se creen situaciones de dominio de mercado que puedan afectar al mantenimiento de una competencia efectiva en el mismo".

En este sentido, la Ley 16/89, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia establece una serie de limitaciones a toda operación en general de concentración de empresas que pueda suponer la creación o reforzamiento de una posición de dominio caracterizada por el elevado volumen de operaciones en términos absolutos (20000 mll.) o por el porcentaje alcanzado en el mercado del respectivo bien o servicio (25 % ), pudiendo decretarse por el Tribunal competente la improcedencia de la concentración, las medidas de fomento de la propia competencia y el régimen de sanciones aplicables a las empresas que incurran en contravención de lo dictado. Aquí, conceptos tales como mejora de las estructuras de comercialización o producción, fomento del progreso o interés de los consumidores o usuarios, que son determinantes de la decisión que deba adoptarse, pueden

introducen la utilización discrecional de la política fiscal en la desarrollo de la actividad económica empresarial al exigir un juicio valorativo sobre cuando se mejora la estructura productiva y cuando se hace en beneficio de esa Economía Nacional.

Conceptos, éstos, que son, en sentido estricto, indeterminados y que introducen en la resolución del expediente un importante margen de discrecionalidad en la actuación administrativa, tanto en la apreciación de su concurrencia como en la valoración que ésta merece, en cuanto que ésta debe ser la determinante del grado de beneficios a que una determinada operación resulta acreedora <sup>17</sup>. Piénsese que las razones que avalan una decisión de esta naturaleza desde el punto de vista económico pueden ser muy variadas, suponiéndose en todas ellas la existencia de un beneficio para las empresas como consecuencia del proceso de integración o, en su

---

pugnar con el de interés para la economía nacional.

<sup>17</sup> En este sentido, De la Hucha Celador con relación a la derogación de la ley 76/80 afirma que le merece una valoración positiva, "... sobre todo, de la eliminación de una de las características más sobresalientes de la Ley 76/80, cual era la absoluta discrecionalidad administrativa que presidía la concesión de los beneficios fiscales en las operaciones de fusión y escisión, especialmente en lo relativo al quantum de los mencionados beneficios".

De la Hucha Celador, F. "El nuevo régimen fiscal de las fusiones, escisiones, aportación de activos y canje de valores: estudio de la Ley 29/91, de 16 de diciembre". Rvta. Crónica Tributaria nº 62, 1992. Pag. 45.

caso, desintegración, suposición que se produce a nivel societario por lo que resulta extremadamente difícil trasladar dicha suposición a nivel económico general como para que de la misma haya de hacerse depender una decisión de tanta trascendencia para las entidades implicadas.

Dicha discrecionalidad sin duda se acentúa si tenemos en cuenta que pese al elevado grado de intervencionismo administrativo en la tramitación de la solicitud, los contribuyentes interesados no pueden conocer por adelantado la intención que la Administración va a desplegar en el examen de la petición de beneficios fiscales, por lo que han de iniciar su proyecto sin garantía alguna del grado de beneficios que pueden obtenerse por lo que, tal vez, la operación podría frustrarse si aquel no fuera lo suficientemente elevado como para soslayar el coste fiscal inherente a las plusvalías que se pongan de manifiesto.

Sin perjuicio de volver en su momento cuando se desarrolle el examen del contenido subjetivo de la fusión a la debatida cuestión de la condición suspensiva bajo la que deben adoptarse los acuerdos de fusión, sí resulta obligado ligar la nota de discrecionalidad con la de ausencia de compromiso formal alguno por parte de la Administración en orden a delimitar los posibles beneficios que deberían arrogarse a una determinada

operación de modo que los interesados pudieran formar un criterio previo al inicio del conjunto de operaciones que toda fusión o escisión conlleva.

La legislación anterior a la aquí examinada sí contenía una posibilidad al regular la formulación de proyectos de fusión (Regla 2ª 1.1 d. de la OM de 24 de abril de 1972) que permitirían conocer a los interesados los beneficios fiscales que podrían obtenerse en una operación real similar a la planteada, con lo que la incertidumbre derivada de la discrecionalidad a la hora de valorar el grado de beneficios que podrían otorgarse queda eliminada. A una situación similar parece llegarse cuando la Ley 83/68, de 5 de diciembre, de fusión de sociedades acogidas al régimen de acción concertada se refiere a: "... los casos de fusión de sociedades ... en los que se declaren de aplicación cualesquiera beneficios fiscales reconocidos por las disposiciones vigentes ..." (artículo único), con lo que parece estar aludiéndose a fusiones en las que los beneficios fiscales han sido previamente reconocidos a la efectiva realización de aquélla como consecuencia de un proyecto de fusión.

Como quiera que esta vía no se recoge en la normativa comentada, se ha pretendido derivar la cuestión hacia el planteamiento de una consulta administrativa que permitiese adoptar los acuerdos sociales con pleno

conocimiento de cual es la posición de la administración al respecto sin perjuicio de que ésta postura no surtiese validez sino hasta que efectivamente se adoptasen los pertinentes acuerdos y se siguiese el procedimiento previsto. Por ello se ha consultado cuál sería el grado de beneficios fiscales que podría otorgarse en un supuesto fáctico concreto, dado la ausencia de baremos u otros elementos objetivos que permitan a los contribuyentes cuantificar aproximadamente estos beneficios antes de iniciar un determinado proceso. El hecho de que en la oportuna contestación a la anterior consulta se haya producido un pronunciamiento lo mas favorable posible a los intereses del contribuyente, al atribuirse aquéllos beneficios en su grado máximo, no permite considerar que se trata de una situación aceptable en términos generales, todo ello consecuencia de dicha indefinición previa. Prueba de esta ambigüedad es la contestación de 12 de mayo de 1986 de la Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda en la que, expresamente, se concluye: "...en consecuencia, en base a los beneficios que a la Economía Nacional puede reportar una operación como la presente,..., los beneficios fiscales a otorgar serán los señalados en las normas citadas en su grado máximo,...", sin que se aporten mayores precisiones sobre los criterios o razones que determinan tal conclusión.

Resulta interesante resaltar que la contestación utiliza la expresión "puede reportar", en lugar de la mas directa "reporta", lo que es sin duda sintomático de la desconexión entre el proceso de concesión de beneficios fiscales, al menos en su aspecto reglado, y la base económica de la misma, así como del desconocimiento preciso de las implicaciones que la operación tiene en términos de economía nacional, a la que "puede beneficiar", por utilizar una expresión paralela a la de la contestación, las cuales constituyen, precisamente, la razón de ser del régimen de beneficios fiscales que a aquélla puede concedersele.

### **3. Procedimiento reglado y discrecionalidad.**

Por otra parte, no debe olvidarse que nos encontramos ante una situación reglada, como se desprende de la redacción legal: "las operaciones...que satisfagan las condiciones y requisitos...gozarán...", y, de forma mas clara, del texto reglamentario cuando señala que: "El ministro...concederá los beneficios...", sin que ni en una ni en otra referencia se encuentre razón que permita rechazar una solicitud, lo que constituye, sin duda, una garantía para el contribuyente, por lo que la citada discrecionalidad merma sustancialmente y, si cabe, de

forma mas grave aquellas garantías del contribuyente en esta particular esfera de actuación.

Como indica Cadarso Gargallo <sup>18</sup> "el artículo primero de la Ley determina de forma clara e imperativa que las fusiones de empresas que satisfagan las condiciones y requisitos establecidos en la Ley gozarán del tratamiento tributario que en la misma se establece. Tal como aparece redactado el punto uno de dicho artículo, constituye un tratamiento de aplicación imperativo...", sosteniéndose tal afirmación sobre los propios términos del informe de la Ponencia del Congreso de los Diputados encargada del estudio del Proyecto de Ley: "... carece de sentido que el otorgamiento del tratamiento tributario especial ... pueda ser de aplicación meramente facultativa. Por el contrario, constituye un tratamiento de aplicación imperativo siempre que se cumplan los requisitos y condiciones ..."

A este respecto, debe tenerse en cuenta que el sometimiento o no al marco de la Ley sobre el Régimen Fiscal de Fusiones de Empresas es de naturaleza voluntaria, como se indica en contestación de la Administración de 15 de julio de 1981 que señala:

---

<sup>18</sup> Cadarso Gargallo, Pedro. "Régimen fiscal en favor de la concentración de empresas". Rvta. Española de Financiación y Contabilidad nº 37 y 38, 1982. Pag 72.

"...4º Las operaciones de fusión de empresas pueden llevarse a término por dos vías:

a) acogiéndose a la Ley 76/1980, de 26 de diciembre, sobre Regimen Fiscal de las Fusiones de Empresas.

b) sin acogerse a ningún tipo de legislación fiscal especial.

Para acogerse a la Ley 76/1980,..., se han de cumplir todos y cada uno de los requisitos en ella establecidos...

En el supuesto de cumplir con los requisitos determinados en ..., las empresas que intervengan en la operación de fusión gozarán del tratamiento tributario especial que en la misma se establece...

De no acogerse a la legislación especial establecida por la ley mencionada les será de aplicación la legislación fiscal general reguladora de dichos impuestos."

No obstante esta clara contestación, también es posible encontrar ciertas manifestaciones que inducen la idea de que el sometimiento o no al régimen trae

consecuencias distintas de la simple ausencia de los beneficios fiscales aplicables a dicha operación. En concreto, la contestación de 28 de febrero de 1984 y su escrito aclaratorio de 21 de marzo siguiente vinculan la continuación del disfrute de los beneficios propios de las sociedades dedicadas a la investigación y explotación de hidrocarburos, obtenidos conforme a su legislación específica, a que el proceso de fusión de dos de estas compañías se produzca "... con arreglo a lo establecido en la Ley 76/80, ..., y obtenga los beneficios mencionados en la misma.", de donde parece desprenderse que el régimen específico de dichas empresas solo podrá seguir disfrutándose en la medida en que el proceso de fusión no sólo se haga con sujeción a la Ley 76/80, sino que también con obtención de los beneficios que ésta determina.

Pese a ello, si se admite, como realmente no puede ser de otra forma, la existencia de la posibilidad de usar la vía señalada en la normativa sobre su régimen fiscal, con sometimiento a los requisitos en ésta exigidos, y, en consecuencia, gozando de los beneficios en la medida en que se cumplan con los referidos requisitos, o, por el contrario, de no acogerse a ningún tipo de legislación especial satisfaciendo cuantos tributos se produzcan con ocasión de las correspondientes

operaciones, debería admitirse que, si el contribuyente opta por acogerse a aquel, la decisión sobre su procedencia y sobre la cuantía de tales beneficios no pueda abandonarse a la absoluta discrecionalidad de la Administración Tributaria, sino que, por el contrario, sea conveniente que en garantía de todos se fijasen normativamente unos criterios tasados de evaluación de la oportunidad de la operación y de la trascendencia cuantitativa que ésta revista, vinculando, estos resultados al grado de beneficios que en cada caso, esa determinada operación vaya a disfrutar.

Una aproximación semejante a la anterior orientación ha sido propugnada por, entre otros, Mateu-Ros Cerezo <sup>19</sup> que parte admitiendo el hecho de que la discrecionalidad sea una nota común a la legislación sobre los beneficios fiscales aplicables a la concentración de empresas para indicar que dicha discrecionalidad puede y debe ser objeto de un control. Control que incidiría no sólo en los elementos reglados que existen en todo acto discrecional y en la aplicación de la teoría de la desviación de poder, supuestos comunes a cualquier esfera del devenir administrativo, sino que

---

<sup>19</sup> Mateu-Ros Cerezo, Rafael." Regimen fiscal de la escisión de sociedades". Rvta Hacienda Pública Española nº 74. "La fusión y la escisión como operaciones societarias sujetas a un régimen tributario especial". Capítulo XXI.

también debería referirse a la constatación de los hechos determinantes de la aplicación del régimen especial de beneficios tributarios. Por ello, aspectos tales como la mejora de las estructuras productivas, el no implicar restricciones de la competencia o el carácter beneficioso que la operación ha de tener para la economía nacional no han de quedar a la absoluta arbitrariedad de la Administración sino que, en la medida en que son susceptibles de objetivización, constituyen un elemento cuasi reglado del acto administrativo y por lo tanto sobre el que resultaría posible establecer dicho control de legalidad. Pese a ello, ha de reconocerse que aun admitiendo esta construcción con la intención de recortar el margen de maniobrabilidad de que la Administración dispone a la hora de juzgar cuando se producen dichos hechos constitutivos del régimen, la discrecionalidad de que aquélla goza en el momento de establecer la graduación de los beneficios es enormemente amplio, sin que la apelación al concepto de "régimen fiscal especial" como concepto unitario permita por sí misma impedir la expresa determinación del grado en el que han de reconocerse dichos beneficios en cada figura tributaria, y esto, a su vez, sin perjuicio de que no pueda llevarse a cabo una aplicación parcial de aquel.

Expresamente indican los autores Bertrán Mendizabal y Clar Garáu en su obra sobre la Escisión de

sociedades <sup>20</sup> como "... la Administración puede conceder una bonificación de hasta el 99 por ciento de la cuota de los impuestos sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, impuestos sobre sociedades y sobre la renta de las personas físicas e impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos. Una vez mas surge aquí el amplisimo margen de discrecionalidad de que goza la Administración, pues si la legislación anterior - a la Ley 76/80-preveía una exención total de los impuestos correspondientes para el caso de que se concedieran los beneficios fiscales, hoy en día se habla de una bonificación de hasta el 99 por ciento. La Administración puede así conceder o no los beneficios fiscales..., pero ademas puede fijar su cuantía dentro de límites amplisimos. Ello, evidentemente, crea una notable inseguridad en el administrado, que ... desconoce no sólo si le serán otorgados sino también en qué grado y cuantía...". Con todo ello no se hace sino remarcar la postura doctrinal, compartida a lo largo de esta líneas, que insiste en la indeterminación que el régimen fiscal encierra en cuanto que abandona a criterios de difícil explicitación la exacta determinación de los beneficios aplicables a las operaciones que se sometan a él. Dicha

---

<sup>20</sup> Bertrán Mendizabal, F. y Clar Garáu, R. "La escisión de sociedades". Rvta. Crónica Tributaria nº 37. Pag. 53.

indeterminación no es fruto casual sino la obligada consecuencia de la discrecionalidad administrativa en la materia que, de esta forma, goza de la mas amplia libertad para orientar las fusiones de acuerdo con los criterios de política económica imperantes en cada ocasión y que, como hemos apuntado, son razón de ser del mismo régimen fiscal.

A este respecto, una interesante superación del problema y que, en consecuencia, merece especial consideración es lo dispuesto en la Disposición Transitoria 5ª de la Ley 33/84, de 2 de agosto, de Ordenación del Seguro Privado. Referencia de la misma es el contenido de la contestación de 22 de mayo de 1985, cuyo número segundo realiza una estimación objetiva del cumplimiento de los anteriores requisitos cuando se trata de las operaciones que las entidades de seguros y reaseguros realicen en exigencia de lo preceptuado en la propia Ley. Así, expresamente se señala: "Las operaciones de fusión o escisión de entidades de seguros o reaseguros realizadas dentro del plazo señalado en el número 1 - tres años contados a partir de la publicación de la ley en el Boletín Oficial -, se estimarán que comportan mejora de sus estructuras productivas y organizativas sin restricción a la libre competencia y en beneficio de la economía nacional, y gozarán en su grado máximo de los beneficios concedidos por la Ley 76/80,..", con lo que se

obvia la inseguridad antes citada a la hora de presentar la solicitud de obtención de los beneficios, dada la expresa consideración que estas operaciones reciben, y el grado en el que aquéllos se concederán.

Idéntico criterio al aquí recogido es el que informa la Ley sobre el régimen fiscal de Cooperativas, en el que expresamente se manifiesta:

"Las operaciones de fusión o escisión realizadas por las cooperativas al amparo de lo dispuesto por la Ley 76/80, de 26 de diciembre, disfrutarán de los beneficios fiscales previstos en dicha Ley en su grado máximo" <sup>21</sup>.

#### **4. A modo de resumen.**

En conclusión, puede afirmarse que el planteamiento de la normativa de fusiones y escisiones de empresas comprendida en la Ley 76/80 y disposiciones que la desarrollan viene caracterizado por su vocación de fomento y, en consecuencia, de intervención en la realización de actividad económica. Dicha intervención "exige", en un sentido favorable del término, un margen de discrecionalidad sin el cual no podría graduarse el

---

<sup>21</sup> Artículo 33 apartado sexto de la Ley 20/90, de 19 de diciembre, sobre el Régimen Fiscal de las Cooperativas.

incentivo que en cada caso resulte aplicable a cada operación concreta. Pero dicha discrecionalidad supone un importante grado de incertidumbre para los sujetos afectados que ven condicionadas sus decisiones económicas por el desconocimiento de los beneficios fiscales que pueden atribuirse a la operación para hacer frente a las plusvalías que el procedimiento exige aflorar, condicionado la viabilidad misma de la operación y, por tanto, quebrando la neutralidad que debe predicarse de las normnas fiscales en general.

### III.- AMBITO OBJETIVO.

#### 1. Conceptualización de la fusión como operación societaria.

La operación de fusión de sociedades tradicionalmente ha venido siendo conceptuada por la doctrina <sup>22</sup> como un acto de naturaleza corporativa que implica la confusión tanto de los patrimonios de las sociedades mercantiles intervinientes como de sus socios respectivos, exigiéndose que en dicho proceso se extinguiesen todas o algunas de aquéllas.

Esta idea marca los rasgos esenciales que delimitan y caracterizan la figura de la fusión frente a otros supuestos mas o menos próximos. Toda operación para que pueda calificarse de fusión requiere la existencia de una traslación de patrimonio, que esa traslación lleve aparejada la incorporación de los socios de una de las sociedades, la que se extingue, a la otra, la que pervive, y que esta operación, a su vez, se produzca en

---

<sup>22</sup> La definición en su primera formulación corresponde al profesor Rodrigo Uría en su obra "La fusión de sociedades mercantiles en el Derecho Español" - Rvta. de Derecho Mercantil 1946-, siendo recogida por la totalidad de la doctrina e inspirando la misma redacción del artículo 142 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, a la que precede en varios años.

el marco esencialmente corporativo de la sociedad, sin solución de continuidad. La consecuencia directa de esta definición es la exclusión de otra formulación de tipo meramente contractual, por cuanto que resulta insuficiente dicha consideración de la fusión como un contrato o pacto entre sociedades en virtud del cual se produce la enajenación de los elementos patrimoniales integrantes de alguna o algunas de las sociedades en beneficio de otra u otras para explicar el conjunto de relaciones jurídicas que se suceden en la operación y las diversas consecuencias que de ella se derivan para las propias sociedades, los socios y los terceros a ellas.

De este modo, los rasgos que se contienen en esta concepción dominante nos introducen en el planteamiento de la fusión como operación societaria que implica la realización de una sucesión de naturaleza universal, caracterizada por la necesaria proporcionalidad que debe revestir la operación en virtud de la cual unos accionistas entregan su participación para recibir a cambio derechos sobre otros bienes y, entre otras consideraciones, por la obligatoria disolución, que no liquidación, de la sociedad y la determinación del momento a partir del cual la sociedad absorbente hace suyos los resultados de la disuelta. Cuestiones que presentan una trascendencia fiscal y a las

que habrá de volverse pormenorizadamente a lo largo de las siguientes líneas.

Nuestra legislación mercantil recoge la fusión en los artículos 142 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 en términos coincidentes con la construcción doctrinal antes apuntada, al señalar como rasgos significativos la "disolución y el traspaso en bloque de los respectivos patrimonios ... recibiendo - los socios- un número de acciones proporcional a sus respectivas participaciones ...". La modificación operada por la Ley 19/89, de 25 de julio de adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la Comunidad Económica Europea, en vigor según su Disposición Final Tercera a partir de 1 de enero de 1990, no hace sino corroborar y afirmar mas la concepción de la fusión que hemos visto, por cuanto la nueva redacción del precitado artículo agrega expresamente la universalidad de la fusión: "... transmisión en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad que haya de adquirir por sucesión universal los derechos y obligaciones de aquéllas". En esta línea como no podía ser de otra forma se expresa el artículo 233 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por RD Legislativo 1564/89, de 22 de diciembre, cuya identidad nos exime de su transcripción literal.

Por su parte, la normativa fiscal por lo que a la operación de fusión se refiere ha seguido las diversas vicisitudes experimentadas por la legislación mercantil. Hasta el primero de enero de 1990, la Ley 76/80 configuraba dos formas de fusión: la fusión por creación de una nueva sociedad y la fusión por absorción por parte de una sociedad preexistente. Dicha división era principalmente de índole formal pues no afectaba a la esencia del proyecto de fusión por lo que no resulta necesario ninguna puntualización al respecto cuando se proceda al examen de los diversos puntos que surgen en relación con esta operación societaria.

## **2. Fusión impropia.**

Vistos estos rasgos iniciales del concepto de fusión resulta interesante detenernos en un aspecto que ha ocasionado un viva polémica durante largo tiempo mantenida. Nos referimos al problema suscitado en torno a la posibilidad o no de inclusión de la fusión cuando la sociedad absorbente posee la totalidad de las acciones de la absorbida, supuesto conocido como fusión impropia.

En la actualidad y tras las reformas operadas en el ámbito mercantil y fiscal la consideración de la operación como fusión no ofrece dudas. Así, el RD Ley 7/89, de 29 de diciembre modifica el artículo segundo de

la antedicha norma fiscal y exterioriza este tercer supuesto, que no obstante estaba ya contemplado en el ámbito fiscal - Ley 76/80, art. 2.3 - atribuyéndole la misma consideración que la fusión aunque fuese introducido, permítaseme decirlo, por la puerta falsa al señalarse: "No obstante, ...cuando la sociedad absorbente posea la totalidad del capital de la sociedad o sociedades absorbidas también se considerará la operación como fusión...". Expresiones tales como "no obstante" y "también se considerará", parecen revelar un cierto presupuesto del legislador de que no se trata de una efectiva operación de fusión aunque vaya a dársele dicho tratamiento y cuya razón no es otra que la propia situación anterior en la que se había negado desde distintos sectores tal solución.

Finalmente, puede señalarse que la Ley 29/91, de 16 de diciembre de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas de las Comunidades Europeas, que ha introducido un nuevo régimen tributario sin solución alguna de continuidad con el anterior, mantiene por contra los tres supuestos aquí recogidos como propios de fusión, mostrando a este respecto la estabilidad de la formulación de la fusión.

En el plano mercantil, la operación sólo se recoge en el artículo 250 del nuevo texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas para indicar el menor número

de exigencias de información y requisitos que son necesarios con relación al régimen normal de fusión, sin que merezca una especial referencia a ella como supuesto especial de fusión con lo que le da carta de naturaleza sin ninguna especialidad.

A este respecto conviene señalar que la normativa mercantil previa no se pronunciaba expresamente al respecto, permitiendo la discrepancia doctrinal. Con anterioridad a la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, el Profesor Uría se manifestaba en contra de esta posibilidad arguyendo que en el caso de titularidad de todas las acciones "... se producía una unión tan íntima entre las sociedades que quebraba la autonomía jurídica de la sociedad dominada en términos casi absolutos" <sup>23</sup>. Con la aprobación de la Ley no se altera la opinión, entendiéndose que no hay un supuesto de fusión por mas que en muchos casos la confusión de patrimonios sea absoluta cuando se posea la totalidad de las acciones o incluso cuando tras ésta se disuelva la sociedad participada con lo que se habrá asumido el patrimonio, aunque en este caso tampoco habrá entrega de acciones a los socios de la que se disuelve sino que dicho patrimonio se incorporará

---

<sup>23</sup> Cita al profesor Uría recogida en el interesante trabajo realizado por Huesca Boadilla, Ricardo: "La fusión de sociedades en el ITP y AJD tras la aprobación de la nueva Ley de Sociedades Anónimas". Rvta. CISS. Pag. 47.

vía liquidación. En definitiva, ha de rechazarse tal posibilidad al entender que pese a darse la confusión de patrimonios, ésta no iba seguida de una confusión de los accionistas que ya eran los mismos con anterioridad, no habiendo incorporación de accionistas vendedores a la nueva sociedad.

Frente a esta posición, para otros autores la incorporación de nuevos socios no es un elemento constitutivo de la fusión pudiendo no darse como en el caso que nos ocupa. Así, Sanchez Oliván <sup>24</sup>, recogiendo entre otras opiniones las de la moderna doctrina representada por Velasco Alonso y De la Cámara, indica que "... la agrupación de socios es sólo un efecto normal, pero no esencial de la fusión, con lo que ya puede hablarse de fusión incluso cuando la sociedad absorbente es el único socio de la absorbida, ya que la incorporación de nuevos socios es solo una necesidad derivada del efecto esencial...". Este mismo autor entiende que lo que caracteriza la fusión es la consolidación de patrimonios con disolución de alguna o algunas sociedades, siendo la propia dicción legal del artículo 142 de la Ley del 51 una prueba del carácter no

---

<sup>24</sup> Sanchez Oliván, J. "La fusión de sociedades. Estudio jurídico, económico y fiscal" Edersa 1989. Pag. 53 y ss.

esencial del aumento de capital de la absorbente y, en consecuencia, de la incorporación de otros accionistas al señalarse: "... aumentando, en su caso, el capital en la cuantía que proceda".

Prueba de la controversia suscitada en torno a la posibilidad o no de admisión el concepto de fusión impropia y a pesar de que tanto la ley como el reglamento fiscal expresamente se refieren a ella en los siguientes términos: "El hecho de que la sociedad absorbente posea ya la totalidad o parte del capital de las empresas absorbidas no será óbice para que la operación se considere, a estos efectos, como de fusión" -art. 2 del texto reglamentario-, es que en determinados momentos por parte de alguna instancia de la propia Administración no se defendió esta postura, al argumentarse que no se cumplían la totalidad de los requisitos exigidos por la normativa fiscal para definir el concepto de fusión.

En particular, sobre la base del artículo 15.2 del antiguo texto refundido del Impuesto sobre Sociedades, de 6 de abril de 1967, que excluía la aplicación del valor de mercado como criterio valorativo cuando las respectivas transmisiones se produjesen en la fusión de sociedades "... en los que mediante cualquiera de las modalidades admitidas en las leyes se produzca, además del traspaso del patrimonio o patrimonios, la agrupación en una sola entidad de los socios o accionistas

respectivos con disolución de alguna o todas las sociedades preexistentes", se interpretaba inexistente la fusión cuando no hubiera tal agrupación personal. En este sentido, la contestación de la Dirección General de Tributos de 5 de diciembre de 1977 decía: "Si la sociedad absorbente posee el 100 por ciento de la absorbida, mas que una operación de fusión lo que ocurre es simplemente una disolución, pudiendo, en este caso, aplicarse el valor de mercado para determinar el valor computable de los elementos que puedan cederse", siendo reiterados sus términos en contestación nuevamente de 19 de junio de 1978 que indicaba: "Cuando la participación de la absorbente en la absorbida es del 100 por ciento, la operación no es de fusión, sino que es en realidad una liquidación de la sociedad absorbida. Bajo esta consideración cabría aplicar el valor de mercado a los distintos bienes para la cuantificación de la plusvalía objeto de gravamen".

De acuerdo con estas interpretaciones, la opinión administrativa pretendía fijar un mayor control y rigurosidad en el examen de las operaciones de fusión cuando las sociedades implicadas presentaban una integración total en su capital. De hecho, sobre la base del antedicho artículo del texto refundido del Impuesto sobre Sociedades pretendía extenderse el gravamen sobre

estas operaciones frente al conjunto de las fusiones que podríamos denominar como "propias".

Frente a esto, a resultas de las modificaciones operadas en el ámbito legislativo -Ley 76/80- otros órganos administrativos mantienen una posición contraria como se pone de manifiesto en la necesaria -dada la controversia mantenida entre un contribuyente y la Administración sobre este punto- Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 4 de octubre de 1985, que revoca parcialmente el acuerdo del Tribunal Económico Administrativo provincial correspondiente y, en consecuencia, la pretensión de los órganos de gestión que reclamaban la liquidación del Impuesto sobre Sociedades correspondiente al ejercicio de 1968, y que, según sus palabras, indica: "... a tenor de lo cual, la agrupación en una sola entidad de los socios o accionistas no es un requisito esencial para que la fusión exista, pues si esta incorporación normalmente se consigue mediante la entrega de acciones de la sociedad absorbente .... a los socios de la absorbida, ese acuerdo de incrementar el capital social puede no darse, según se deduce de la lectura del artículo 142 de la Ley de Sociedades Anónimas, en el que se dice que la sociedad aumentará su capital "en su caso", con lo que se apunta indirectamente la posibilidad de no hacerlo como ocurre en los supuestos de que la sociedad absorbente tenga acciones propias en

su cartera o cuando posea todas las acciones de la absorbida, como en este caso".

En este sentido, el propio profesor Uría reconoce que la ampliación en algunos casos no resulta necesaria, bien porque la sociedad absorbente tenga acciones en cartera, bien porque sea titular de acciones propias con arreglo al artículo 47 de su texto regulador. Si esto es así, no hay ningún obstáculo para incluir este supuesto -control del 100 por cien del capital de la absorbida- entre los supuestos en los que no es necesario incrementar el capital en la operación de fusión, concluyéndose que el aumento de capital no constituye un elemento necesario o imprescindible para que pueda hablarse de tal operación. En esta dirección aboga De la Cámara.<sup>25</sup>

Aun más, Sanchez Oliván entiende que la exclusión por parte de los tratadistas mercantiles de la esfera de la fusión a esta modalidad impropia es mas a efectos de facilitar la concentración empresarial fuera de las estrictas normas que a toda fusión le resultan de

---

<sup>25</sup> Sin embargo en otras ocasiones, la ampliación de capital sí se ha considerado como una consecuencia necesaria de la fusión como sucede en la Resolución de la DG del Registros y del Notariado de 26 de noviembre de 1971. Tal vez en este caso, la nota de necesidad resulta de la contraposición con otras modificaciones estatutarias que se producen en la fusión, como son el cambio de denominación de la sociedad absorbente.

aplicación que por una oposición frontal con su concepto. Nótese que la regulación actual excluye ciertas garantías a terceros -requisitos para la sociedad- cuando de esta fusión se trata.

Por ello, este mismo autor concluye que resulta erróneo, y así ha sido reconocido en la resolución del tribunal citada, la inicial postura administrativa que pretendía ver en ese trato mercantil una base suficiente para "... dejar entrever bases de gravamen". La Ley 76/80 supera efectivamente esta posición y equipara, como hemos visto, la fusión impropia con el resto de las fusiones en las que no se produce esa confusión absoluta en el capital.

### **3. Delimitación de la operación de escisión.**

Frente a esta identidad entre las legislaciones mercantil y tributaria al definir y caracterizar la fusión de sociedades, la operación de escisión es una desconocida en el mundo del derecho sustantivo, si a lo fiscal puede aplicarse el término adjetivo. Ciertamente que ni el Código de Comercio ni la Ley de Sociedades Anónimas contemplan la figura de escisión de sociedades,

planteándose por una parte de la doctrina <sup>26</sup> la dificultad de admitir tal instituto sin modificaciones legales. Por contra, Duque Dominguez argumenta en favor de su admisión sobre la base interpretativa el artículo 155 de la Ley de Sociedades Anónimas que alude a la existencia de otros supuestos distintos a la absorción que suponen la disolución sin liquidación y que igualmente implican la transmisión global el activo y del pasivo. De acuerdo con sus palabras, se concluye: "Es indudable, pues, que el artículo 155, adquiere, cualquiera que haya podido ser su origen, un sentido autónomo, ... Por lo tanto, cabe concluir, con la doctrina española, que el Derecho español de Sociedades Anónimas conoce una operación mediante la cual una sociedad anónima puede transmitir globalmente su activo y su pasivo, disolviéndose y omitiéndose simultáneamente las formalidades de la liquidación, pero sin que ese procedimiento se identifique con alguna de las modalidades de la fusión que el derecho español conoce ... (por lo que) se hace necesario buscar las diferencias

---

<sup>26</sup> Entre otros, Girón Tena y De la Cámara. Este último sostiene una posición intermedia reconociendo "no haber pretendido afirmar categóricamente la viabilidad de la escisión en nuestro Derecho vigente", aunque señala las posibles argumentaciones para su consideración como una operación societaria en equivalencia con la fusión. De la Cámara, M. "Estudios de Derecho Mercantil". Vol. II. Pag. 467 y siguientes.

que separan ... la fusión de esta autónoma figura de cesión global de activo y pasivo sin liquidación" <sup>27</sup>.

Pese a dicha ausencia, la hoy ya derogada legislación sobre Cooperativas -Ley 52/74, de 19 de diciembre y Reglamento de desarrollo, RD 2710/78, de 16 de noviembre - admitían y reglamentaban la escisión y desdoblamiento de estas entidades señalando que "el desdoblamiento de una cooperativa en dos o mas se someterá a las reglas que en garantía de los diversos intereses en juego se establezcan reglamentariamente" (art. 45.3 de la Ley), añadiéndose, con mención expresa a la operación, que son "... causas de disolución de una cooperativa: ... g) la escisión o desdoblamiento que afecte a todos los socios y a todo el patrimonio cooperativo" (art. 44 del mismo texto legal). De esta forma queda claramente expuesto el reconocimiento del instituto de la escisión por la legislación sobre cooperativas con anterioridad a que con caracter general se haga en la normativa fiscal y mucho antes que sea reglamentado el mismo por la legislación mercantil.

Pero es sin duda la norma fiscal la que recoge con caracter general, no limitado a un especial tipo de

---

<sup>27</sup> Duque Dominguez, JF. "La escisión de Sociedades", en la obra colectiva "Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría". Madrid 1978. Pag. 153.

sociedades, esta figura cuya "...justificación teórica ... radica en que las sociedades precisan en ocasiones su adaptación a las situaciones económicas del momento mediante procesos de división de sus patrimonios, que se transmiten a otras sociedades ... continuadoras con los elementos aportados de la actividad que venía desarrollando la sociedad extinguida" , como reza su Exposición de Motivos.

Con anterioridad a la ley 76/80, El DLey 3/66, de 3 de octubre, regula las exenciones previstas para la concentración de empresas, ampliándose su aplicación en el artículo 12 a los supuestos previstos de disolución de una sociedad y aportación de sus elementos a otra y a la segregación de establecimientos industriales de sociedades o empresas aunque no procedan a su disolución, para su integración posterior en otros preexistentes o de nueva creación y siempre que con ello se consiga una mejora de la estructura productiva del sector.

Mas aun, como acertadamente se indica por los autores, a pesar que la regulación es eminentemente fiscal, de modo que puede tender a identificarse la regulación de la escisión con los beneficios tributarios que se conceden en determinados supuestos, dicha tendencia en ningún caso puede poner en tela de juicio la posibilidad de la institución de la escisión en el plano jurídico mercantil y ello por mas que la regulación de

los aspectos no fiscales no sea mas que parcial y mediante remisiones. Para Mateu-Ros, esta conclusión se produce aun en el caso que no se concedan los beneficios tributarios o estos no se soliciten, llevándose a cabo la fusión de espaldas al procedimiento que la propia normativa señala. Así, este autor indica que <sup>28</sup> "... su viabilidad jurídico privada resulta incuestionable, de tal modo que sin necesidad de autorización o fiscalización administrativa alguna, sin los requisitos y condiciones impuestos por la legislación fiscal vigente -la referencia es a la legislación de 1980-, cualquiera de las modalidades de la escisión ... pueden llevarse a cabo, con plena eficacia jurídica, ...". Por su parte, Bertrán Mendizabal y Clar Garáu concluyen que "... no debería haberse seguido este camino para la introducción o legalización de la escisión de sociedades, ... , pero el hecho esta ahí. Ha nacido una nueva criatura jurídica" <sup>29</sup>.

Siguiendo, por lo tanto, nuestra normativa fiscal la escisión reviste dos principales modalidades. La que podemos denominar escisión total o plena, que comporta la disolución de la sociedad que se escinde con

---

<sup>28</sup> Mateu Ros Cerezo, R. "Régimen fiscal de la escisión de sociedades". Rvta. Hacienda Pública Española nº 74, 1982. Pag. 148.

<sup>29</sup> Op. cit. pag. 46.

traspaso del patrimonio a otras sociedades beneficiarias con recepción por parte de los socios de la escindida de valores en proporción al importe de aquel, y la escisión parcial que no implica la disolución sino el traspaso de uno o varios bloques de su patrimonio a cambio de aquellas acciones, las cuales podrán permanecer en su activo o bien ser entregadas a los socios lo que, en este último caso, implicará la reducción de capital en la misma cuantía.

Dicha configuración de la escisión coincide plenamente con la regulación en vigor a partir del primero de enero de 1992 consecuencia de la modificación operada por la Ley 29/91, de 16 de diciembre, que mantiene la dualidad entre escisión total y parcial. Resulta interesante señalar que la modificación operada por el RD Ley 7/89, de 29 de diciembre, por el que se da nueva redacción a determinados artículos de la Ley 76/80 a partir de uno de enero de 1990 altera el régimen previo en lo referente al supuesto de escisión parcial cuando los títulos recibidos se mantienen en el activo de la sociedad escindida y no se entregan a los socios de ésta. Doctrinalmente la figura atendía a la denominación de escisión parcial impropia o "filialización" <sup>30</sup>, teniendo como nota diferenciadora respecto de los otros supuestos

---

<sup>30</sup> Burgos, Jose Manuel y otros. "Reforma de la Legislación Mercantil". Madrid 1989.

de escisión la ausencia de una integración de los socios de la entidad escindida en la o las beneficiarias.

Como tal, esta modalidad de escisión desaparece a partir de 1990 por cuanto que la recepción de títulos obtenidos a cambio de una aportación del patrimonio que se mantienen en el activo de la sociedad escindida se califica no de escisión sino de "simple aportación de activos", disponiéndose la aplicación del régimen tributario general -DA 6ª del RD Ley 7/89 ya citado-. La diferencia entre ambas figuras la establece la norma en la atribución o no a los socios de las acciones recibidas con la consiguiente reducción de capital de la escindida: solo habrá escisión cuando aquélla se produzca. Paradójicamente, la Ley 29/91 al regular fiscalmente la escisión en armonía con las disposiciones comunitarias se refiere a una denominada "aportación no dineraria de rama de actividad", por la cual una entidad sin ser disuelta aporta la totalidad o una o mas ramas de actividad a otra que las recibe a cambio de valores representativos de su capital social. Concepto que entendemos coincidente con el previo de escisión parcial impropia, excluído del ámbito de la protección durante los años 1990/1991 y nuevamente incluído entre las operaciones a las que resulta aplicable el régimen fiscal especial a partir del ejercicio 1992, aunque no reciba ya la denominación de escisión sino que gane autonomía, al menos nominal. Dicha

situación se produce no por extraño capricho del legislador sino que como obligada consecuencia de la subordinación que la norma fiscal ha de presentar respecto de la mercantil, que expresamente configura la escisión con atribución de las acciones recibidas a los propios socios -artículo 252 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas-, por lo que siendo conveniente recoger dicha figura de la escisión parcial impropia, como antes la hemos denominado, ha de serlo de forma específica por mas que con anterioridad viniese perfectamente configurada como un supuesto especial de la escisión parcial. De hecho, la razón última de esta desaparición debemos encontrarla en la trasposición en sus mismos términos de la Sexta Directiva de las Comunidades Europeas -Directiva 82/891/CEE- que no reconoce esta variedad de escisión. En el Proyecto de Ley de adaptación de la legislación mercantil, que daría lugar a la Ley 19/89 ya citada, sí se contenía una referencia a esta modalidad impropia de escisión parcial, aunque en el trámite del Senado y mediante una enmienda se suprimió toda referencia a ella, con la consecuencia obligada de su expulsión del ámbito de la escisión para venir a regularse dentro del marco general de las aportaciones no dinerarias entre sociedades.

Para terminar la referencia que hemos realizado a la operación de escisión, debe, insistirse, en la

necesidad de considerar ésta como tal operación societaria, por mas que la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 no lo haya hecho. Para Duque Dominguez dicha omisión no es sinónimo de inadmisibilidad en la norma mercantil. De hecho, esa "fusión al revés" como el indicado autor la denomina, coincide con la fusión en sus efectos jurídicos fundamentales: sucesión a título universal en la transmisión patrimonial que comporta, sin que las diferencias que en alguna de sus modalidades existen -no disolución de las sociedades en la escisión parcial, no entrega de las acciones recibidas de la absorbente- son lo suficientemente significativas como para desvirtuar esa equiparación.

En esta línea, Albiñana Cilveti <sup>31</sup> indica que lo "... cierto es que puede advertirse un paralelismo entre una y otra operación societaria en cuanto que de ambas, fusión y escisión, pueden predicarse idénticos efectos jurídicos. La proximidad jurídica de estos conceptos se encuentra en la similitud de caracteres que revisten dichos fenómenos societarios". Mas adelante y por lo que a este estudio interesa, puede resaltarse que el autor insiste en la identidad del objetivo de ambas

---

<sup>31</sup> Albiñana Cilveti, C. "La escisión de sociedades". Rvta. Hacienda Pública Española nº 94. 1985. Pag. 113.

instituciones jurídico mercantiles: la mejora de la actividad empresarial. De este modo, agrega como "...la práctica societaria ha ido impulsando sistemas de reestructuración empresarial que, en aras de un saneamiento económico, remodelan la estructura de la empresa, adecuando sus dimensiones y actividades a las circunstancias que se suceden en la vida de la sociedad".

En definitiva, la operación de escisión puede definirse como aquella en virtud de la cual una sociedad, con o sin su disolución, transmite de forma universal un patrimonio a otra u otras a cambio de valores representativos del capital de las beneficiarias. La escisión pues es una operación simétrica y contraria de la fusión, su reglamentación se confunde y sólo alguna de sus especialidades requieren un comentario propio.

#### **4. Segregación de establecimiento mercantil.**

Una especial consideración merece la figura denominada por la doctrina Segregación de Establecimiento Mercantil, que presenta similitudes y diferencias respecto de la escisión parcial a la que antes nos hemos referido. En opinión de Bertrán Mendizabal y Clar Garáu

la regulación fiscal de la escisión es mas amplia que el concepto previo de segregación de establecimiento mercantil en la legislación sobre concentración de empresas y se distingue de él, bien porque en la escisión propia hay una sociedad que se disuelve, bien porque en la impropia las acciones recibidas podrán entregarse a los socios de la escindida. Su antecedente mas nítido hemos de encontrarlo en el Decreto 2910/71, de 25 de noviembre, que lo regulaba, concediendo un régimen de exenciones semejante al establecido para las modalidades de fusión y escisión. Pese a dicha situación de tratamiento homogéneo en la legislación anterior a la Ley 76/80 los autores se han inclinado por indicar las diferencias entre ambos, sobre todo por el diferente trato fiscal que cada operación es susceptible de recibir. En esta línea, González Cayuela <sup>32</sup> indica: "...esta figura constituye, dadas sus características y naturaleza, un negocio jurídico ordinario, que suele adoptar la forma de contrato de compraventa al reunir las características propias de concurrencia de un precio de compra y el hecho de no adjudicar el pasivo o su parte correspondiente".

---

<sup>32</sup> González Cayuela, M del Carmen. "La escisión de Sociedades: tratamiento fiscal". (Tesina de Licenciatura) 1983. Pag. 105.

Una postura igualmente contraria a establecer una semejanza entre las figuras de la escisión y de la segregación la encontramos en Mateu-Ros Cerezo que señala la existencia de una diferencia cualitativa entre aquéllas en base al objeto de la transmisión pues el citado autor defiende que la segregación se circunscribe a las transmisión de un activo y no de un conjunto global de bienes y derechos. En la transmisión de establecimiento mercantil lo que se entrega es "un conjunto de elementos debidamente organizados y aptos para obtener inmediatamente un producto económico", pero no una estructura financiera que financie dichos elementos, es decir un activo y un pasivo correlacionado. La conclusión lógica es, en opinión de Gonzalez Cayuela, que "la Ley 76/80 no incluye esta figura de forma expresa y al no ser posible la obtención de dichos beneficios fiscales, producirá los efectos corrientes de tipo económico y tributario, sin venir sometido a un régimen especial" <sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Op. cit. pag. 105.

## **5. Presupuestos objetivos de la operación de fusión / escisión.**

Indicados los rasgos esenciales de las operaciones de fusión y escisión, conviene pasar a su desarrollo mas pormenorizado, para lo cual es interesante estructurar las siguientes líneas en lo que doctrinalmente se ha denominado presupuestos de la fusión / escisión, a saber: la disolución de alguna sociedad, la transmisión en bloque de su patrimonio y la incorporación de los socios a la entidad resultante del proceso. Dentro de cada uno de estos apartados podremos destacar las cuestiones que mas interes han suscitado desde nuestra perspectiva jurídico fiscal.

### **5.1 Disolución de alguna sociedad.**

En la operación de fusión y en la de escisión total la disolución de alguna o algunas de las sociedades intervinientes es una de las características que la diferencian frente a otras formas de integración o desintegración empresarial, respectivamente, en aras de la consecución de una estructura óptima. La doctrina en concordancia con las disposiciones positivas se han pronunciado de forma generalmente unánime al respecto.

Los profesores Uría y Garrigues señalan que: "es cosa evidente que la fusión exige en todo caso la disolución de alguna de las sociedades participantes en la operación" <sup>34</sup>, afirmándose con toda rotundidad que "... sin disolución no puede haber fusión". Así, el artículo 142 de la Ley de Sociedades Anónomas de 1951 indica que "La fusión de cualesquiera sociedades ... se realizará acordando previamente cada una de ellas su disolución...", términos que se reiteran en el artículo 233 del nuevo texto refundido de la norma societaria al señalarse que "La fusión de cualesquiera sociedades ... implicará la extinción de cada una de ellas...". La utilización del término extinción pudiera dar pie al resurgimiento de las teorías que veían en la fusión una extinción sin acuerdo previo de disolución, viniendo esta a ser un resultado ex lege del proceso de fusión, teorías que no parecen ser admisibles en nuestro Derecho puesto que, amén de los citados artículos, los restantes del Capítulo vienen a incidir sobre las características con las que tiene que adoptarse aquel acuerdo, al tiempo que al regularse las causas de disolución expresamente se recogen estos procesos -artículos 150 de la Ley de 1951

---

<sup>34</sup> Garrigues, J. y Uría, R. "Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas". Madrid, 3ª ed. 1976. Pag. 745.

y 260 del texto refundido de 1989-. Para Sanchez Oliván <sup>35</sup> "los elementos auténticamente esenciales de la fusión ... son: a) la disolución de todas o, al menos, (en el caso de la absorción) algunas de las sociedades afectadas, ya que, en otro caso, ... por el solo hecho de conservar su personalidad no podría hablarse de fusión, aunque hubiese tenido lugar la total aportación de los patrimonios...".

Característica de este proceso es que el acuerdo de fusión / escisión total no lleva aparejado la iniciación de las operaciones de liquidación del activo social, sino que por el contrario se inicia un período en el que la sociedad mantiene su plena personalidad y la plenitud de su capacidad de obrar y cuyo objetivo es la transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial de forma universal, aspecto al que mas adelante hemos de referirnos en profundidad.

Por lo tanto, retomando lo visto, resulta que las sociedades incursas en la operatoria adoptan el acuerdo de disolución manteniéndolo su personalidad y realizando las actividades propias hasta la correspondiente inscripción de la escritura de fusión o escisión en el registro.

---

<sup>35</sup> Op. cit. pag.53.

5.1.1 El efecto retroactivo de la fusión: la solución histórica.

Ya sea la operación de fusión ya sea la de escisión, el procedimiento que debe seguirse en ambas para su efectiva culminación implica la observancia de una serie de requisitos en su tramitación, que se justifican como garantías a los terceros afectados, y que necesariamente se traducen en un distanciamiento temporal entre la toma de decisión inicial y la terminación del proceso. Durante ese lapso temporal, las sociedades no han permanecido inactivas sino que han seguido desarrollando su normal actividad y, en consecuencia, alterando su valor patrimonial. En esta situación, la cuestión que se plantea, entonces, es la de decidir como han de imputarse los resultados positivos o los adversos que pudieran haberse producido en la sociedad que se extingue durante el lapso de tiempo que media entre esa adopción de los acuerdos de disolución y la efectiva inscripción de la misma en el Registro Mercantil.

Siguiendo a Mateu-Ros, se denomina "efecto retroactivo de la fusión" al fenómeno que consiste en la recepción por la sociedad beneficiaria del patrimonio de las sociedades que se disuelven, haciendo suyos los posibles resultados que éstas hubieran obtenido en el indicado período. De hecho en nuestra legislación

mercantil no se preveía nada al respecto, siendo sólo el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, por lo tanto con vigencia a partir del primero de enero de 1990, el que en su artículo 235 expresamente indica: "El proyecto de fusión contendrá al menos las siguientes menciones: ... d) La fecha a partir de la cual las operaciones de las sociedades que se extingan habrán de considerarse realizadas a efectos contables por cuenta de la sociedad a la que traspasan su patrimonio".

Con anterioridad a esta afirmación la cuestión estuvo sujeta a debate, manteniéndose opiniones contradictorias hasta el pronunciamiento del Tribunal Supremo mediante Sentencia de 21 de julio de 1986 cuyo examen realizaremos a continuación.

De hecho el Proyecto de Ley de Fusiones de empresas -Ley 76/80- sí se pronunciaba al respecto al recogerse en su artículo 5 que "El período impositivo para las empresas que se fusionan se entenderá concluído el día anterior a aquel a partir del cual se hubiese acordado que las operaciones que realicen en lo sucesivo las empresas que se disuelvan lo sean por cuenta de la nueva sociedad creada o de la sociedad absorbente,... A partir del momento que se indica en el número anterior, el acuerdo de fusión tendrá plena efectividad a efectos fiscales, entendiéndose, en consecuencia, que todas las operaciones que hagan con terceros las empresas

participantes que se disuelven son efectuadas por la sociedad nueva o la absorbente, según los casos, y que las efectuadas entre las empresas participantes son de carácter interno a una misma sociedad". Dicho texto no fué el definitivamente aprobado en aras a un respeto a la regulación mercantil que no contenía disposiciones equivalentes, de modo que se entendió que no resultaba aconsejable introducir una normativa aplicable a las sociedades cuando éstas estuviesen acogidas a los beneficios de la ley fiscal y otra distinta si se condujesen fuera del ámbito de los beneficios tributarios pese a que la operación fuese idéntica. Por su parte en el plano mercantil, la solución tampoco era pacífica puesto que pese a dicha ausencia de norma diversos autores habían argumentado en favor de la consideración de ese denominado efecto retroactivo. Entre otros, De la Cámara sostenía que la sociedad absorbente o de nueva creación lo que recibe en la operación es el patrimonio en el momento en el que se formaliza la escritura, haciendo suyos los resultados que pudieran haberse obtenido por las sociedades desde que se adoptaron los respectivos acuerdos, por lo que pese a que "de lege data" esta situación no encuentra un expreso reflejo, sí se produce desde una consideración económica o cuantitativa. Ciertamente, en esta línea puede concluirse que podrá hablarse de la existencia o de la inexistencia

de un efecto retroactivo a la hora de juzgar las responsabilidades frente a terceros, frente al fisco, en la observación de los requisitos formales, etc., pero lo que es evidente es que el valor patrimonial que se asume ha variado a lo largo del tiempo y que, desde un punto de vista económico, el efecto retroactivo se produce. Esta imprecisión podría plantearnos problemas tales como el de la conveniencia o no de alterar la relación de canje de la fusión a la luz de las modificaciones operadas por el desarrollo normal de las operaciones de la empresa antes de la formalización de la disolución de la sociedad mediante la inscripción de correspondiente escritura. Alvarez Melcón, en igual línea argumental, indica que a partir del día del acuerdo de fusión todos los resultados que se produzcan como consecuencia del dinamismo de las empresas son por cuenta de la sociedad absorbente o de nueva creación. Y, por citar un último autor ya en el terreno fiscal, Cadarso Gargallo indica que "... hay que dar un efecto retroactivo a la fusión al momento en el que las respectivas Juntas Generales acordaron la misma de modo que la absorbente, o de nueva creación, haga suyos los resultados de las operaciones que las sociedades disueltas hayan llevado a cabo desde que se

adoptaron los acuerdos hasta que se otorgue la correspondiente escritura de fusión" <sup>36</sup> .

Todas estas opiniones parten, en definitiva, de la existencia de un silencio al respecto por parte de nuestra legislación positiva y se inclinan por arbitrar un resultado lógico desde la óptica del objetivo que persigue la operación, que es el de la integración empresarial, pero adolecen de un fundamento jurídico que les permita salvar la objeción que a la postre constituye la razón decisoria de nuestro Tribunal Supremo: la pervivencia de las sociedades frente a terceros en plenitud de capacidad y de autonomía.

Esta controversia doctrinal no ha quedado aislada al plano meramente teórico sino que se ha trasladado al ámbito de la práctica a través diversas contestaciones de la Administración Tributaria divergentes del criterio finalmente sustentado por el Tribunal Supremo. En este sentido, la contestación de 8 de julio de 1985 de la Dirección General de Tributos, resolviendo sobre el momento en el que debía entenderse superado el límite de 100 millones de pesetas de capital fiscal a efectos de la concesión de la prórroga del régimen de transparencia, deniega aquélla por entender que la fusión fue acordada antes de iniciarse el período

---

<sup>36</sup> Op. cit. "Régimen...", pag.80.

de prórroga, con lo que se superaba la cifra ya consignada, y ello a pesar de que la escritura pública fuese posterior ya que "... mercantilmente se sostiene el efecto retroactivo de la fusión y que la sociedad absorbente hace suyos los resultados de las operaciones que las sociedades hayan llevado a cabo desde que se adoptaron los acuerdos de fusión ...".

Por su parte, la contestación de 27 de febrero de 1986 entiende que el pago del impuesto de la sociedad que se disuelve tendrá la consideración de a cuenta para la absorbente, al hacer ésta suyos los resultados consecuencia del efecto retroactivo específicamente acordado en la escritura de adopción de los respectivos acuerdos. Así, expresamente se señala: "Si tenemos en cuenta que los citados acuerdos han sido adoptados sobre la base de que la sociedad absorbente hace suyos los resultados de la sociedad absorbida desde la fecha de estos, y que, por otra parte, este "efecto retroactivo" de la fusión es aceptado por la generalidad de la doctrina y el Derecho Mercantil, hay que concluir afirmando que, si bien dicha sociedad debe presentar la correspondiente declaración y efectuar el oportuno ingreso en la forma prevista en el artículo 289 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, dicho ingreso tendrá el carácter de pago a cuenta, disfrutando, a estos efectos, de la misma naturaleza que la atribuída a los

"pagos a cuenta" regulados en las distintas leyes presupuestarias; es decir que su cuantía se acumulará a la de las retenciones efectivamente soportadas por el sujeto pasivo que, en este caso, será ya la sociedad absorbente, a efectos del cálculo de la cuota final a ingresar o devolver al cierre del ejercicio de esta última entidad".

Del mismo modo, en contestación de fecha de 22 de mayo de 1986, por citar otra consulta referida a un grupo consolidado de sociedades, se mantiene un criterio semejante al indicarse: "..., en consecuencia ni la sociedad absorbente ni las restantes sociedades del grupo vienen obligadas, en este caso, a cerrar el ejercicio social, ni a presentar declaración alguna, debido a que esta obligación, establecida como decíamos, para las sociedades absorbidas, tiene el carácter de "a cuenta" de la correspondiente a la sociedad absorbente, que hace suyos los resultados de éstas desde la fecha de adopción de los acuerdos de fusión.", con lo que se insiste sobre la idea del carácter retroactivo de la fusión, en este caso, al entender aquélla producida desde el momento en el que se convienen los acuerdos de fusión con independencia de que desde esa fecha y hasta la inscripción de la escritura en la que se recoge la disolución de la sociedad absorbida, ésta continúa

disfrutando de plena personalidad jurídica, distinta de la personalidad de la empresa absorbente.

Por su parte, la contestación de 18 de abril de 1986 mantiene el efecto retroactivo, con la consecuencia de admitir la deducibilidad de determinadas partidas de pérdidas sobre los mismos argumentos que los anteriormente examinados: " ... entendiendo que los resultados originados a partir de dicha fecha - la de los efectos de la fusión - son obtenidos por cuenta de la nueva sociedad resultante del proceso de fusión, lo que no exime a las sociedades absorbidas de presentar las correspondientes declaraciones y efectuar, en su caso, los ingresos oportunos, ..".

Frente a ello, el Tribunal Supremo en su citada sentencia de 21 de julio de 1986 expresa: "... Es cierto que, en uso de la autonomía de la voluntad que establece el artículo 1.255 del Código Civil, las partes pueden convenir que los efectos o consecuencias del cumplimiento de la condición se refieran a una época anterior, y concretamente a la época o momento en el que se celebró el negocio sometido a condición. Pero los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan - artículo 1.257 del Código Civil- y precisamente, en virtud de ese límite personal de los contratos, sus

estipulaciones no alcanzan a terceros cuando mediante ella se pretende determinar el nacimiento de derechos sobre cosas o sobre patrimonios sobre los que concurren derechos de otras personas..., esa cláusula sólo puede operar respecto de las dos Sociedades contratantes, no respecto de la Hacienda Pública, que es tercera en el negocio jurídico de la fusión, sin que se altere esta inoperancia de efectos respecto de terceros por el hecho de que la Hacienda Pública al solicitarse los beneficios fiscales, tenga conocimiento de la condición y de lo convenido entre los contratantes. ... Lo que antecede, se refuerza aún más en el caso que nos ocupa si se tiene en cuenta que quienes celebraron el negocio jurídico fueron dos Sociedades Anónimas, las cuales adquieren su personalidad jurídica desde el momento de su inscripción en el Registro Mercantil, personalidad que sigue existiendo hasta su disolución y extinción, con la consiguiente cancelación en el Registro Mercantil, ... ambas Sociedades tenían un patrimonio propio y exclusivo, que es el único responsable de las obligaciones contraídas por sus administradores; ambas Sociedades tenían su personalidad jurídica que sólo desapareció cuando se canceló su inscripción en el Registro Mercantil, y por lo tanto, hay que imputar a las dos Sociedades fusionadas las responsabilidades, de todo

tipo, derivadas de su personalidad jurídica y de la realización de las operaciones típicas de su actividad."

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de diciembre de 1983, cuya apelación da lugar a la anteriormente mencionada Sentencia del Tribunal Supremo que la confirma, determina con igual rotundidad: " II/ Considerando que, es consecuencia de lo anteriormente expuesto la lógica conclusión de que, los efectos fiscales de toda índole, y mas concretamente los que pueden afectar a dicha Hacienda Pública, sólo han de producirse cuando la nueva personalidad jurídica surja a la vida del derecho y, esto sólo acontece cuando la fusión se haya consolidado y fuere inscrita la nueva Sociedad, así creada, en el Registro Mercantil correspondiente; de forma que, mientras esto no ocurra, las dos Sociedades, manteniéndolo su personalidad jurídica independiente la una de la otra, realizando incluso entre ellas transacciones gravadas con el Impuesto (General) sobre el Tráfico de las Empresas, han de ser respectivo sujeto pasivo individualizado en la exacción de dicho tributo.", de donde ha de concluirse, en definitiva, que no es posible retrotraer los efectos de la fusión a la fecha de los acuerdos, manteniéndose la personalidad de las sociedades y, en consecuencia, su responsabilidad frente a la Administración Tributaria hasta tanto se

produzca la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura de formalización de aquélla.

Una interesante aproximación a esta cuestión, complementaria a la anterior conclusión, es la expuesta por Mateu-Ros. Parte, este autor, por criticar el fundamento teórico del efecto retroactivo de la fusión que, según él, se basa en una traslación del efecto del mismo nombre del que disfruta la condición suspensiva de dar de acuerdo con el artículo 1120 del Código Civil. En este precepto se sostiene que " los efectos de la obligación condicional de dar, una vez cumplida la condición, se retrotraen al día de constitución de aquélla". Dicha traslación resulta difícil de aplicar sin mas al ámbito de los procesos de fusión y escisión, por cuanto que éstos no se reducen fácilmente a un simple conjunto de operaciones de dar. Pero con independencia de poder seguir avanzando en esta línea puede argumentarse asimismo, recogiendo solo aquéllos aspectos que guardan mas relación con la óptica jurídica fiscal que pretendemos mantener, que "con independencia de esta incongruencia lógica, la teoría que comentamos se muestra insuficiente para abordar algunos puntos de suma trascendencia en esta clase de operaciones:

a) si hubiera verdadera retroactividad, carecería de sentido la obligación de presentar obligaciones fiscales separadas por las sociedades afectadas...

b) ...

c) Las sociedades disueltas deben proceder a la formulación de un balance final que debe ser aprobado por la sociedad absorbente; esta aprobación no resultaría necesaria ni lógica en el caso de producirse una auténtica eficacia retroactiva" <sup>37</sup>.

Por todo ello, concluye que los acuerdos de fusión o escisión, ya sean puros o condicionados como consecuencia del sometimiento a la condición suspensiva del reconocimiento de beneficios fiscales, contienen un efecto asuntivo mediante el cual se materializa el compromiso de las sociedades resultantes de asumir los resultados de las sociedades en disolución, indicándose que "... se trata de un compromiso de principio que no puede considerarse eficaz hasta la consumación de la operación, pues si realmente la sociedad absorbente hiciera suyos los resultados de futuro a lo largo de todo el período intermedio, carecería de sentido el mantenimiento de la separación entre las actividades de una y otra empresa y entre sus respectivas obligaciones tributarias" <sup>38</sup>.

Esta argumentación sin duda acertada encuentra plena coincidencia con la postura jurisprudencial

---

<sup>37</sup> Op. cit. "La fusión...", pag. 708.

<sup>38</sup> Op. cit. "La fusión...", pag. 710.

expuesta que ha determinado una modificación respecto de los planteamientos habidos con anterioridad por parte de la Administración Tributaria a la hora de entender cuando debía producirse ese denominado efecto traslativo. Prueba de dicho reconocimiento son las nuevas contestaciones efectuadas por el órgano administrativo competente que a título de ejemplo citamos a continuación.

Así y en primer lugar, cabe referirse, de acuerdo con esta elaboración jurisprudencial, a la contestación de 17 de octubre de 1988 en la que sí se manifiesta de una forma expresa la efectividad no de los acuerdos de fusión sino de la escritura de formalización de ésta, como fecha para determinar la delimitación de las responsabilidades en el orden fiscal. En este sentido se señala: " Que será la sociedad absorbida la que se aplicará la deducción al 100% por doble imposición de dividendos, si se han percibido los mismos durante el período impositivo transcurrido entre la fecha de los acuerdos de fusión y la fecha del día anterior al otorgamiento de la escritura de fusión, por cuyo período deberá presentar e ingresar, en su caso, la correspondiente declaración por el Impuesto sobre Sociedades. En caso contrario, si la distribución se lleva a cabo una vez otorgada la correspondiente escritura de fusión, será la sociedad absorbente la que tendrá derecho a aplicar la correspondiente deducción".

Mas recientemente, la contestación de 21 de septiembre de 1989 expresamente vuelve sobre el presente punto y fija de acuerdo con la doctrina ya expuesta que "... las operaciones de fusión producen efectos fiscales a partir de la fecha de la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura pública de fusión, ...", señalando que es a partir de esa fecha cuando la sociedad absorbente se subroga en todos los derechos y obligaciones de la absorbida.

En tercer y último lugar, podemos considerar la contestación de 13 de marzo de 1987 en la que se lleva a cabo una interesante interpretación extensiva del aquí debatido "efecto retroactivo" de la fusión. En virtud de esta contestación, el plazo establecido en la Disposición Transitoria 5ª de la Ley 33/84, de 2 de agosto, de Ordenación del Seguro Privado, habrá de entenderse cumplido con tal que en el mismo se produzcan los correspondientes acuerdos de fusión, gozando en este caso las sociedades intervinientes de los máximos beneficios que la normativa de fusiones prevé para las citadas operaciones. Ciertamente que esta interpretación no pretende alterar la personalidad de las sociedades intervinientes en el proceso desde un plano temporal y, en consecuencia, las consecuencias jurídico tributarias predicables de aquélla, a diferencia de las

contestaciones anteriormente examinadas, sino permitir que el disfrute de unos beneficios se produzca sin menoscabo derivado de la tramitación del expediente de concesión de los mismos, cuya resolución compete a la Administración sin que su duración temporal, mayor o menor, sea imputable en alguna medida a los propios interesados. En este sentido, la contestación indica: "... , hemos de entender aplicable, en estos casos, el denominado "efecto retroactivo" de la fusión, en virtud del cual la adopción de los reiterados acuerdos dentro de los plazos anteriormente señalados permitiría la aplicación de la norma invocada - la citada DT 5ª que fija el plazo de tres años para el disfrute máximo de los beneficios fiscales - .

... en el supuesto que tales acuerdos no hubieran sido elevados a escritura pública ... se entenderá como fecha cierta de los mismos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1227 del Código Civil, la de presentación de la correspondiente solicitud que acompañe a tal expediente ante la Comisión informadora ...".

#### 5.1.2 El efecto retroactivo en la actualidad.

Resulta por lo tanto de lo aquí recogido como la operación de fusión, así como la escisión total si éste fuera el supuesto planteado, implica la disolución

de al menos una sociedad con traspaso de su patrimonio a otra beneficiaria. Dicho proceso supone un lapso mas o menos grande de tiempo vinculado a la tramitación del proceso y a la necesaria observancia de diversas formalidades en garantía de los propios accionistas y de terceros. Consecuencia de la imposibilidad de parar el normal funcionamiento de las sociedades mientras dura el procedimiento y el período que éste exige, se plantea el problema de a quién deben atribuirse los rendimientos positivos o adversos que durante el mismo se produzcan, por las importantes consecuencias económicas que pueden derivarse para todas las partes implicadas. Con la legislación hoy desaparecida, Ley de Sociedades Anónimas de 1951 y Ley de Fusiones de Empresas de 1980, se planteó la controversia a falta de un pronunciamiento expreso de las normas invocadas que hubo de ser resuelto por vía jurisprudencial, poniéndose de relieve la primacía de la personalidad de las sociedades que subsistía hasta su efectiva extinción consecuencia de la inscripción de la correspondiente escritura pública de fusión o escisión en el Registro Mercantil y, en consecuencia, negando el efecto retroactivo de la fusión. Sin embargo esta conclusión inopinable desde la legislación positiva no ocultaba la realidad del problema que había suscitado la discusión: la conveniencia de fijar un punto temporal que permitiera efectuar la valoración de las sociedades para

determinar la proporción que habrían de tener los patrimonios a confundir y, en definitiva, la relación de canje que hubiera de establecerse entre los accionistas. Por citar al autor Mateu-Ros al que nos hemos referido previamente al enfocar este problema, "los acuerdos de fusión deberían ser concebidos como acuerdos previos ... que no constituyen decisiones firmes o definitivas, sino que requieren un -así en el original aunque se reforzaría la conclusión si utilizáramos el definido "el"-complemento final de la declaración de voluntad situado en el punto terminal del proceso de fusión: cuando se procede a la formulación y aceptación del balance o balances finales y a la formalización de la operación.

Este es el momento en el que la operación se realiza y cuando, a la vista de los patrimonios líquidos de las sociedades, de la eventualidades surgidas en el proceso de fusión (liquidaciones efectuadas a los accionistas o acreedores disconformes) y de los resultados de las operaciones desarrolladas durante el mismo, puede establecerse definitivamente la relación de canje o proporcionalidad entre el valor patrimonial teórico de las acciones y el importe de la ampliación de capital en la sociedad absorbente" <sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> Op. cit. "La fusión...", pag. 710.

En definitiva, en dicho planteamiento se pone de manifiesto la necesidad de recoger las vicisitudes que se suceden desde la adopción de los acuerdos hasta la inscripción de la escritura de fusión, las cuales alteran la valoración patrimonial que, en su caso, se hubiera realizado, de modo que la discusión sobre la fecha a partir de la cual debe de entenderse producida la fusión, con efectos prácticos, exige una solución que no parta de la simplificación de mantener inalterada la valoración inicial con la inexistencia de efectos para terceros, entre ellos la Hacienda Pública, hasta la extinción definitiva de la personalidad de las sociedades que se disuelvan, solución que es la expuesta en las líneas anteriores.

Prueba de la necesidad de superar la anterior situación es el hecho de la regulación que tanto en el ámbito mercantil como fiscal despliega sus efectos a partir de 1990. En este sentido, el artículo 235 del nuevo texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de forma expresa indica que: "El proyecto de fusión contendrá, al menos, las menciones siguientes:

...

d) la fecha a partir de la cual las operaciones de las sociedades que se extingan habrán de considerarse realizadas a efectos contables por

cuenta de la Sociedad a la que traspasan su patrimonio."

Esta novedad legal implica directamente la admisión del pacto de retroactividad de los efectos de la fusión, de modo que a partir de la fecha acordada los resultados positivos o negativos acrecerán a la entidad supérstite, que vía contable recogerá los ingresos computables y los gastos deducibles realizados por las sociedades que recibe como propios para la determinación de su base imponible en el Impuesto sobre Sociedades. En definitiva viene a mostrar como por la propia idiosincrasia del proceso de fusión debe admitirse que, sin alterar las reglas que rigen el nacimiento y la extinción de la personalidad de las sociedades, se conceda a éstas la posibilidad de decidir cuando han de reflejarse los resultados de una en la otra consiguiendo una mayor exactitud patrimonial y un fiel reflejo contable de esa situación patrimonial.

Dicha alteración mercantil se recibe en el plano fiscal a través del RD Ley 7/89, que en su Disposición Adicional 6ª da nueva redacción a diversos preceptos de la Ley 76/80 y entre ellos al artículo 4, disponiendo que a los efectos de fijar la correspondiente relación de canje, sobre los valores reales de los patrimonios respectivos, se formalicen balances de fusión. Dichos balances de fusión serán, amen de los

anuales si fuera el caso, los que resulten de cerrar la contabilidad el "... día anterior a la fecha a partir de la cual ,..., las operaciones de las Sociedades que se extingan se consideran realizadas, a efectos contables, por cuenta de la Sociedad a la que traspasan sus patrimonios, ...".

De esta forma tanto la norma mercantil como la fiscal admiten expresamente la posibilidad de determinar un momento temporal que permita imputar los resultados económicos a una u otra sociedad con independencia de la continuidad o de la extinción de las personalidades de cada de ellas.

Conviene considerar que esta formulación fiscal se refiere al momento de determinación de la relación de canje según los balances aprobados pero no prejuzga sobre las responsabilidades fiscales que se mantendrán en los términos anteriores hasta la efectiva extinción de la sociedad llamada a desaparecer. De este modo, habrá un efecto retroactivo de la fusión en términos contables y fiscales en cuanto que nos refiramos a los valores que resulten de los balances resultantes de la relación de canje y expresivos de las posibles pluvalías que se hayan puesto de manifiesto. Por el contrario, no habrá tal efecto retroactivo por lo que afecta a la delimitación de las responsabilidades fiscales sustantivas y formales.

Dicha posición se refleja en sendas contestaciones de la Dirección General de Tributos que recogemos a continuación. En primer lugar, la de 1 de octubre de 1991 reconoce la existencia de distintas declaraciones liquidaciones propias a las distintas sociedades fusionadas que deberán ser presentadas por la nueva entidad resultante dado que aquéllas ya están extinguidas y en virtud del principio de sucesión universal la nueva resultante asume la posición de las desaparecidas. A su vez, la de 17 de febrero de 1992 recalca la inexistencia de efecto retroactivo al indicar como "... la cláusula de retroactividad contenida en el proyecto de fusión lo es exclusivamente a efectos contables, ... simplemente a efectos de las partes, sin perjuicio de que frente a terceros la plena eficacia de la misma está supeditada a la inscripción de la escritura de fusión en el Registro Mercantil, conservando las sociedades que se extinguen su personalidad jurídica por lo que, hasta ese momento, tendrán la consideración de sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades".

Ahora bien, esta posición se ve complicada ya que debe admitirse la retroactividad contable, con lo que el patrimonio que se asume no responde con el determinado con arreglo a los preceptos fiscales, debiendo registrarse por parte de la absorbente "... las cargas fiscales de las que aquélla -la absorbida- era

sujeto pasivo por lo que, con independencia de la retroactividad contable de la fusión, la sociedad adquirente del patrimonio deberá registrar en sus libros de contabilidad el gasto representativo de tales cargas como consecuencia de la no retroactividad fiscal de la fusión...".

En definitiva, retroactividad contable y no fiscal aunque con absorción de las cargas fiscales en que haya incurrido la absorbida.

En esta línea, el artículo 12 de la Ley 29/91, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, regulando como hemos visto un nuevo régimen fiscal a los procesos de fusión y escisión de empresas ofrece la misma solución de forma expresa al señalar que:

"los resultados de las actividades realizadas por las sociedades extinguidas se imputarán a ellas, cualquiera que fuere la fecha a partir de la cual sus operaciones se consideren realizadas a efectos contables por cuenta de la sociedad adquirente".

Dicha manifestación nos retrotrae al punto anterior a las modificaciones mercantiles, implícitamente asumidas en el plano fiscal vía contable, y establece una clara discrepancia entre los criterios contables y los

fiscales de imputación de resultados. De esta forma, con arreglo a la disposición comentada, a pesar de que puedan reflejarse en contabilidad determinados resultados de la actividad empresarial, éstos no determinarán el resultado fiscal. Esta opción no constituye una discrepancia respecto de la tónica de la Ley en su conjunto, que persigue la neutralidad fiscal de la operación sobre la idea de considerar que ésta no ha tenido lugar, de modo que las posibles consecuencias se trasladan al momento en que se pongan de manifiesto por enajenaciones o relaciones con terceros en igualdad de condiciones que si se hubieran producido por el normal desarrollo de la actividad de la sociedad extinguida.

### 5.1.3 El Balance de fusión.

Aunque en sentido estricto no constituye un aspecto propio al objeto de la presente tesis sí resulta interesante detenerse brevemente en la consideración de cuales son los balances exigidos en el proceso de fusión o escisión. Para la Norma Mercantil, debe elaborarse un balance de fusión / escisión propio a la operación, aunque también es cierto que éste podrá ser el último anual aprobado si hubiera sido cerrado dentro de los seis meses anteriores a la fecha de celebración de la Junta

que haya de resolver sobre la operación. Parece, pues, distinguirse entre un balance anual y otro específico pero elaborado con arreglo a los mismos métodos y criterios que el ordinario. La normativa se circunscribe a estos dos que se caracterizan por el hecho de que la situación patrimonial en ellos reflejada no debe distar de la fecha en la que haya de decidirse sobre la fusión un plazo temporal que podríamos denominar como de razonable.<sup>40</sup> Por su parte, la regulación fiscal bajo su óptica de ligar la relación de canje con los valores contables impone la formalización de unos balances "... actualizados en su caso para recoger los valores reales de sus patrimonios que, ..., han de servir de base para determinar la relación de canje de los títulos". La fecha a la que han de referirse éstos es la determinada para el momento en el que hayan de surtir efectos las operaciones de una sociedad en la otra, fecha que no necesariamente ha de coincidir con la prevista por la norma mercantil para la formalización de los balances de fusión / escisión. Esto se pone de relieve por el propio precepto cuando se indica que estos balances actualizados "podrán"

---

<sup>40</sup> Un punto que resulta inabordable en este trabajo es el que se refiere a la posible incogruencia de la norma al permitir la elaboración de un balance específico, por haberse cerrado el anual con mas de seis meses de antelación a la celebración de la Junta, que pudiera distar a su vez en un plazo superior a esos seis meses, y ello consecuencia de que su elaboración se delimita por la fecha del proyecto de fusión.

coincidir con los exigidos por la norma mercantil, "... siempre que concurren las condiciones señaladas en el número anterior".

Esta contraposición de balances exigidos sólo tendrá lugar durante los ejercicios 1990/1991, al ser ésta la vigencia de la regulación contenida en el RD Ley 7/89, no suscitándose a partir de uno de enero de 1992 puesto que la regulación vigente -Ley 29/91- renuncia al mantenimiento del mismo esquema. Con todo, podría permitirnos suscitar la divergencia entre unas operaciones sujetas a la norma fiscal y otras que al no estarlo no habrían de seguir los dictados de aquélla. Dicha distinción no parece que haya sido voluntariamente querida por el legislador, aunque resulta ciertamente difícil integrar las disposiciones en vigor, ofreciendo una solución coherente entre todas ellas.

#### 5.1.4 Sucesión de períodos impositivos.

Otro de los puntos que surjen en relación con la disolución de sociedades y estrechamente vinculado a la problemática de los diversos balances que se suceden

en las operaciones examinadas es el relativo al de sucesión de períodos impositivos de las sociedades.

Como se ha expuesto anteriormente, la regulación fiscal del régimen de fusiones y de escisiones de empresas desempeña tanto un papel específico, de regulación de los posibles beneficios a conceder a aquellas entidades que así lo soliciten, como genérico, en cuanto que no existe una suficiente regulación mercantil sobre esta materia. Siendo, precisamente, éste el supuesto que se produce en relación a los períodos impositivos de las sociedades que intervienen en el proceso de que se trate, ya que, con independencia de que se hubiesen acogido o no al citado régimen especial para la obtención de los beneficios tributarios, deberán observarse las prescripciones que se refieren a esta materia, como así se indica en la contestación efectuada por la Dirección General de Tributos a una consulta con fecha de 27 de febrero de 1986 en la que se dispone la alicación de la normativa fiscal "..., aunque las entidades en cuestión no se hayan acogido al régimen especial de solicitud de beneficios fiscales, ...".

En este sentido, la normativa sobre el régimen fiscal de fusiones de empresas indica, con carácter general, que los períodos impositivos vendrán determinados por los correspondientes acuerdos de fusión o escisión y por el otorgamiento de la escritura pública

para el supuesto de disolución de la sociedad, todo ello con independencia de los períodos impositivos normales que se produzcan en el intervalo anterior. Así, el artículo 5 del Reglamento de 1981 indica que "... las sociedades que se disuelvan ... concluirán sus períodos impositivos en las fechas de los balances formalizados el día anterior a la adopción de los correspondientes acuerdos", agregándose que "... la sociedad absorbente o la destinataria de la parte escindida concluirá su período impositivo el día anterior a la fecha del acuerdo de fusión o escisión". En definitiva se observa una identidad de regulación ya que es éste balance inicial el que ha de servir en la concepción fiscal para la determinación de los valores patrimoniales y, en consecuencia, para la fijación de la relación de canje. Dicha identidad no se produce cuando de lo que se trata es del período determinado por el balance formalizado en el día anterior a la escritura de fusión o escisión total, puesto que éste corresponde exclusivamente a la entidad que se disuelve y no así a las destinatarias de los bienes. Esta nítida distinción no estaba, sin embargo, claramente recogida en la norma legal ya que ésta exclusivamente se limitaba a decir que "... las Empresas que se fusionan concluirán sus períodos impositivos en las fechas de los balances de fusión y final formalizados los días anteriores a los

correspondientes acuerdos y al otorgamiento de la escritura pública de fusión, respectivamente", con lo que la redacción planteaba el problema de si la sociedad absorbente debía también cerrar su período normal con relación a la fecha del otorgamiento de la escritura de fusión.

Pese a la dicción legal, el texto reglamentario ofrece la solución apuntada que, por otra parte, ha sido unánimemente aceptada por la doctrina y la interpretación administrativa al efecto. Para Botella García-Lastra <sup>41</sup> resulta evidente que "... podemos observar que no (se) concluye, en ningún caso, para la sociedad absorbente o destinataria del patrimonio escindido, en operaciones de esta índole, período impositivo alguno con motivo del otorgamiento de la escritura pública de formalización de la operación. Ello significa que, siguiendo la legislación mercantil de referencia, no se exige la confección y aprobación del correspondiente balance cerrado el día inmediato anterior a dicha fecha, con lo que puede afirmarse que, tanto desde un punto de vista mercantil como fiscal, el otorgamiento de la reiterada escritura pública no implica alteración en la marcha ordinaria de la vida de la

---

<sup>41</sup> Botella García-Lastra, C. "Las fusiones / escisiones de empresas: el período impositivo". Rvta. Crónica Tributaria nº 51. Pag. 39.

sociedad absorbente, a diferencia del hito marcado por la fecha de la adopción de los acuerdos sociales". En este mismo sentido se pronunció el Ministerio competente mediante contestación a una consulta formulada por el sujeto pasivo interesado con fecha de 27 de febrero de 1986 en la que se determina con toda claridad la existencia de dos hechos significativos en las sociedades absorbidas mientras que sólo uno en la absorbente. De este modo se señala:

"...

a) Sociedad absorbida: concluye un período impositivo el día de la adopción de los acuerdos de fusión, así como también en la fecha correspondiente al otorgamiento de la escritura pública de fusión,...

b) Por su parte, la sociedad absorbente concluirá un período impositivo el día de la adopción de los reiterados acuerdos, continuando, después, en el régimen general del Impuesto sobre Sociedades."

De donde debe concluirse que la redacción legal al hablar de sociedades que se fusionan está pensando en aquéllas que se disuelven como consecuencia del referido proceso y no en las que, en el papel de absorbentes, continúan existiendo, como así se recoge en el desarrollo reglamentario del mismo artículo. Es un error,

simplemente, semántico la identificación de "empresas que se fusionan" con "sociedades que se disuelvan" como hace la Ley, debiendo insistirse en que para las absorbentes sólo tiene significación la fecha de adopción de los acuerdos de fusión y no la del otorgamiento de la escritura pública.

Por su parte, el RD Ley 7/89 da nueva redacción al artículo 5 de la Ley 76/80, manteniendo la distinción reglamentariamente apuntada. Aquí la duda surge consecuencia de la diversidad de balances que pueden coexistir por la divergencia entre las normas mercantiles y fiscales al referir los balances a fechas que no necesariamente han de coincidir como anteriormente hemos podido desarrollar. Con todo, la norma dispone que "... las sociedades y entidades que se fusionen concluirán período impositivo en las fechas de los balances a que se refiere el artículo 4º <sup>42</sup> anterior, iniciando otro a partir del día siguiente. Las sociedades que se extingan concluirán período impositivo en la fecha de los balances finales formalizados el día anterior al de otorgamiento de las escrituras públicas...". Por su parte, la Ley 29/91, ya citada, contiene una lacónica cita al respecto,

---

<sup>42</sup> El artículo 4º se refiere a los balances actualizados conforme a los valores reales para determinar la relación de canje y cuya fecha se liga al día anterior al momento a partir del cual se entienden realizadas las operaciones por cuenta de la sociedad destinataria de los patrimonios traspasados.

limitándose a señalar que las sociedades que se extingan concluirán su período el día anterior al del otorgamiento de las escrituras de fusión o escisión y, con relación a todas las sociedades que intervengan en la operación, cuando se liquide la cuenta de resultados (art. 12). Este planteamiento no es sino consecuencia de la característica de la propia Ley, que renuncia a los aspectos sustantivos para limitarse a abordar los puntos exclusivamente fiscales. Por lo tanto, el período impositivo se vincula a la rendición de cuentas, cuando ésta haya de producirse con arreglo a la normativa general lo que ocurrirá con el balance de fusión, y, lógicamente, siempre que una sociedad vaya a extinguirse.

#### 5.1.5 Períodos impositivos y la escisión parcial.

Hasta aquí hemos contemplado la fusión y la escisión total, siendo conveniente detenernos brevemente en la escisión parcial por las peculiaridades que ésta encierra respecto de las otras dos figuras.

Esta modalidad de escisión constituye un supuesto muy peculiar dentro de la regulación general ya que las entidades afectadas continúan el normal desarrollo de su actividad, sin que en sentido estricto pueda hablarse de acuerdos sociales de escisión o

aceptación de bienes con relevancia mercantil o de formalización de la escritura pública respectiva, a diferencia de los supuestos de fusión o de escisión total, sin que, por lo tanto, deba plantearse la generación de períodos impositivos distintos de los generales a los indicados en la Ley 61/78, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.

Así, el artículo 5 del texto reglamentario de 1981 se refiere al tema indicando que: " En los supuestos de escisión parcial ... las sociedades extinguidas continuarán finalizando los períodos impositivos de acuerdo con el régimen general previsto en la Ley 61/78, e integrando en la base imponible del impuesto sobre sociedades los rendimientos de las partes del patrimonio escindido, hasta la fecha en que, en su caso, se otorgue la escritura pública de formalización de la operación". Dado la claridad del precepto no ofrece dudas el hecho de que para la sociedad que traslada parte de su patrimonio sin disolverse no hay una generación de períodos impositivos a semejanza con lo que ocurría en las sociedades que se disolvían en la fusión o en la propia escisión total. Para Botella García Lastra <sup>43</sup> "... el día de la adopción de los acuerdos de escisión no constituye ningún hito en la vida de la sociedad, a

---

<sup>43</sup> Op. cit. "La fusión...", pag. 44.

diferencia de la fusión y la escisión total, ya que la sociedad que se escinde no acuerda, en ningún caso, su disolución sino que continuará existiendo", pudiéndose señalarse que la escritura de formalización de los acuerdos tampoco cierra un período impositivo para la escindida sino que sólo se refiere a los bienes que se transmiten, manteniéndose el normal desarrollo de la actuación social. Del mismo modo, la sociedad beneficiaria no ve interrumpida su actuación por la recepción del patrimonio escindido por mas que el texto reglamentario recoja una referencia en virtud de la cual "... la sociedad ... destinataria de la parte escindida concluirá su período impositivo el día anterior a la fecha del acuerdo de ... escisión", ya que dicha aseveración debe ponerse en relación con la escisión total dentro de cuyo regulación se halla la cita, aunque, siguiendo al arriba indicado autor "hubiera resultado conveniente mayor concreción en este punto".

Dicha situación ha dado lugar a que en alguna consulta formulada ante la Administración Tributaria se haya producido una contestación, que, en principio, podría juzgarse errónea. Así, el punto tres del artículo 5 del texto reglamentario, al que antes aludíamos con la cita entrecomillada, no indica en que supuesto de escisión, total o parcial, nos encontramos, por lo que a

falta de tal precisión podría sostenerse que la referencia es a ambas modalidades.

Frente a esta interpretación la contestación de la Dirección General de Tributos de 9 de enero de 1985 entiende que tal exigencia se produce solo con relación a la escisión total, mientras que en la parcial ni la sociedad escindida ni la destinataria de los bienes tienen períodos impositivos distintos de los correspondientes al régimen general del Impuesto sobre Sociedades. Así, textualmente se señala: " De la lectura del mismo - el artículo 5 del Reglamento - y refiriéndonos ya, en concreto, a los supuestos de escisión parcial, objeto de la presente consulta, cabe resaltar lo siguiente:

- La sociedad que se escinde, ... , finalizará sus períodos impositivos ... sin que la adopción de los acuerdos sociales o el otorgamiento de la escritura pública de escisión conlleven la necesidad de cerrar los correspondientes períodos impositivos. Lo único que se establece en dicha norma es que los rendimientos correspondientes a la parte del patrimonio escindido se integren en la base imponible del Impuesto de Sociedades de la entidad que se escinde hasta la fecha en que, en su caso, se otorgue la correspondiente escritura pública de formalización de la operación.

- Por su parte, la sociedad destinataria de esa parte de patrimonio escindido finalizará, igualmente, sus períodos impositivos de acuerdo con el régimen general de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, sin que la adopción de los correspondientes acuerdos o el otorgamiento de la escritura pública de formalización de la operación impliquen cierres extraordinarios.

Ello es así pese al tenor del segundo párrafo del apartado tercero del artículo quinto comentado, ... Dicha norma se refiere a los supuestos de escisión total, es decir, aquéllos en (los) que la sociedad que se escinde acuerda, con tal motivo, su disolución, y dichos acuerdos conllevan el correspondiente cierre del período impositivo.

En un supuesto de escisión parcial, como el presente, en el que la adopción de los acuerdos sociales, como fecha previa, no tiene relevancia a efectos fiscales, y ni siquiera mercantiles, para la sociedad que se escinde, ... , no podemos exigir a la sociedad destinataria un cierre extraordinario, puesto que la equivalencia entre el patrimonio que se aporta y el de las acciones que se entregan a cambio deberá fijarse en el momento de otorgamiento de la correspondiente escritura pública."

En la actualidad, tanto la regulación mercantil, constituida básicamente por el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, como las disposiciones fiscales no contienen una especificación al respecto, debiendo entenderse que se mantiene lo arriba indicado de modo que no cabe ver períodos distintos de los que se producen como consecuencia del normal cierre por liquidación de la cuenta de resultados con arreglo a las disposiciones de general aplicación.

5.1.6 Los pagos a cuenta y la finalización del período impositivo.

Junto con los anteriores puntos, una tercera cuestión que puede considerarse interesante hace referencia al problema generado por la sucesión de períodos impositivos, a que da lugar la normativa sobre fusiones y escisiones como consecuencia de la consideración de los balances de fusión y, en su caso, de formalización de la escritura de fusión o escisión para las sociedades que se disuelven, y la normativa en relación con el régimen de pagos a cuenta y de la liquidación final del ejercicio. Esta cuestión fue inicialmente considerada en la contestación de 31 de octubre de 1988 en la que se planteaba la procedencia de efectuar tal pago a cuenta, conforme lo previsto en el

artículo 95 de la Ley 33/87, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988, que resulta aplicable al caso en función de su desarrollo temporal. Así, consecuencia del proceso de fusión se otorga escritura pública e inscribe en el registro con fecha de 1 de octubre, cuestionándose si resulta, por lo tanto, obligatorio efectuar el correspondiente pago a cuenta. La contestación afirma, sobre la base de entender que el grupo resultante sucede en todos sus derechos y obligaciones a las entidades previamente existentes, que sí debe procederse a efectuar tal pago a cuenta, tomando, claro esta, como base para el cálculo de la cuantía del mismo la cuota del último ejercicio cerrado cuyo plazo de declaración estuviese vencido al inicio del plazo correspondiente al pago a cuenta -el de 1 de octubre-, y que, por lo que al caso se refiere, es el de 1987 y no el inmediato anterior cuyo cierre es precisamente el 1 de octubre, puesto que su plazo de declaración aún no se encontraba concluído en aquella fecha.

Mas recientemente, esta misma cuestión ha sido reiterada en consulta resuelta con fecha de 10 de junio de 1989. En esta ocasión, el supuesto fáctico que se recoge en la consulta plantea un período impositivo de 1 de enero a 3 de febrero de 1989, fecha esta última en la que se adopta el acuerdo de fusión, junto con la obligación de realizar los pagos a cuenta a que se

refiere el Real Decreto Ley 4/89, de 12 de mayo, de modo que se solicita que se aclare si el pago correspondiente al mes de julio puede tener la consideración de a cuenta de la liquidación a efectuar con fecha límite de 3 de agosto, que es la correspondiente al período impositivo de uno de enero a tres de febrero del año en curso. A estos efectos, la Dirección General de Tributos "... entiende que dada la concepción y finalidad diferente, así como la normativa distinta aplicable por un lado a las fusiones de empresas y, de otro, a los pagos a cuenta, la entidad consultante no puede minorar del ingreso a efectuar como fecha límite el 3 de agosto, ..., los pagos a cuenta realizados los veinte primeros días del mes de julio, ...". Conclusión, ésta, que efectivamente implica que la sociedad no pueda realizar el normal juego de pagos a cuenta de la liquidación final del ejercicio, pero que es solo el resultado de la sucesión de períodos impositivos de duración inferior al año natural, consecuencia de la propia mecánica del régimen de fusiones, de modo que aunque el pago a cuenta del mes de julio sea anterior cronológicamente a la liquidación del período comprendido entre el 1 de enero y el 3 de febrero, aquel pago lo es a cuenta de otro período impositivo, el que se inicia el 3 de febrero, en este caso, y se encuentra en curso, de modo que sólo se

computará el mismo -el pago a cuenta- cuando este último período impositivo se liquide.

#### 5.1.7. Un caso singular: los grupos consolidados.

Por último, merece una especial consideración la problemática que se suscita con los grupos consolidados y la normativa de fusiones en relación a los períodos impositivos.

Dicha cuestión deriva de la necesidad de combinar la regulación propia de la fusión y la de aquéllos, básicamente definida por el RD-Ley 15/77, de 25 de febrero y el RD 1474/77, de 17 de junio, que lo desarrolla.

En primer lugar, aunque evidente, debe señalarse que cuando la fusión afecta a la totalidad del grupo, el régimen correspondiente a éste desaparece desde el momento en que la fusión haya de surtir sus efectos, ya que "si el grupo de sociedades desaparece, obviamente el régimen de declaración consolidada cesa en su vigencia, pasando a tributar la sociedad resultante de la fusión por el régimen ordinario del Impuesto", como así se indica en la contestación de 7 de diciembre de 1983 en la que se agrega que "... no cabe la reducción de la

prórroga concedida a 1983 y hasta la fecha de 1984 en que se otorgue la escritura de fusión", con lo que debemos de concluir que el plazo de duración del régimen de declaración consolidada no puede ser reducido sino mediante la aplicación de su normativa específica -en el momento de solicitud del régimen o de su prórroga-, de modo que procederá la tributación de acuerdo con éste hasta la indicada fecha, la del otorgamiento de la escritura de fusión, sin alteración de ningún tipo siendo, a continuación, la entidad resultante la que deberá declarar por el Impuesto sobre Sociedades aunque, en este caso ya, en el régimen normal del tributo.

En segundo lugar, puede señalarse con carácter general que, aunque las fusiones o escisiones afecten sólo parcialmente al grupo al limitarse a alguna o algunas de las sociedades en él integradas, la normativa de la Ley y el Reglamento de fusiones lleva a que el grupo, en cuanto tal, deba cerrar sus períodos impositivos de acuerdo con las previsiones que en ésta se establecen con carácter general.

Con respecto a este supuesto, en la consulta evacuada el 22 de mayo de 1986 y, con mayor detalle, en contestaciones de 20 de junio y de 20 de julio de 1988 y en dos de 15 de marzo de 1989, con idéntico contenido

objetivo, se determinan los distintos períodos impositivos que se producen como consecuencia de la fusión entre empresas del grupo y externas a él, y cuyo interés aconseja su cita pormenorizada:

" Del conjunto de normas reglamentarias expuesta se deduce lo siguiente:

1.- Para las entidades que se fusionan, todas ellas del Grupo, tanto las sociedades que se disuelvan como consecuencia de los acuerdos de fusión, así como la entidad absorbente en el caso de fusión por absorción, concluye un período impositivo el día anterior a la adopción de los acuerdos de fusión. Tanto la sociedad absorbente como las absorbidas, deberán presentar declaración por el Impuesto sobre Sociedades (Modelo 200) dentro de los veinticinco días siguientes a la adopción de los correspondientes acuerdos de fusión.

El resto de entidades del Grupo que no intervienen en el proceso de fusión deberán, igualmente, cerrar el ejercicio social el día anterior a la adopción de los acuerdos de fusión. De esta manera se dá cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 10 del R.D. 1414/1977. Todas ellas estarán obligadas a presentar declaración del Impuesto sobre Sociedades (Modelo 200) de acuerdo con el régimen general establecido en el artículo 289 del R.D. 2631/1982.

Todas las declaraciones anteriormente citadas no darán lugar a ingreso, por encontrarse las sociedades en Régimen de Declaración Consolidada, ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 29 del R.D. 1414/1977, el Grupo de Sociedades deberá presentar en el plazo de los seis meses siguientes a la adopción de los correspondientes acuerdos de fusión, los estados contables consolidados y a realizar en su caso el correspondiente ingreso (Modelo 220).

2.- En el supuesto de concesión de los beneficios fiscales solicitados, tanto para las sociedades que acordaron su disolución, como para el resto de entidades del Grupo, se abre un nuevo periodo impositivo que se inicia el día en que se toman los correspondientes acuerdos de fusión y que concluye el día anterior al del otorgamiento de la escritura de fusión. De este modo se dá cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 5 del R.D. 2182/1981 y 10 del R.D. 1414/1977.

Por lo que respecta a las sociedades absorbidas, es decir, aquéllas que acordaron su disolución, deberán presentar en el plazo de los veinticinco días siguientes al cierre del balance anterior a la escritura de fusión, declaración por el Impuesto sobre Sociedades (Modelo 200). El resto de

entidades del Grupo deberán presentar declaración por este impuesto (Modelo 200) según el régimen general del artículo 289 del R.D. 2631/1982.

De igual manera que lo comentado en el punto primero, estas declaraciones individuales no darán lugar a ingreso, por encontrarse las sociedades en Régimen de Declaración consolidada, estando el Grupo obligado a presentar en el plazo de seis meses siguientes al cierre del balance anterior a la escritura de fusión, los estados contables consolidados y a realizar en su caso el correspondiente ingreso (Modelo 220).

3.- Por último, señalar que si entre la fecha en que se adoptaron los correspondientes acuerdos de fusión y la escritura pública de fusión, existiese el cierre del periodo impositivo normal (habitualmente a 31 de diciembre), el Grupo de Sociedades, estará obligado a presentar en el plazo de los seis meses siguientes al cierre de dicho ejercicio, los estados contables consolidados y a realizar en su caso el correspondiente ingreso, por el periodo correspondiente entre los acuerdos de fusión y el cierre del ejercicio, sin perjuicio de que cada una de las sociedades integrantes del mismo deba presentar su correspondiente declaración (Modelo 200), sin dar lugar a ingreso alguno, tal como preceptúa el artículo 28 del R.D. 1414/1977."

Esta construcción no es sin duda mas que el reflejo de una elaboración administrativa que pretende integrar la diversidad de normas aplicables dando cumplimiento a disposiciones de distinta índole y haciendo posible un normal desarrollo de la actividad de las empresas intervinientes en procesos de esta naturaleza. Sin embargo, como apunta Botella García Lastra al estudiar el problema <sup>44</sup> " la normativa aplicable debería contemplar con mas detalle toda esta serie de profusas situaciones que pueden presentarse en la aplicación de normas, de por sí sumamente técnicas y complejas, a las que sólo cabe llegar a interpretar, en muchas ocasiones, acudiendo a construcciones unitarias del ordenamiento jurídico, desde su vertiente mercantil y fiscal, sin olvidar el entorno económico en el que las normas despliegan su eficacia". Con todo, la regulación fiscal hoy en vigor no regula esta materia fuera de los supuestos normales previstos con caracter general por lo que habrá que estar a éstos, compatibilizando la conclusión de períodos con las obligaciones formales y de ingreso de la deuda consolidada que a los grupos corresponden. La solución no diferirá de la señalada en las líneas anteriores.

---

<sup>44</sup> Op. cit. "La fusión ...", pag. 50.

#### 5.1.8 Fusión de sociedades en liquidación.

A lo largo de las líneas anteriores hemos venido afirmando que la fusión y su contraparte la escisión total requerían la disolución de, al menos, alguna de las sociedades implicadas en la operación. Dicha disolución tiene como característica que no abre paso a un proceso de liquidación de la sociedad como es lo normal en otros supuestos. La excepción a esta regla general viene determinada por las propias características del proceso de fusión en el que, como vemos, se produce un traspaso en bloque del patrimonio social, no solo de los elementos del activo del mismo. De esta forma, tras el traspaso no quedarán obligaciones de ningún tipo que satisfacer ni un patrimonio líquido resultante de la satisfacción de las deudas que repartir entre los socios o que se incorpore a la sociedad absorbente o beneficiaria de la escisión. Así, Garrigues y Uría en su tradicional obra sobre la Ley de Sociedades Anónimas afirman que "... es lícito mantener como principio que la liquidación es incompatible con la fusión".

Sobre este aspecto no cabe ninguna duda, ahora bien el problema se suscita sobre el alcance de esa incompatibilidad y, mas concretamente, sobre si resulta o no posible la fusión en la que alguna de las sociedades

participantes esta en liquidación. A este interrogante la mayoría de la doctrina patria ha respondido afirmativamente, indicando que la fusión se produce entre organismos vivos con plena capacidad de obrar y las sociedades en liquidación lo son por lo que no hay argumentos que impidan el acceso a la operación de fusión con tal que se observen las notas de ésta. La fusión supone un traslado de todo el patrimonio social de forma única, lo que denominamos sucesión universal, siendo indiferente que éste sea el total patrimonio de la sociedad o la parte que resta despues de haber liquidado parte del mismo. En ambos casos, la contrapartida de la aportación serán los derechos de socio de la entidad cesionaria, sus acciones en la proporción que se haya determinado. Desde esta consideración debe, pues, admitirse la posibilidad de la fusión con sociedades en liquidación.

Esta conclusión no se ve alterada por el hecho de que en algunos casos nuestro Alto Tribunal se haya pronunciado en contra, como sucede con la sentencia de 2 de octubre de 1942 en la que se niega la posibilidad de la fusión si una de las sociedades estaba en liquidación. En este supuesto el Tribunal Supremo entendía que no había realmente una fusión sino una compraventa de activos por un precio definido previamente y

materializado en acciones de la presuntamente sociedad absorbente. Tal vez, la acertada resolución aquí expuesta se centraba en la circunstancia de que no había un patrimonio formado por derechos y obligaciones, sino tan solo un activo líquido resultante de la satisfacción de las deudas sociales, de modo que, ultimada la liquidación, solamente restaba el reparto de los bienes a los socios. Fuera de estos supuestos parece que puede seguir admitiéndose la fusión con sociedades en liquidación.

Sin embargo, esta opinión mayoritaria no tenía un reflejo legal por lo que la incertidumbre seguía subsistiendo sobre todo en esos casos límite como el anteriormente apuntado. Fruto de esa situación es la aceptación por el legislador de la conveniencia de dar una solución positiva al problema planteado, lo que se produce en la redacción del texto refundido de la nueva Ley de Sociedades Anónimas cuyo artículo 251 admite la participación de sociedades en liquidación en proyectos de fusión "... siempre que no haya comenzado el reparto de su patrimonio entre los accionistas". La legislación fiscal -RD Ley 7/89- recoge esta misma orientación al configurar la operación de fusión por lo que huelga mayor comentario.

## 5.2. Transmisión patrimonial.

### 5.2.1. Sucesión Universal: principio rector.

El segundo de los presupuestos de las operaciones de fusión y escisión es el constituido por la transmisión del patrimonio de las sociedades que intervienen. En la fusión y, con sus características propias, en la escisión la concentración de patrimonios "se produce en grado superlativo", dentro del conjunto de posibilidades en las que pueden manifestarse los procesos de integración empresarial. Dicha transmisión se caracteriza por ser de carácter universal, o, por utilizar, la propia terminología del antiguo artículo 142 de la Ley de Sociedades Anónimas del 51 mediante "... el traspaso en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad que haya de adquirir los derechos y obligaciones de aquéllas". Dicha sucesión a título universal que se recoge en la Ley viene a responder a la conclusión unánimemente alcanzada por la doctrina y la propia legislación previa al abordar incidentalmente la cuestión objeto de debate. Siguiendo a los profesores Garrigues y Uría podemos establecer un somero repaso a algunos de los principales jalones en la formulación de ese principio. Dichos profesores indican como el artículo 188 del Código de Comercio recobra

sentido con la vista puesta en una cesión global de los bienes, activos y pasivos, constitutivos del patrimonio de la sociedad de ferrocarriles que se disuelve al fundirse, ya que si no carecería de sentido exigir la conformidad de todos los acreedores o, por el contrario, la exclusión de ese consentimiento cuando se asegurase la individualización de las respectivas garantías e hipotecas. Del mismo modo, la Ley de 11 de julio de 1941, reguladora del traspaso de los negocios bancarios, entiende la fusión como un todo único y no como una serie de transmisiones aisladas de elementos patrimoniales. Por su parte, el Tribunal Supremo en sentencia de 27 de marzo de 1920 resuelve que la sociedad destinataria de la fusión es responsable de las deudas de las sociedades preexistentes consecuencia de la asunción de las obligaciones de aquéllas como contrapartida precisamente de los bienes y derechos adquiridos. Este mismo órgano judicial en otro pronunciamiento de 10 de febrero de 1927 acepta la sucesión de una sociedad por otra con tal que constase claramente que había existido en la operación una aceptación de su activo y de su pasivo. Por ello, los referenciados autores indican, con cita textual, que "se desprende de todo esto que la ley española vigente -la referencia es a la de 1951-, al recoger el principio de la sucesión universal o de traspaso en bloque de los respectivos patrimonios sociales de las sociedades que se

fusionan, siguió una línea que contaba en nuestro país con precedentes jurisprudenciales y doctrinales de considerable valor".<sup>45</sup>

El principio de sucesión universal que venimos manejando supone que la transmisión de la totalidad del patrimonio social se produce de forma global e instantánea, sin necesidad de arbitrar un procedimiento propio para cada uno de los bienes que forman aquel, lo que haría prácticamente imposible el proceso de fusión. En palabras del legislador, contenidas en la Exposición de Motivos de la Ley 76/80, se señala que "... para ambos supuestos -fusión por absorción o fusión creación- se declara que la fusión se realizará traspasando en bloque el patrimonio activo y pasivo de las sociedades extinguidas a la nueva o supérstite, porque de no aceptar ese principio habría que fraccionar en cada caso la transmisión patrimonial en los singulares negocios jurídicos, aptos para transferir aisladamente los diferentes elementos patrimoniales de una sociedad a otra".

Por contra, las operaciones de fusión o escisión suponen una subrogación de carácter global, de forma simultánea en todos los casos y por razón de ley. Decimos de carácter global por cuanto la sucesión se

---

<sup>45</sup> Op. cit. "Comentarios...", pag. 748.

refiere a la totalidad de las relaciones jurídicas de las que son titulares las sociedades que se extinguen y ello con independencia de la clase o naturaleza de los bienes, derechos y obligaciones en que aquéllas se traduzcan. En este sentido, la sucesión supone la asunción de la posición jurídica de la sociedad sustituida, a salvo siempre de las relaciones privilegiadas o especiales por razón de la persona, y da lugar a dos cuestiones que serán abordadas a lo largo de las próximas líneas: la quiebra del principio cuando de la transmisión de locales de negocio se trata y el problema de dicha sucesión cuando se produce en el terreno fiscal.

Ahora bien, conviene señalar que para un sector doctrinal, el mismo concepto que venimos empleando de sucesión universal para describir las características del traslado patrimonial no tiene, en opinión aquí de Duque Dominguez, "... mas que un valor de analogía".<sup>46</sup> Otros conceptos, como el de la novación de la relación societaria, serían plenamente aplicables porque con todos ellos no quiere sino ponerse de manifiesto que lo característico de la traslación patrimonial es la voluntad de los socios partícipes de las sociedades afectadas de llevar adelante las actividades hasta

---

<sup>46</sup> Duque Dominguez, J. "La fusión en el proyecto de reforma del Derecho de sociedades y su comparación con el Derecho comunitario de la tercera directiva". Rvta de Derecho Bancario y Bursátil nº 32 Pag. 735.

entonces desarrolladas con otra organización. Lo importante será, por lo tanto, la decisión de continuidad en la actividad social. Para llevar esto a buen puerto, lo interesante es la utilización de un régimen jurídico típico que conciba la operación unitariamente y a esto es a lo que responde la institución de la fusión.

Admitiendo esta relativización del término sucesión universal, que caracteriza el proceso de fusión, no por ello debe dejar de analizarse sus características de acuerdo con la doctrina mas tradicional.

Así, cabe precisar que la sucesión se produce "unu acto", por utilizar la expresión empleada entre otros por Mateu-Ros, es decir de forma simultánea en todas las relaciones y por obra de la ley -"ope legis"- sin necesidad de cualesquiera otros negocios jurídicos accesorios a los mismos acuerdos de fusión o escisión, quedando condicionado todo ello a la efectiva realización de los requisitos en forma y plazos de la operación y a su inscripción en el Registro Mercantil. El hecho de que la legislación española de 1951 no exprese el momento a partir del cual se realiza la transmisión patrimonial no es, en palabras de los profesores Garrigues y Uría, un hecho que haga surgir ninguna duda al respecto. Con mas claridad el nuevo texto refundido recoge el doble requisito de la escritura pública de fusión y de su inscripción, sin el cual, el acuerdo adoptado no sería

valido. De la Cámara <sup>47</sup> manifiesta que "... la escritura inicia el proceso de transmisión en bloque de las sociedades fusionadas...Claro está, que la fusión no inscrita es inoponible a terceros de buena fe,...".

Retomando, pues, el hecho de que la fusión y la escisión total se configuran como una sucesión universal debe señalarse que ésta no es una nota típica de toda transmisión de un conjunto de bienes y derechos sino que obedece a una decidida voluntad legislativa que entiende que éste es el mejor medio para que una determinada institución logre los fines para los que esta específicamente diseñada. Razones que avalan esta postura son tanto de índole práctica como jurídica. Entre las primeras, de acuerdo con Mateu-Ros, Motos y otros debe resaltarse que es necesario evitar la necesaria prestación de consentimiento por parte del titular crediticio en cada una de las relaciones deudoras entre las que las sociedades pudieran encontrarse. En pocas palabras, ya que la operación tiene efectos no solo

---

<sup>47</sup> Referencia tomada de la obra "Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación", Garrido de Palma y otros. Ed. Trivium 1989. Pag. 807.

Estos autores indican como la inscripción y publicación en el Registro Mercantil dotará al acuerdo de fusión de plena eficacia "erga omnes", sin perjuicio de lo cual la escritura pública por sí desplegará su eficacia "inter partes", como representativa de un contrato perfeccionado, pudiendo exigirse coactivamente su cumplimiento o derivando las consiguientes responsabilidades de su inobservancia.

internos a las sociedades interesadas sino que también afecta a terceros que, por lo que aquí interesa, ocuparían la consideración de acreedores de las sociedades que se fusionan y que por virtud de lo que se dispone en el artículo 1205 del Código Civil es necesario que en toda novación que consista en sustituir un deudor por otro consienta el acreedor, la legislación española opta por un procedimiento mas simple que permita garantizar los derechos del acreedor y a la vez no distorsione los efectos de la fusión. Procedimiento que no es otro que el de la oposición de aquéllos cuando no encontrasen suficientemente garantizados sus derechos. Oposición que se recoge en similares términos, aunque no en los plazos en los que debe ejercerse, tanto en el artículo 145 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 como en el 243 del moderno texto refundido de 1989. No es este el lugar mas adecuado para profundizar en la variedad de aspectos que pueden surgir con relación al tema de la oposición de los acreedores ni extenderlo a la protección de los propios accionistas y considerar las implicaciones en éstos y la desaparición de esa posibilidad en la vigente regulación a semejanza de lo que ya regía en sectores específicos como la banca o los seguros. Su referncia es sólo a efectos de insistir en la cualidad de la fusión y escisión como operaciones que transmiten el patrimonio, activo y pasivo, no de forma

aislada, elemento a elemento sino conjunta y universalmente por decisión del legislador al ser así mas conveniente para la correcta producción de los efectos de ambas instituciones. Por su parte, las anteriormente indicadas razones jurídicas ya han sido, asimismo, apuntadas cuando se señala la dificultad y riesgo que supone instrumentar una operación unitaria mediante la utilización de los múltiples cauces existentes para la transmisión de las diferentes categorías de elementos patrimoniales: bienes muebles, inmuebles, derechos de crédito, obligaciones, valores, etc.

Doctrinalmente parece ampliamente reconocido el hecho de que la transmisión patrimonial, que constituye uno de los presupuestos de las operaciones examinadas, se produce de forma global, con una sucesión, en términos generales dejando a salvo claro está las relaciones personalísimas, de la posición jurídica de las sociedades que se extinguen por parte de las supérstites.

Dicha postura encuentra su continuación en varios pronunciamientos de la Administración Tributaria cuando resuelve las dudas suscitadas por los contribuyentes al respecto.

Las contestaciones consideradas al efecto se han decantado por considerar que estas operaciones no pueden entenderse como una mera transmisión de elementos patrimoniales aislados, "como una enajenación de dichos

valores que exija la correspondiente inversión, dado que la fusión forma parte de un proceso complejo, de alcance mas amplio que la mera enajenación, en el que se producen como características principales el traspaso en bloque del patrimonio social de la absorbida a la absorbente y la sucesión universal de ésta en todos los derechos y obligaciones de aquélla", como así se ha hecho ver en esta contestación de 14 de mayo de 1984, que, no obstante, no es única, pudiéndose citarse, asimismo, las de 13 de febrero de 1987, de 26 de enero de 1983, la de 17 de octubre de 1988 y la de 13 de julio de 1989 que indica en similitud de términos con los antes expuestos que "... en todo proceso de escisión, sea total o parcial, se traspasa en bloque todo o parte del patrimonio de una sociedad a título de sucesión universal, quedando la sociedad beneficiaria del mismo subrogada en todos los derechos y obligaciones de la sociedad escindida."

En definitiva, de las anteriores contestaciones puede afirmarse que, al menos en este orden tributario al que aquéllas se refieren, la operación de fusión o escisión es básicamente la sucesión de una sociedad, la resultante de la operación, en la posición jurídica que ostentaba otra sociedad, la originaria del proceso, con lo que a aquélla deben aplicarse las titularidades jurídicas que a la primitiva correspondieran en función

de los bienes y derechos que fuesen objeto de dicho proceso.

Así, este principio se concreta en las consecuencias que a continuación se detallan de acuerdo con las contestaciones antes reseñadas.

En la primera de las consultas comentadas, se discutía la exigencia de que las sociedades que intervenían, en este caso, en la fusión, hubiesen realizado actividades empresariales al menos durante los tres años anteriores a la fecha del acuerdo de fusión, entendiéndose que se cumplía con este requisito aunque una de ellas se hubiese creado recientemente como consecuencia, a su vez, de un proceso de fusión, ya que "en virtud del principio de sucesión universal habría que afirmar que continuó, o se subrogó, en la actividad realizada por las absorbidas", con lo que la sociedad resultante parece seguir las vicisitudes de las originarias, continuando con su posición jurídica. Por su parte, la de 1983, en segundo lugar citada, contesta negativamente a los intereses del contribuyente indicando que "la entidad absorbente sucede a título universal a las absorbidas en la totalidad de derechos y obligaciones. Por consiguiente no pueden unificarse en una misma modalidad las deducciones pendientes de aplicación en las absorbidas y que legalmente puedan

aplicarse en la absorbente por reunir todos los requisitos exigidos, sino, todo lo contrario, la entidad absorbente sucede a la absorbida en la modalidad específica que quedase pendiente de aplicación", que igualmente pone de manifiesto como la posición de la nueva sociedad no es mas que una continuación de la posición de las participantes del proceso de fusión o escisión. Aquí conviene realizar un inciso en el desarrollo que viene efectuándose para poner de manifiesto que esta sucesión en la titularidad de una empresa por otra no queda reducida a una mera asunción de la representación de la sociedad que se extingue sino que efectivamente se adquiere su patrimonio, incorporándolo al propio, y recibe a los accionistas de la primera con la plena recepción de la posición que aquélla detentaba. Así en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1963 se indica "... la entidad que continua no es la representante de la fusionada a ella, sino mas bien su sucesora por el único titulo de la fusión, con la eficacia de disolver y extinguir el ente incorporado, sin que pueda siquiera perdurar a los efectos de su liquidación..."

Por último, la contestación de 13 de julio de 1989, indica que "... la nueva sociedad deberá contabilizar en su constitución como reservas la parte

del saldo de las cuentas <Regularización. Ley de Presupuestos de 1983>, <Previsión Libertad de Amortización> y <Subvención en Capital>, afectas a los bienes traspasados, de manera que la primera se aplicará a los fines legalmente establecidos a la misma, mientras que las otras se imputarán como ingreso en la cuenta de resultados a medida que se efectúe la amortización técnica de los bienes traspasados y vaya transcurriendo el período de diez años desde la percepción de la subvención por la sociedad escindida, respectivamente".

5.2.2 Subrogación y normativa fiscal. Un caso especial: el IVA.

Esta postura, encuentra no obstante un límite en el artículo decimosexto del reglamento y séptimo de la ley de 1980 al determinarse en éstos la no transferibilidad de las pérdidas, se entiende, bases imponibles negativas, lo cual será objeto de un comentario mas detenido al enfocar los requisitos fiscales de las operaciones, punto al que nos remitimos. En consecuencia con este último límite y no obstante la especial consideración que merecerá en su momento, sí que debe ponerse de manifiesto que no faltan otras contestaciones que no refrendan las previamente

señaladas, como es la de 20 de junio de 1989 en la que con relación al Impuesto sobre el Valor Añadido se determinaba que las deducciones correspondientes al régimen transitorio sólo pueden ser ejercidas por la sociedad que inicialmente generó el citado derecho y no por la que, como consecuencia de uno de estos procesos, se sitúa en su posición, con lo que ignora la sucesión que efectivamente se produce con relación a los restantes créditos que pudiera tener la absorbida que, sin ninguna duda, sí van a ser objeto de la oportuna transmisión. Con todo, esta problemática será objeto de nuevo tratamiento mas detenido explicando las razones que desde el punto de vista de la práctica administrativa permiten sustentar una posición contraria a la formulación general del Derecho Mercantil sobre la transmisión universal de los derechos y obligaciones que se produce en la fusión.

### 5.2.3 Traspaso de local de negocio: una solución contraria.

Un punto sobre el que conviene detenerse, aunque su trascendencia y cuantía sea mas bien anecdótica dentro del conjunto de aspectos de las operaciones examinadas, es el referente a la quiebra del pretendido caracter de sucesión universal que se predica con

relación a la transmisión del patrimonio empresarial cuando el elemento objeto de la misma es un local de negocio sujeto a arrendamiento. Resulta interesante poner de relieve que esta quiebra se produce en el mismo ámbito mercantil y trae su causa en la contraposición de dos de sus instituciones con una acendrada historia a diferencia de otros problemas que se producen a la hora de aplicar todas las consecuencias del principio de sucesión universal al plano fiscal. En este caso, el mercantil, una parte muy cualificada de la doctrina (entre otros Uría, De la Cámara, Motos Guirao, etc.) estimaba que la fusión eliminaba la exigencia de que la sucesión en la posesión arrendaticia de un local se realizara via traspaso como consecuencia de esa situación de cuasi sucesión universal que la operación de fusión o escisión implica, en algunos casos se ha dicho de sucesión "mortis causa", postura defendida por algunos autores, aunque con no notable éxito. En este sentido, Garrigues y Uría sostienen que "... El principio de sucesión o traspaso en bloque ... sería incompatible con la necesidad de observar en la transmisión de la posesión arrendaticia de los locales de negocio las prescripciones establecidas en la ley de arrendamientos para el traspaso de dichos locales. Si hubieran de observarse esas prescripciones, ya no estaríamos en presencia de una transmisión en bloque, sino ante una transmisión de local de negocio

separada de los demas elementos patrimoniales, activos y pasivos, de la sociedad extinguida".<sup>48</sup> Siguiendo esta línea argumental los indicados autores señalan que las disposiciones de la citada ley están previstas para supuestos de sucesión a título singular del local de negocios pero no para la sucesión universal que la fusión pretende. Esta concepción se recoge en la propia ley de arrendamientos para otros supuestos similares cuando la sucesión lo es de los herederos, arrendatarios o del socio en la sociedad civil por lo que tendría cabida también cuando de la fusión se tratase. Frente a la anterior postura, no ha sido esa la conclusión a la que doctrinal y jurisprudencialmente se ha llegado. De acuerdo con De la Cámara y Chuliá debe prevalecer la idea del traspaso sobre el régimen general de la fusión debido al caracter personalísimo del contrato de arrendamiento, por lo que en el caso de que la sucesión se produzca debe concederse al arrendador el derecho a adquirir de forma preferente el local arrendado. Esta orientación se vió reforzada tras los pronunciamientos del Tribunal Supremo en sentencias de 19 de diciembre de 1959, 4 de noviembre de 1960, 1 de diciembre de 1961 y de 8 de marzo de 1969, entre otras sentencias. Esta última sentencia expresa "que sobre la base cierta que la sociedad a cuyo favor se

---

<sup>48</sup> Op. cit. "Comentarios ...", pag. 750.

estableció la relación arrendaticia ha quedado extinguida y absorbida por otra en todos sus derechos y obligaciones,... es indudable que se ha incidido en la causa resolutoria prevista ... al haberse operado un cambio en la persona del arrendatario sin anuencia de la propiedad,...", añadiéndose a continuación de forma clara que la razón de esta solución no es otra que la propia naturaleza del contrato de arrendamiento "... y así tiene que ser, dada la naturaleza personal del contrato ... sin que pueda pasarlo a otro porque ello constituye acto de disposición que es atributo de la propiedad, ya que el arrendatario solo adquirió el derecho de uso sin facultad de transmisión por actos inter vivos o mortis causa...". Para hacer frente a situación de forma directa el legislador ha comprendido la necesidad de modificar la regulación positiva de la figura del arrendamiento, evitando nuevas objeciones. En esta dirección, tanto el artículo 19 de la Ley 19/89, de 25 julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil, como el RD Ley 7/89, de 29 de diciembre dan nueva redacción al artículo 31.4 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, Decreto de 24 de diciembre de 1964, con el siguiente tenor: "No se reputará causado el traspaso en los casos de transformación, fusión o escisión de Sociedades o Entidades públicas o privadas, pero el arrendador tendrá derecho a elevar la renta como si el trasaso se hubiese

producido". De esta forma pretende zanjarse el problema suscitado con la declaración expresa de que no cabe entender producido tal traspaso pese a que el conjunto de notas de esa figura jurídica permitiría, como así lo ha hecho en las sentencias y opiniones doctrinales anteriormente expuestas, argumentar en favor de su verificación introduciendo un elemento distorsionante del proceso querido por el legislador para estos específicos supuestos de concentración empresarial.

5.2.4 Sucesión universal: alcance limitado al patrimonio transmitido.

Para cerrar el apartado referente a la nota de la sucesión universal que opera en los procesos de fusión y escisión resta indicar como las normas actualmente en vigor recogen expresamente esa característica en sus propias definiciones. A semejanza de lo que ocurre con el artículo 233 de la Ley de Sociedades Anónimas, texto refundido de 1989, que manifiesta que "la fusión ... implicará ... la sucesión universal (de) los derechos y obligaciones ...", la Ley 29/91 que regula el régimen fiscal a partir de uno de enero de 1992 recoge en su artículo 11 que "cuando las operaciones ... determinen una sucesión a título universal, se transmitirán a la

entidad adquirente los derechos y obligaciones de la entidad transmitente que se encontrasen pendientes en el momento de adoptarse el correspondiente acuerdo... Cuando la sucesión no sea a título universal, la transmisión se producirá únicamente respecto de los derechos y obligaciones tributarios pendientes que se refieran a los bienes y derechos transmitidos ...". La distinción obedece a las diferentes figuras que se recogen en la normativa y a las que se les atribuye el régimen de beneficios fiscales, por lo que mas que dar pie a una contraposición entre operaciones con y sin sucesión universal, lo que el texto nos permite afirmar es que cuando la operación suponga la extinción de la sociedad en cuestión la transmisión de su patrimonio se produce con ese efecto universal. Asi mismo, es importante notar que la sucesión pretende alcanzar ese mismo significado aunque sólo se transmita una parte del patrimonio respecto de la cual la asunción de los derechos y obligaciones se produce con la misma amplitud que en el primero de los supuestos. Por ello, la memoria del anteproyecto al comentar este precepto señala que "el artículo 11 establece la subrogación de la entidad adquirente en los derechos y obligaciones e naturaleza tributaria de los que era titular la entidad transmitente, siempre que la sucesión sea a título universal. Se trata de una trasposición al ámbito

tributario de los efectos propios de la figura de la sucesión universal. Cuando la adquisición no se realice a título universal, como en la aportación de activos, la subrogación únicamente se produce respecto de las obligaciones vinculadas a los bienes y derechos transmitidos. Se observa que el precepto apura hasta el máximo las consecuencias que se deducen del principio de continuidad". En definitiva, puede afirmarse que la operación de fusión y de escisión, cuando implica la extinción de la sociedad transmitente, consiste una subrogación o novación subjetiva, de modo que la sociedad nueva o absorbente sucede a la extinguida en la totalidad de las titularidades de aquélla. En la escisión parcial y en la aportación de activos, la subrogación lo es con el mismo alcance pero sólo en lo que afecte o se vincule a la parte del patrimonio objeto de la operación.

#### 5.2.5. Integración de la estructura financiera.

##### 5.2.5.1 La reserva por "prima de emisión".

Una cuestión ligada al fenómeno de la sucesión universal es el que hace referencia a la continuidad de la estructura financiera de la empresa extinguida. Cuando, por poner un ejemplo sencillo, dos sociedades acuerdan su fusión con absorción de una por la otra debe

establecerse la oportuna relación de canje sobre la base de los patrimonios netos de cada una de ellas, de modo que se mantenga la proporcionalidad entre lo que se recibe y lo que se entrega a cambio. Ahora bien, lo que normalmente acontece es que el valor del patrimonio entregado excede del nominal de las acciones de la absorbente que se entregan a los accionistas de la absorbida, planteándose en este momento la consideración jurídica que tal diferencia debe tener y la consecuencia fiscal que ha de dársele. De hecho esta situación se produce siempre que los respectivos patrimonios se encuentren financiados no solo por cuentas representativas de capitales aportados por los socios sino también por reservas generadas por las mismas sociedades, reflejándose en estos casos un valor real de las acciones distinto del correspondiente nominal. De esta forma, al recibirse el patrimonio absorbido, el importe de las acciones que se entregan es, en términos nominales, inferior al patrimonio neto aportado sino se quiere que los socios absorbidos obtuviesen un beneficio al recibir unas acciones cuyo nominal fuese equivalente a aquel patrimonio pero cuyo valor real excediese de lo aportado al beneficiarse de parte de las reservas de la sociedad absorbente. De la Cámara y la doctrina francesa entienden que esa diferencia aparece perfectamente recogida mediante la utilización de una cuenta que

denominan de "prima de fusión", cuyo monto es el determinado por la diferencia entre ese valor aportado y el nominal de las acciones que se entregan, todo ello conforme con las alícuotas patrimoniales acordadas en la relación de canje. Esta postura desde un punto de vista contable explica satisfactoriamente la asunción del patrimonio y la diferencia de valoraciones entre lo aportado y el valor de las acciones entregadas a cambio pero deja, no obstante, sin resolver el problema de la naturaleza de la diferencia y su tributación o no en la sociedad absorbente. Frente a esta consideración se han utilizado otras dos aproximaciones a la cuestión. En primer lugar, sobre la clásica concepción mantenida por Garrigues y Uría del concepto de "prima de emisión" como el mayor desembolso que debe realizarse por encima el valor nominal de los títulos emitidos correspondientes a aumentos de capital para mantener la equivalencia económica entre los antiguos y nuevos accionistas, se ha intentado explicar esta diferencia como una prima de estas características. Así, la contestación evacuada por la Dirección General de Tributos con fecha de 26 de marzo de 1976 se adscribe a esta línea y conforma la postura oficial al respecto sin que se hayan producido alteraciones sustanciales respecto de ella a lo largo del tiempo. En sus términos, se señala que "cuando en virtud de una ecuación de canje acordada la sociedad absorbente

adquiere un patrimonio cuyo valor es superior al nominal de las acciones que esta sociedad emite con motivo de la fusión, la diferencia resultante es, tanto desde el punto de vista jurídico como desde la vertiente financiera, una auténtica prima de emisión. Esta prima de emisión debe figurar necesariamente como tal en el balance de la sociedad absorbente, entre otras razones porque es una condición que establece el TRIS para que la referida prima no se considere ingreso a los efectos de este impuesto. Por principio, pues, las reservas de las sociedades absorbidas cualesquiera que sea el origen, la naturaleza o finalidad de las mismas, ni pueden ni deben pasar a la sociedad absorbente". Para Sanz Gadea, quienes sostienen esta tesis entienden que la sociedad absorbente adquiere bienes, derechos y obligaciones pero en ningún caso reservas ni cualesquiera otras cuentas de neto patrimonial. Esta contestación encuentra un precedente en la Resolución del TEAC de 24 de mayo de 1966 que claramente señala que "los fondos de reservas que se constituyen siempre con beneficios no distribuidos representan el exceso del patrimonio líquido sobre el capital desembolsado, o sea, el incremento obtenido por ese capital, ..., por tanto si al ser absorbida una sociedad no los valora para fijar la contraprestación que sus socios han de percibir por la transmisión a otra de sus aportaciones ... resulta que, ... la nueva sociedad

(, ésta) sale beneficiada con la apropiación de los beneficios constituidos en reserva ...", con la consecuencia que la sociedad absorbente viene obligada, en principio, a tributar por ellos aunque en la medida que la prima de emisión así obtenida se constituya en reserva no estará sujeta a gravamen por aplicación de lo dispuesto en la norma legal vigente en su momento (Ley de 15 de mayo de 1944, artículo 8 párrafo 4). En definitiva, lo que interesa a nuestros efectos resaltar de los dos pronunciamientos anteriores es la consideración de que cuando en los procesos de concentración examinados parte de los bienes se financian con cuentas de neto no representativas de capitales aportados por los socios sino generados por la sociedad absorbida, la absorbente puede obtener un beneficio "... al adquirir mediante la entrega de acciones propias un patrimonio líquido superior al valor de esas acciones" (Resolución del TEAC de 24 de mayo de 1966 citada), que debería ser objeto de liquidación si no fuera por la consideración que administrativamente se le da de prima de emisión. Ciertamente, este posicionamiento resulta muy conveniente para el accionista porque atribuye la consideración de aportaciones realizadas a las correspondientes reservas generadas por la sociedad. Para Sanchez Olivan esta postura debe rechazarse por varios motivos. En primer lugar, el concepto de prima de emisión implica la

existencia del pago de un sobreprecio sobre el nominal por parte de los suscriptores para mantener los valores teóricos antes y después de la ampliación. Esto no sucede en la fusión porque los accionistas no son los que llevan a cabo la aportación patrimonial sino que es la propia sociedad absorbida quién lo hace."Sólo liquidando de manera efectiva las sociedades que se disuelven y adjudicando su patrimonio a los accionistas podría realizarse por éstos aquella aportación. Pero nos consta que la fusión no es así...Los socios aunque sean quienes tomen los acuerdos, una vez éstos son firmes, quedan al margen de la operación de integración de patrimonios que se realiza directamente entre las sociedades".<sup>49</sup>

Atribuir, por lo tanto, la denominación de prima de emisión a esta diferencia es sólo realizable si se considera exclusivamente el punto de vista de la sociedad emisora que recibe un patrimonio mayor que las acciones que entrega y que cubre la diferencia contablemente con una cuenta de reservas cuyo funcionamiento es similar al de la reserva de prima de emisión pero cuya naturaleza es el objetivo que se plantean estas líneas. Una segunda objeción atiende al hecho de que mantener el criterio de

---

<sup>49</sup> José Sanchez Oliván "La fusión de sociedades por absorción. Trascendencia fiscal de la diferencia entre el neto patrimonial aportado y el nominal de las acciones que se entregan a cambio". Rvta de D. Financiero y Hacienda Pública nº 202. Pag. 863.

la prima de emisión permitiría la conversión de reservas no distribuibles -la legal de la absorbida- o de reservas voluntarias en reservas por prima que beneficiarían tanto a los socios de la absorbida y como a los de la absorbente, éstos últimos que en nada han contribuido a su generación, y que podría repartirse como devolución de aportaciones y no como dividendo, escapando a todo gravamen.

En este punto, conviene tener presente que la citada Dirección General de Tributos en contestación e 20 de diciembre de 1990 señala que el "... saldo de dicha cuenta integra el neto patrimonial de las sociedades que se fusionan, es una reserva mas, ..., por lo que entendemos que las sociedades fusionadas pueden disponer libremente del saldo de dicha cuenta en tanto los beneficios fiscales concedidos sean firmes,...".

Frente a esta concepción, una segunda postura mantiene que la correcta explicación pasa por admitir que la fusión implica una incorporación de la estructura patrimonial de la sociedad absorbida, con lo que lo que existe es una continuación de las mismas cuentas de reservas de ésta en el patrimonio de la absorbente. En términos generales, Sanchez Oliván entiende que las razones que avalan una consideración de este tipo pasan por afirmar la vigencia del principio de continuidad en

la operación de fusión y la propia naturaleza de la sucesión universal que comporta que la entidad absorbente venga obligada a mantener las decisiones adoptadas en su momento por la absorbida. Sanz Gadea, al plantearse la prevalencia de una u otra explicación señala que: "en nuestro criterio no se contraponen, pero entendemos que la vertiente financiera del fenómeno de la fusión queda mejor explicada si se acepta, sin restricción alguna, que las reservas y el capital de la sociedad absorbida se integran en el balance de la sociedad absorbente, sufriendo o no, según la relación de los valores teóricos, mutuas transformaciones que lucirán en el balance post fusión de la sociedad absorbente", y en otro lugar remacha con mayor rotundidad que: "La sociedad absorbente es continuadora de la estructura financiera de la sociedad absorbida, de tal manera que puede afirmarse que el capital y las reservas de la sociedad absorbida se integran en el balance de la sociedad absorbente".<sup>50</sup>

En este momento resulta conveniente realizar un inciso que ha sido puesto de manifiesto por ambos autores. Hemos dicho que la integración se produce del capital y las reservas de las sociedades intervinientes.

---

<sup>50</sup> Sanz Gadea, E. "Régimen Fiscal y Contable de la Fusión". Centro de Estudios Financieros. Madrid, 1989. Pags. 21 y 80, respectivamente.

Debe matizarse en el sentido que esa integración no es lineal, pudieramos decir, sino que en función de los valores teóricos utilizados para fijar la relación de canje habrá una transformación de una parte de reservas o de capital de la absorbida en capital o reservas, respectivamente, de la sociedad absorbente. Si el valor teórico de la absorbida es superior al de la absorbente, parte de las reservas de la primera se transformarán en capital y si es inferior la transformación se producirá de capital en reservas. En cualquier caso estas oscilaciones no alteran la conclusión obtenida, procediendo admitirse que la integración patrimonial supone no sólo la asunción de esos derechos y obligaciones que determinan el patrimonio neto sobre el que gira la relación de canje, sino que, en virtud de la sucesión universal que la operación supone, la entidad resultante aparece como continuadora de la cuentas de patrimonio neto de la que se extingue, asumiendo las obligaciones, observancia de requisitos y responsabilidades a que pudieran estar sujetas aquéllas. Esto ha sido claramente reconocido tanto legislativa y judicialmente como en vía de contestación administrativa ante supuestos concretos cuyo examen resulta interesante como refrendo a las opiniones doctrinales aquí vertidas y como contrapunto a los propios pronunciamientos

judiciales habidos al enfocar la cuestión desde la óptica del sometimiento a gravamen de posibles plusvalías.

#### 5.2.5.2 Disposición de las cuentas de neto patrimonial.

En primer lugar, puede indicarse que una de las cuestiones que mas inquietud ha suscitado es la que se refiere a las consecuencias que el traspaso, por un lado, o la simple eliminación de la cuenta o cuentas de actualización, por otro, como consecuencia del propio proceso de fusión o escisión, tiene para las sociedades afectadas.

En términos generales, la disposición de la cuenta respectiva en fines distintos de los expresamente previstos determina la integración y consiguiente tributación de la misma por el Impuesto sobre Sociedades, como se determina en el artículo 25 del RD 621/81, de 27 de marzo, sobre actualización de valores de activo, Ley de Presupuestos 1981, o en el artículo 10 del RD 382/84, de 22 de febrero, de desarrollo de la actualización de valores de la Ley de Presupuestos de 1983, por citar tan solo los dos supuestos mas significativos. Por ello, se suscitaron varias consultas sobre las consecuencias que el proceso de fusión o, en su caso, escisión pudiera

tener para esta modalidad de beneficio tributario concedido en atención a las variaciones sustanciales del valor del dinero, debido al proceso inflacionista, que deforma la contabilidad, impidiendo a ésta cumplir con su propósito de reflejar la fiel imagen de la empresa, y en las que la tónica de las contestaciones habidas es la de reconocer la neutralidad que la fusión o escisión debe tener, no determinando por sí misma una consecuencia dañosa para la sociedad afectada de modo que la integración en la estructura financiera de la nueva sociedad, si éste fuera el caso, o la desaparición misma de la cuenta cuando viniese exigido por el proceso de concentración fuera indiferente con relación a los beneficios a que había dado lugar.

Así, las contestaciones que se han producido en este orden han mantenido la misma orientación aún con anterioridad a la Ley 76/80, siendo la normativa específica de los procesos de regularización o actualización la que contiene las directrices utilizadas a este efecto para resolver la cuestión planteada. En este sentido, la contestación de la Dirección General de Tributos de 23 de octubre de 1980 manifiesta "... que cuando por exigirlo el propio proceso de concentración se elimine la cuenta 'Regularización Decreto Ley 12/73, de 30 de noviembre', no se producirán consecuencias fiscales

de ningún tipo en relación con esta eliminación, cosa que sucedería si se trata de una concentración que no goce de beneficios fiscales, excepto que la cuenta, así como los correspondientes valores de activo y amortizaciones, se conserve en la sociedad continuadora en los mismos términos que figuraban en la predecesora.", admitiéndose, del mismo modo, la posibilidad de continuar con la referida cuenta si en el proceso de concentración no se produce su eliminación, pudiéndose en este caso aplicar el régimen del que hubiera gozado la sociedad objeto de concentración, como así se determina en contestación de 18 de octubre de 1979 al manifestarse que " la cuenta de Regularización Decreto Ley 12/73, de 30 de noviembre, en la parte en que en su caso no quede eliminada en el proceso de fusión al amparo del nº 3 de la regla 18 de la Orden del Ministerio de Hacienda de 2 de febrero de 1974, por la que se aprueba la Instrucción sobre Regularización de Balances, puede traspasarse a la sociedad absorbente, siendo de aplicación al saldo traspasado la Disposición Transitoria 6ª de la Ley 61/78, de 27 de diciembre". <sup>51</sup>

Por su parte, en contestación del mismo órgano del Ministerio de Economía y Hacienda de 16 de enero de

---

<sup>51</sup> .- La Disposición Transitoria 6ª señala: "... A partir de 1 de enero de 1981, el saldo de la cuenta <Regularización Decreto Ley 12/73, de 30 de noviembre>, que no haya sido capitalizado se traspasará a la reserva legal, y el remanente, si lo hubiere, a reservas de libre disposición."

1980 se manifiesta que " Al establecer el artículo 28 de la Ley 1/79, de 19 de julio, de PGE para 1979 en su apartado b) que no será de aplicación, entre otros, el artículo 18 del Texto Refundido de la Ley sobre Regularización de Balances de 1964, quiere decir que en los casos de ... fusión y transformación el importe de la cuenta o de parte de ella, en cuanto subsista en contabilidad, no se adicionará a los resultados a que de lugar cualquiera de los procesos anteriores, a los efectos fiscales correspondientes", y, con relación a la misma normativa, la de 26 de febrero de 1980 agrega: " En los casos de fusión de sociedades, en los que como consecuencia de dichos procesos se produzca la capitalización indirecta de la cuenta 'Actualización Ley de Presupuestos 1979' o parte de ella, quedando por lo tanto eliminada total o parcialmente, deberá entenderse que no ha existido disposición de la misma".

Mas recientemente y por aplicación de las propias disposiciones reguladoras de la actualización - en este caso el RD 382/84 previamente citado - se contesta, con fecha de 11 de enero de 1985 que " Del mismo modo se procederá -obligación de observar unas específicas condiciones en la cuenta de actualización so pena de someter a gravamen el importe reflejado de la correspondiente cuenta en los supuestos de disposición de la misma- en los casos de cesión total de los negocios y

de fusión y de transformación, salvo si en estos dos últimos supuestos la cuenta, así como los correspondientes valores de activo y amortizaciones, se conservaren en la sociedad continuadora en los mismos términos que figuraban en la predecesora.", agregándose a continuación que " lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación en caso de operaciones a las que se concedan los beneficios de la Ley 76/80, cuando la cuenta quede eliminada como consecuencia de dichas operaciones".

En concordancia con lo anterior, puede citarse, asimismo, la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 4 de octubre de 1985, en cuyo Considerando 6º se indica que: "... si bien es cierto que en los supuestos de fusión de sociedades la regla general es la adición de la cuenta de Regularización a los resultados del ejercicio a efectos de su sometimiento a tributación por el Impuesto sobre Sociedades; también lo es, que se prevé una excepción para aquellos casos en los que la cuenta así como los correspondientes valores de activo y amortizaciones se conservaran en la sociedad continuadora en los mismos términos que figuraban en la predecesora; requisito este último que se cumple en el caso enjuiciado como se deduce del balance final de la sociedad absorbida en el que figura la cuenta de Regularización Ley 76/1.961 que pasa íntegramente en sus

mismos términos a la absorbente; y de ahí que deba concluirse que habiendo existido una fusión por absorción y cumplido el requisito de la permanencia de la cuenta en la sociedad absorbente no haya lugar a su tributación por el Impuesto sobre Sociedades".

En resumen, puede desprenderse de las contestaciones anteriores el constante criterio mantenido por la Administración Tributaria en virtud del cual la eliminación total o parcial de la respectiva cuenta de actualización o regularización, según los casos, ocurrida en el curso de los procesos de fusión y de escisión, al menos en sus modalidades protegidas, no implica que ésta deba considerarse como desafectada del cumplimiento de sus finalidades, con la consiguiente pérdida de los beneficios fiscales propios de la misma. Ciertamente que en todas las citas anteriores el objetivo perseguido era garantizar que la operación de fusión o escisión no pudiera verse depreciada por las pérdidas que supondría a las sociedades interesadas el incumplimiento de los requisitos exigidos en la normativa de actualización de valores al disponerse las respectivas cuentas de reserva. Pero dicha intención no oscurece la consecuencia que de las mismas también se deriva cual es la de que se admita claramente que esas cuentas de neto patrimonial se incorporen como tales, con sus propias características y con la obligatoria observancia para la entidad resultante

del proceso de los requisitos y formalidades asumidos por la sociedad extinguida.

Asumida, pues, esta conclusión podemos abordar a continuación una extensa cita de la contestación de 26 de enero de 1983 que, aunque referida a un supuesto específico de actualización, contiene una interesante descripción del procedimiento a seguir en el tratamiento de las respectivas cuentas, en la que expresamente se atiende a la continuación de la cuenta previamente constituida en la sociedad absorbida. Así, se precisa:

" Por lo que afecta ... a la posible consideración como distribuidas de las distintas cuentas de regularización y actualización de las sociedades absorbidas como consecuencia del proceso de fusión este Centro Directivo manifiesta que:

No se considerará distribuida la parte, o su totalidad, de las cuentas de actualización en los casos de fusión de sociedades cuando quede eliminada como consecuencia del proceso de dichas operaciones, ateniéndose a las siguientes condiciones.

Según dispone el artículo séptimo de la Ley 76/80, de 26 de diciembre, la sociedad absorbente puede mantener el tratamiento tributario implícito para las cuentas de actualización de las absorbidas siempre que se

cumplan los requisitos exigidos para esas referidas cuentas.

Se plantean así dos opciones para la absorbente:

a) Recoger mediante una cuenta de orden la cuantía global representativa de la revalorización efectuada al amparo de la actualización, con referencia a los elementos del activo que figuran en el activo de la absorbente, minorada, en su caso, por las pérdidas contables que figurasen en el activo de las sociedades fusionadas, en momento previo al inicio de tal fusión.

El saldo de la cuenta de orden determinará la indisponibilidad de un monto igual de reservas de la absorbente en tanto no transcurran los plazos que permitan la libre disponibilidad de las originarias cuentas de actualización.

Esta alternativa presenta la dificultad de impedir la capitalización con las exenciones previstas en el RD 621/81, de 27 de marzo.

b) Adecuar la mecánica contable de la fusión, procurando constituir una cuenta de actualización de la absorbente, que recoja los

saldos de las cuentas de actualización de las absorbidas,...

Esta reserva específica se verá condicionada al cumplimiento de los requisitos estipulados por el RD mencionado, pero será susceptible de capitalización ...".

#### 5.2.5.3. Tributación de la cuenta de "Diferencia de Fusión".

A los efectos de ultimar el examen correspondiente a la naturaleza de la cuenta que Sanz Gadea denominaba como "diferencia de fusión" y a la que Sanchez Oliván se refiere, en algún caso, como "reserva por descapitalización" resta por indicar que ambos autores se inclinan por considerar que la misma no puede ser de objeto de gravamen. Frente a ello debe indicarse que la Resolución del TEAC de 18 de noviembre de 1987, con relación a una cuestión suscitada en 1976 por lo tanto con anterioridad a la propia ley sobre el régimen fiscal de las fusiones de 1980 y a la del Impuesto sobre Sociedades hoy vigente, vuelve a insistir en la posibilidad de someter a tributación esas reservas so pretexto de la pluvialía originada en la absorbente. En esta resolución se hace tributar las reservas

incorporadas como consecuencia que la sociedad receptora no cumplió con la condición de hacer constar esa denominación en la respectiva cuenta como así exigía el artículo 16.3 del antiguo Texto Refundido del Impuesto sobre Sociedades. La postura actual no debe hacer frente a ese inconveniente puesto que el vigente impuesto omite ese requisito, considerando que las cantidades entregadas por los socios para la aportación del capital, con atribución de esa nota a las primas de emisión sin necesidad de otra formalidad contable, no son partidas positivas determinantes de la base imponible.

Aquí, el problema que se suscitó aludía no a la procedencia de dicha prima de emisión, correcta sobre los valores contables que se habían tomado para la absorción, sino sobre si la simple anotación contable era un procedimiento idóneo para entender constituida ésta o, por el contrario, era necesario un refrendo formal en el acuerdo de fusión. Este dilema se resuelve en Resolución del TEAC, de 18 de noviembre de 1987, en la que se reiteran los términos de la previa del tribunal provincial "a quo", de 14 de julio de 1982, que, aunque no contiene una doctrina interpretativa de la normativa sobre fusiones y escisiones vigente por referirse al ejercicio 1976, sí resulta interesante al manifestarse que no es suficiente la anotación contable para entender correctamente constituida la citada reserva. La

consecuencia que se deriva del caso es que la anotación no se reviste de tal categoría, debiéndose satisfacer el correspondiente impuesto en cuanto que plusvalía puesta de manifiesto en el proceso de absorción.

Así, se establece que "... la citada prima no se considerará ingreso y, por consiguiente, no será sometida a tributación por el Impuesto sobre Sociedades, siempre que se destine a una reserva por prima de emisión de acciones", añadiéndose a continuación que "... el asiento efectuado en la contabilidad de la absorbente, ..., (carece) de eficacia para gozar del beneficio previsto". Por su parte, con carácter doctrinal viene a concluir en relación con la citada prima de emisión pero también con relación a las reservas legal y voluntaria que lucen en el balance de la absorbida que "... las reservas de la sociedad absorbida no pueden ni deben pasar a la absorbente, salvo en los casos expresamente previstos en una norma especial -en el caso debatido la cuenta <<regularización Ley 12/73>>- ...", ya que en ese caso las cantidades en ellas recogidas ponen de manifiesto una plusvalía sometida a tributación, como se ha apuntado anteriormente.

Con todo, Sanz Gadea insiste en que la cuenta denominada de "Diferencia de fusión" no es un beneficio para la sociedad absorbente, ya sea porque gozando de la cualidad de prima de emisión, ésta no tributa por ser una

aportación de bienes a título de la operación societaria de fusión, ya sea por ser continuadora de la estructura financiera de la absorbida, por lo será un beneficio acumulado pero no de la absorbente sino de la aquélla. Sanchez Oliván acuerda igualmente que no procede la sujeción a gravamen si la naturaleza fuera la de prima de emisión, aunque dado su oposición a tal concepción ve el peligro de una interpretación, sobre la falta de pronunciamiento de las normas legales, coincidente con el último de los pronunciamientos citados. De ahí que, en primer lugar, pueda admitirse que esta situación haga aconsejable el mantenimiento de la postura oficial de conceptuar la diferencia de fusión como una prima de emisión con lo que los problemas desaparecen antes de plantearse siquiera y, en segundo lugar, que fuera aconsejable una modificación legal que prevea que la diferencia entre el capital / neto patrimonial aportado en la fusión y el capital / nominal de las acciones entregadas a cambio de aquel no sea susceptible de sometimiento a gravamen.

En esta línea, indicar, en último lugar, que las modificaciones introducidas en la normativa fiscal a lo largo de 1991 han alterado los términos en los que se planteó la cuestión anteriormente. La Ley 29/91 pretende conseguir la máxima neutralidad en la consideración fiscal de la operación para lo cual opta por respetar los

valores originales a efectos fiscales con independencia de las alteraciones de valor que se hubieran producido en el plano mercantil y de la relación de canje que al efecto se hubiera adoptado. La obligada consecuencia de la norma, pese a la ausencia de un precepto en ese sentido, es la no consideración de incremento gravable por la realización de la operación de fusión o escisión en sí misma, con lo que la diferencia de fusión representativa de las cuentas de reservas no debe constituir un elemento significativo en la consideración fiscal.

### **5.3 Incorporación de la masa social.**

El tercero de los presupuestos a los que aludimos con anterioridad al considerar estas operaciones es el que se refiere a la incorporación de los socios desde las sociedades extinguidas a las que resultan de la operación, ya sea de fusión, ya sea de escisión total.

Con caracter general puede indicarse que la incorporación es un rasgo distintivo de estas operaciones frente a otros procesos de integración empresarial que no implican la confusión entre los socios. Por incorporación de los socios debe entenderse de acuerdo con diversos

autores (Garrigues, Uría, Mateu Ros, por citar algunos de ellos) el que sean los socios y no la sociedad de la que forman parte quienes reciban las acciones. Como se señala por los dos primeros autores citados: "No basta con la confusión total de dos o mas patrimonios sociales para que pueda hablarse de fusión en sentido rigurosamente técnico. Fundir sociedades ... es algo mas: es unificar grupos sociales que tienen un soporte humano de importancia decisiva ... establecer un vínculo directo entre los miembros de cada grupo. Por eso puede decirse que lejos de producirse la disgregación del vínculo social, ... se produce, en definitiva, la ampliación de ese vínculo".<sup>52</sup>

Para conseguir esa unión social se exige que sean precisamente acciones de la absorbente o de la destinataria y no otros bienes de éstas los que se obtengan a cambio de su participación en la sociedad extinguida de modo que la proporción entre lo entregado y lo recibido guarde una relación de equivalencia sin que, como consecuencia del proceso, se produzcan beneficios o perjuicios entre los diferentes miembros de las sociedades implicadas.

---

<sup>52</sup> Op. cit. "Comentarios ...", pag. 755.

Por ejemplo, no constituye un supuesto de fusión por faltar este elemento de integración personal la simple toma de control de una sociedad con entrega de acciones a cambio. Aquí, cada sociedad mantiene su personalidad jurídica independiente y los socios no se confunden. La operación implica, sóloamente, que la sociedad adquirente recibe a cambio de su participación un conjunto de acciones que mantiene en su activo sin su asignación a sus propios socios.

#### 5.3.1 Compensaciones en metálico.

Sin perjuicio de comentar a continuación el requisito de proporcionalidad que ha de regir el intercambio de valores entre los accionistas y la valoración sobre la que ha de construirse la relación de canje subsiguiente, sí conviene detenernos unas líneas para resaltar que la entrega exclusiva de acciones admite ciertas compensaciones distintas de entrega de esas acciones. Garrigues y Uría consideran que a falta de una expresa manifestación legal éstas son admisibles "... dada la dificultad de hacer acoplamientos perfectos entre el valor pecuniario de las participaciones de los socios en las sociedades extinguidas y el valor nominal de las

acciones recibidas" <sup>53</sup> , aunque estas compensaciones no deben pasar de ser meramente restos o picos a riesgo de desvirtuar la operación en sí misma. Esta orientación defendida doctrinalmente <sup>54</sup> ha sido efectivamente recogida en nuestra legislación mercantil con ocasión de la recepción de normas comunitarias, concretamente en el artículo 247 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas que indica: "Cuando sea conveniente para ajustar el tipo de canje de las acciones, podrán recibir, además, una compensación en dinero que no exceda del 10 por 100 del valor nominal de las acciones atribuidas", aunque Duque Dominguez entiende que esta compensación en metálico solo se permite en cuanto que resulta totalmente necesaria para ajustar la relación de canje y no con finalidades distintas. Similar manifestación a la legislación mercantil se contiene en el RD Ley 7/89, que modifica la regulación fiscal hasta entonces vigente que se limitaba a señalar la recepción de un número de

---

<sup>53</sup> Op. cit. "Comentarios...", pag. 757.

<sup>54</sup> Además de los profesores citados: De la Cámara, Motos Guirao y otros. Girón Tena hace depender su admisibilidad del hecho de que su existencia quedara claramente reflejada en los acuerdos, quedando su función exclusivamente circunscrita a la nivelación de diferencias. Siguiendo a Uría debe resaltarse que la legislación alemana mantiene la posibilidad de realizar esas compensaciones mediante entrega de dinero, siempre que no se supere el 10 por ciento del nominal de las acciones entregadas por la sociedad absorbente.

acciones equivalente sin mayor precisión, y la Ley 29/91 que configura el sistema tributario hoy en vigor.

### 5.3.2 Proporcionalidad en la integración.

Con todo, el rasgo definitivo no es otro que el de la necesaria proporcionalidad que ha de existir entre las participaciones que los accionistas de las entidades extinguidas tienen en éstas y el valor de las acciones de la destinataria que éstos reciben a cambio de su incorporación. A este requisito se refiere el artículo 142 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 y el 247 del texto refundido de la misma de 1989 con idéntica cita: "Los socios de las sociedades extinguidas participarán en la sociedad nueva o en la absorbente, recibiendo un número de acciones proporcional a sus respectivas participaciones". Por su parte, la Ley fiscal de 1980 alude a la cuestión con el término "un número de acciones equivalente", que aunque no idéntico sí trasmite una misma idea al respecto. Su Reglamento se refiere a este punto en términos mas ambiguos puesto que indica que: "... el valor de las acciones recibidas por los socios de las sociedades que se disuelven sea coincidente con el correspondiente patrimonio aportado", donde la precisión debe imputarse no solo a un mayor celo del redactor

reglamentario sino que no excluye tampoco que dicha redacción permita, con el apoyo legal del término "equivalencia", encubrir una deliberada intención de separarse de la regla de la proporcionalidad para instaurar una absoluta identidad entre los valores en cambio, patrimonio versus acciones. El RD Ley 7/89, que modifica parcialmente la norma anterior, recoge en su formulación la terminología tradicional: "proporcionalidad", aunque en nada se altera por la recepción de la terminología mercantil: la conclusión a la que llegaba la normativa modificada al exigir que la relación de canje se halle sobre los valores contables se mantiene invariada.

Por lo tanto, podemos concluir que la regla de proporcionalidad a la que venimos refiriéndonos, la cual debe regir los procesos de fusión y, en su caso, escisión de sociedades, lo que ciertamente pretende no es más que garantizar la equidad de trato entre los accionistas / socios afectados sin introducir ningún elemento adicional cual es el de la valoración de los patrimonios sociales.

Una especial consideración debe hacerse en el examen de este principio de proporcionalidad en relación con la escisión de sociedades. Como hemos visto, la proporcionalidad exige que la integración de los socios afectados se haga con garantía de un tratamiento

equitativo para los mismos. Esto no plantea en el caso de la fusión mas objeciones que asegurar que no se producen alteraciones en la valoración de la parte del patrimonio social que corresponde a cada socio o grupo homogéneo de socios y que las acciones recibidas por éstos mantienen una valoración homogénea. De esta forma, al no existir mas que una entidad absorbente o nueva no existen otras objeciones.

Por el contrario, en la escisión podría plantearse la controversia en torno al respeto o no a esta exigencia de proporcionalidad si dentro de la masa social grupos específicos recibiesen acciones de las divesas entidades destinatarias distintas o simplemente se quebrase la unidad inicial de cualquier otra forma. En una interpretación estricta del principio no resultaría posible que un grupo de accionistas de la sociedad escindida recibiese acciones de una entidad y otro lo hiciese de otra de las beneficiarias, porque con ello no se conseguiría el mantenimiento de la estructura social original previa a la operación de escisión. Esto es así porque el texto legal ofrece la idea de que todos los socios deben participar en todas la sociedades beneficiarias, manteniéndose el principio de proporcionalidad en el reparto de acciones.

Frente a esta argumentación Sanchez Oliván manifiesta que no parece que la ley tenga el objetivo de

impedir dicha actuación, siendo la exigencia de reparto proporcional una consecuencia asumida involuntariamente por la norma fiscal de la legislación mercantil que atiende con exclusividad a la operación de fusión en la que efectivamente despliega la totalidad de sus efectos. En la escisión, por el contrario, puede producir resultados contraproducentes. Sirva de apoyo a la opinión anterior y, en consecuencia, a la postura favorable a un reparto de acciones que necesariamente no deba mantener la estructura social de la entidad escindida intacta las siguientes líneas que Duque Domínguez dedica al respecto.<sup>55</sup> En ese sentido, considerando la función que la escisión desempeña en el proceso de integración empresarial debe reconocerse que "... la existencia de dos o más grupos de socios con intereses contrapuestos o con valoraciones contradictorias de lo que puede ser el interés social en un momento determinado ... puede superarse mediante una escisión a través de la cual se atribuya el activo social a dos nuevas sociedades en cada una de las cuales están agrupados los socios con intereses homogéneos o con una postura semejante con relación al desarrollo de los negocios sociales. Las sociedades nuevas, beneficiarias de la escisión, tendrían por socios un grupo de intereses homogéneos. La situación conflictiva existente en la

---

<sup>55</sup> Cita tomada de Sanchez Oliván, J. Op. cit. "La Fusión...", pag. 129

sociedad escindida habría desaparecido, distribuyéndose los socios, después de la escisión, en cada una de las nuevas sociedades creadas por la sociedad escindida". De esta forma, la proporcionalidad no se habría mantenido en el sentido de atribuir unas mismas acciones a todos los socios implicados pero tampoco se estaría atentando contra la equidad que debe de regir la incorporación social y que es, en definitiva, la aspiración a la que se tiende con la exigencia de esa proporcionalidad.

#### 5.3.3. Relación de canje y actualización de valores.

En esta línea y aceptando que la incorporación de los socios ha de venir determinada por la idea de la necesaria proporción entre las participaciones aportadas, surge, pues, la necesidad de determinar el criterio de valoración que va a emplearse en fijar el importe de aquéllas. Tradicionalmente, el problema se centra en decidir si la relación de canje debe establecerse sobre los valores contables, sean éstos los normales de la contabilidad o sean resultado de actualizaciones motivadas específicamente por la operación, o puede establecerse sobre una valoración de la empresa con independencia del reflejo contable que los concretos bienes pudieran tener.

Desde un punto de vista económico, una operación de fusión o de escisión no es mas que un negocio cuyo precio se establece en términos de la relación de canje que indica el importe que va a recibirse a cambio de lo entregado. Por lo tanto la fijación de ese precio no es mas que, en definitiva, el fruto de la negociación entre partes independientes que valoran los bienes y derechos, junto con las obligaciones que se asumen, pero que tambien pueden considerar otros aspectos como la marcha del negocio, las expectativas, etc. que es lo que tradicionalmente se ha denominado fondo de comercio. Doctrinalmente, la mayoría de autores ha entendido que esa relación de canje no tiene porque descansar en la contabilidad de la empresa. O, en otras palabras, que no es necesario vincular aquélla con los datos que ofrecen los registros históricos de la sociedad, pudiéndo concluirse, como indica Sanz Gadea, que "actualmente no existe precepto legal alguno que obligue a reflejar en contabilidad los valores reconocidos a efectos de la ecuación de canje" <sup>56</sup>. Nuestra normativa mercantil tradicional no obligaba al respecto. Para De la Cámara, según recoge Sanchez Oliván <sup>57</sup>, lo cierto es que "... en realidad la Ley de

---

<sup>56</sup> Op. cit. "Regimen fiscal...", pag 79.

<sup>57</sup> Sanchez Oliván "La Fusión de Sociedades. Estudio económico, jurídico y fiscal". Edersa 1987. Pag. 89 y ss.

Sociedades Anónimas se ha desentendido del problema concerniente a la recíproca valoración de los patrimonios de las sociedades que se fusionan y, por tanto, no impone ningún criterio respecto a cómo debe fijarse el tipo de canje. Se trata de una cuestión que escapa a su competencia, pues existen numerosos sistemas y procedimientos dirigidos a establecer la relación de cambio y no parece procedente que el legislador imponga uno concreto". Pero esta postura que asumen ambos autores podría ser objeto de contestación en base a la exigencia de protección de los derechos de los accionistas que al asumir el compromiso de llevar a cabo la operación requieren conocer la mas correcta valoración de las empresas, el empleo de métodos homogéneos de cálculo, etc. que, en definitiva, aseguren que la relación de canje se hace sobre valores lo mas próximos a los reales. Sin embargo esta consideración debe rechazarse porque la normativa sostiene el derecho del accionista disidente a recibir el valor real de su participación, pero no dice que ésta sea la determinada por la relación acordada. Una cosa es que los balances elaborados con ocasión de la adopción de los acuerdos de fusión deban recoger la valoración real del patrimonio para que los accionistas y los acreedores, como principales afectados, tengan una clara imagen de la realidad empresarial y adopten sus decisiones con las máximas garantías y otra que, una vez

expuesta ésta, pueda decidirse por los accionistas adoptar una determinada relación de canje que pudiera diverger de la primitiva valoración efectuada. En palabras de Angel Luis González <sup>58</sup>, puede afirmarse que "... pensamos que lo ideal es que el canje se haga sobre los valores contables ajustados, pero analizando detalladamente la Ley -la referencia es a la de Sociedades Anónimas de 1951-, no vemos inconveniente en que no sea así ... Si en el balance se contabilizan todas las posibles plusvalías, el canje sale automáticamente del enfrentamiento entre los respectivos patrimonios contables. Si no fuera así, el canje se calcularía extracontablemente, en función de dicha valoración de los respectivos patrimonios...". Pero aún mas, la norma mercantil pretende garantizar el equilibrio entre los socios, de modo que no se produzcan perjuicios consecuencia de la fusión, pero no garantiza que puedan producirse divergencias por la diferente valoración de las sociedades implicadas, con ventaja para unas en perjuicio de otras, ni garantiza que las posibles plusvalías que se afloren en el transcurso de la operación deban revertir a aquellos accionistas que hubieran ejercido su derecho a separarse, para los

---

<sup>58</sup> Angel Luis González "Aspectos contables y fiscales de la contabilización de los activos y la relación de canje en las operaciones e fusión de sociedades" IV Congreso AECA. 1987. Pag. 541.

cuales sólo el balance de fusión utilizado en la adopción de los pertinentes acuerdos es el válido a la hora de determinar su porcentaje de participación social.

Por su parte, a partir de 1990 con la entrada en vigor del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, que mantiene una línea coherente con la regulación europea (Tercera Directiva 78/855/CEE, sobre fusiones y Sexta Directiva 82/891/CEE, sobre escisiones), no se impone más que la obligación de que la relación de canje de las acciones se determine sobre la base del valor real del patrimonio social. Pese a que la legislación comunitaria no se refiere expresamente a esa ligazón entre el valor real y relación de canje, no parece que el legislador mercantil haya querido con ello fijar una vinculación entre la contabilidad representada por el balance de fusión y la relación de canje por más que aquel balance sea susceptible de admitir una valoración de los bienes de acuerdo con esos valores reales. Entiéndase a estos efectos que por balance de fusión puede adoptarse el último ordinario cerrado y que sólo cuando exigencias de plazo temporal impongan la elaboración de uno específico podrán actualizarse los valores recogidos en la contabilidad. Aún más, la primera regla que se impone en la elaboración de ese balance es la de sometimiento a los mismos los principios y reglas ordinarias que venían observándose y sólo en base a la

existencia de modificaciones importantes de valor no recogidas en asientos contables podrán alterarse aquellos valores.<sup>59</sup> Parece pues temerario concluir que, por contra de lo que acontecía anteriormente, la nueva norma mercantil obliga a la identificación entre los datos contables y la relación de canje, pudiéndose reafirmar la propuesta formulada por De la Cámara que cifraba la preocupación mercantil en la garantía de la equidad mas que en la determinación de un procedimiento único de valoración.

#### 5.3.4 La solución fiscal: actualización contable.

Desde el punto de punto de vista fiscal la solución al tema aquí debatido ha sido la contraria. El artículo 4 de la Ley fiscal de 1980 expresamente impone que se incluyan "... en el balance formalizado el día anterior a los correspondientes acuerdos que sirven de base a los mismos la totalidad de los elementos patrimoniales, figurando, en su caso, el fondo de

---

<sup>59</sup> Nótese que la normativa comunitaria no exige la elaboración de un nuevo balance sino que se limita a requerir la formación de un "estado contable" cuando hayan transcurrido mas de seis meses desde la fecha de cierre de las últimas cuentas anuales. Este, no precisa la totalidad de garantías que las cuentas anuales requieren aunque sí debe confeccionarse con los mismos métodos que el último balance.

comercio, debidamente valorado en esa fecha sin exceder del de mercado, de forma tal que el valor de las acciones recibidas por los socios de las sociedades que se disuelvan sea coincidente con el correspondiente patrimonio aportado". Con esta aseveración, el legislador fiscal opta decididamente por vincular la valoración social a la relación de canje que liga a las diferentes empresas interesadas en el proceso. De acuerdo con Sanz Gadea, puede afirmarse que esa correspondencia es "irrenunciable" en el esquema de la operación fiscal. No se incide en los procedimientos para alcanzar la solución, no se trata de indicar como proceder a la actualización si ésta fuera necesaria, ni de señalar los criterios por los que ha de valorarse el patrimonio, éstos son aspectos que corresponden a las sociedades. Lo único por lo que se preocupa el redactor legislativo es por el hecho de que la valoración realizada no supere el valor de mercado, para lo cual piensa que el mejor procedimiento para poder controlar las decisiones de las empresas es vincular éstas a la expresión contable de los acuerdos a que hubieran llegado en la determinación de su relación de cambio. De esta forma, el contenido fiscal de la regulación rompe con las exigencias mercantiles imponiendo la afloración de plusvalías con ocasión de la aportación patrimonial de la fusión con el objetivo de garantizar su gravamen y, de esta misma forma, asegurar

la correcta formulación de la relación de canje, consiguiendo un mayor grado de equidad, objetivo perseguido, en opinión doctrinal, por la norma sustantiva. Detrás de todo ello esta la constante preocupación del hombre de la Hacienda Pública para cortar todo tipo posible de vías de elusión tributaria consecuencia de prácticas reservadas entre los particulares al margen del control público, para lo cual se piensa que la referencia al valor de mercado como guía orientativa de toda valoración o acuerdo sobre el valor es un seguro contra dichas prácticas. Ahora bien, de acuerdo con el propio Sanz Gadea, anteriormente citado, puede reflexionarse sobre la posibilidad de lograr el objetivo perseguido. Así, éste manifiesta <sup>60</sup> "... ¿imponiendo una valoración contable en los balances de fusión a precios de mercado, o proporcional a los mismos homogéneamente, de tal suerte que la relación de canje sea fiel reflejo de aquéllos, se puede evitar toda suerte de maniobras determinantes de las transferencias citadas?. La respuesta sería positiva, si el valor de mercado fuera una magnitud de fácil y no controvertida determinación. Pero esto no es así en la mayor parte de los casos,... Las cosas se complican todavía mas porque una empresa en funcionamiento tiene un valor inmaterial

---

<sup>60</sup> Op.cit. "Regimen fiscal...", pag. 124.

o fondo de comercio, que idealmente tiene un valor de mercado, pero que en la práctica es muy difícil hallar un parámetro de contraste". No cabe duda, de acuerdo con estos razonamientos, que la posición de la normativa fiscal no obedece a una decisión irreflexiva o gratuita frente a la consideración mercantil. El problema en orden a enjuiciar favorablemente o no la decisión arbitrada debe considerar como último elemento de decisión si esa medida es o no válida para conseguir el objetivo deseado. La respuesta no parece ser esperanzadora para las tesis fiscales por cuanto que obliga a la concesión de fuertes beneficios fiscales. He aquí la paradoja: la normativa se obsesiona por aflorar toda plusvalía originada en la fusión o escisión, haciendo lucir en los balances contables los valores reales de los elementos patrimoniales o aproximados, para someterlos a tributación pero en esa misma medida queda coaccionada a conceder importantes bonificaciones para fomentar las operaciones de concentración que constituyen su objeto. No es este el lugar para examinar el importe de gasto fiscal que representa la bonificación pero sí debe resaltarse el coste recaudatorio que la aplicación de la normativa supone y el enorme favorecimiento a las empresas receptoras de los beneficios fiscales frente a otras del mismo sector económico no encuadradas en procesos de concentración. De acuerdo con esta

orientación podemos encontrar diversas contestaciones de la Dirección General de Tributos, órgano idóneo de la Administración en la expresión de la interpretación de la normativa fiscal a las consultas planteadas por los contribuyentes en las que se pone de manifiesto que no puede existir una actualización de los valores sociales que sea independiente de la base que vaya a usarse para determinar la correspondiente relación de canje. Esta aseveración la encontramos repetidas veces manifestada en diferentes consultas e informes. Así, en documento de esa Dirección General fechado el 13 de febrero de 1987 se señala: "...en el plano fiscal el tenor del precepto no deja lugar a dudas: los balances formalizados el día anterior a los correspondientes acuerdos deben incluir la totalidad de los elementos patrimoniales de la empresa, debidamente valorados, y son los que han de servir de base para fijar la relación de canje....No escapan tampoco a este planteamiento las sociedades que cotizan en Bolsa, pues ni siquiera se acepta como parámetro válido para la citada ecuación la proporción existente entre las cotizaciones bursátiles...", para concluir de forma taxativa: " ...la operación proyectada cumplirá los requisitos legales siempre y cuando la relación de canje que se fijara resultara de los balances cerrados el día inmediato anterior a los acuerdos, pudiendo las empresas interesadas introducir en los mismos aquellas

correcciones que, respetando los principios consignados en las normas legales, pudieran tener en cuenta toda la evolución y expectativas de las empresas interesadas...".

Dicha exigencia prevalece aun sobre el mismo principio de aplicación de criterios valorativos homogéneos, con igual sustrato normativo, en cuanto su mantenimiento supusiese una quiebra del equilibrio patrimonial comentado. En esta línea, las contestaciones a las consultas de 11 de marzo y de 11 de abril de 1985 señalan, en el primero de los casos, con relación a unas "diferencias de cambio pendientes de amortizar", que: "Quiere ello decir que, considerándose tales diferencias de cambio como un activo ficticio, deben ser amortizadas en la sociedad absorbida y, consecuentemente, a fin de respetar el citado equilibrio patrimonial, deben ser, igualmente, amortizadas por la sociedad absorbente. En este supuesto, la amortización contable total de las mismas, en esta última entidad, a efectos de calcular la relación de canje, y de forma parcial a efectos tributarios, solo en la parte correspondiente al ejercicio, periodificando las diferencias restantes en ejercicios sucesivos, no respeta de una forma adecuada el principio enunciado anteriormente". Por su parte, la de 11 de abril indica: "...teniendo en cuenta que dichas partidas figuran contabilizadas dentro de la rúbrica

general de "otros gastos amortizables", se hace necesaria la amortización contable de las mismas para la determinación de los balances de situación....Tal amortización contable conlleva, necesariamente, y a efectos de garantizar el respeto al equilibrio patrimonial exigido en el artículo 4 de la Ley 76/80,...,la consideración de dichas partidas como gasto fiscalmente deducible...".

Por lo tanto, puede concluirse que el régimen fiscal sobre fusiones y escisiones diseña el proceso sobre la base de un equilibrio patrimonial entre las sociedades interesadas en aquel, el cual se articula a través de la denominada relación de canje. Esta, a su vez, debe formarse sobre los valores que se detallan en los respectivos balances formalizados el día anterior a los correspondientes acuerdos adoptados por las Juntas Generales, de modo que las sociedades deberán proceder a la realización de los ajustes que se estimen necesarios para reflejar en la contabilidad la fiel imagen de la realidad patrimonial de la empresa y las expectativas de futuro esperadas, por cuanto que de este resultado habrá de obtenerse la relación de canje que, en todo caso, ha de observar el referido equilibrio patrimonial.

Profundizando en esta dirección, puede señalarse que la normativa fiscal a diferencia de la mercantil no sólo nos lleva a ligar la relación de canje

con los valores de la contabilidad sino a que éstos se actualicen conforme criterios homogéneos para obtener un valor que ha de tener como único límite el de mercado, con las incertidumbres a las que hemos aludido. Dicha vinculación que se recoge indirectamente en la legislación de 1980 aparece con toda nitidez cuando se examina la modificación operada por el RD Ley 7/89 al señalar que se "... formalizarán balances, actualizados en su caso, para recoger los valores reales de sus patrimonios...". A nuestro juicio, el precepto no admite la posibilidad de realizar o no una actualización, opinión que tendría su fundamento en la utilización de la expresión "en su caso", sino que ésta se incluye para el supuesto en que tal actualización no fuera necesaria por que el valor contable recogiese perfectamente el real de los bienes contabilizados.

En este punto, sí resulta interesante realizar una aclaración sobre el alcance de las expresiones contenidas en las normas vigentes durante la década de los 80.

Aunque considerando la redacción del artículo 4 de la Ley podría llegar a pensarse que en el balance formalizado el día anterior a la adopción de los acuerdos de fusión sólo cabe la actualización del fondo de

comercio sin alteración de los restantes valores contables, ya que expresamente se señala: "...figurando, en su caso, el fondo de comercio debidamente valorado en esa fecha,..." , no es esta la interpretación correcta, puesto que por aplicación de las reglas de la lógica la actualización debe realizarse con carácter general y no limitada a un solo elemento patrimonial, conclusión que se recoge en el propio reglamento que delimita como ámbito de la valoración el formado por el conjunto de los elementos que figuran en el balance, al señalar : " Las empresas que intervengan en la operación de fusión incluirán en el balance formalizado ... la totalidad de los elementos patrimoniales, figurando, en su caso, el fondo de comercio, debidamente valorados...", redacción que resulta mas ajustada al propósito perseguido.

A su vez y aunque no se trata de un supuesto directamente equiparable a la problemática aquí tratada, por cuanto que la normativa que lo regula no es la propia de fusiones y escisiones sino la de Instituciones de Inversión Colectiva, puede hacerse mención a la contestación la Dirección General de Tributos de 11 de junio de 1986 en la que se introduce una dicotomía que, en cierta medida, podría ser fuente de controversia y que atiende a la distinción entre revalorizaciones convenientes y necesarias dentro de un proceso de fusión.

Así, la Disposición Transitoria Primera de la Ley 46/84, de 26 de diciembre, reguladora de aquellas entidades prevé que no se devengue tributo alguno en las operaciones necesarias para adaptarse a las exigencias de la citada ley, lo que ha permitido entender que " En este contexto, el término operaciones necesarias debe ser interpretado restrictivamente a la luz de lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley General Tributaria considerando como necesarias, únicamente, aquellas operaciones propias de la fusión y no las convenientes para la misma, ...", añadiéndose a continuación : " En suma, este Centro Directivo entiende que ... solo resultan exonerados los posibles incrementos ... en función de los valores recogidos en los balances cerrados al día inmediato a la adopción de los acuerdos sin admitir la realización de revalorizaciones voluntarias o convenientes a los efectos de la fijación de la relación de canje". No obstante, para entender el significado y alcance de esta contestación debe considerarse que se produce en el marco del proceso de adaptación de distintas instituciones a una nueva normativa que las regula, sin que en ésta se haya establecido la cautela de marcar el valor de mercado como límite a toda revalorización que se lleve a cabo, ni exista una actuación administrativa de comprobación de los nuevos valores así determinados. Los procesos son, como decimos, de adaptación a las exigencias de una nueva

regulación y no de fusión entre estas instituciones ni esta normativa les resulta aplicable.

5.3.5 Relación de canje, actualización y Sociedades vinculadas.

Por último para cerrar el apartado que dedicamos a la exigencia de la actualización que la norma fiscal impone debe hacerse una breve referencia a la problemática de la valoración en el supuesto de operaciones entre sociedades vinculadas. Así como hemos señalado en apartados anteriores que la relación de canje ha de venir determinada por los valores consignados en los correspondientes balances formalizados, figurando los elementos patrimoniales debidamente valorados sin exceder del de mercado, ha de indicarse, como así se efectúa en contestación de 9 de junio de 1987 del citado órgano del Ministerio de Economía y Hacienda, que cuando se trata de operaciones de fusión o escisión entre sociedades vinculadas con arreglo a las normas legales al caso, rige lo dispuesto en el artículo 39 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, de modo que dicha valoración ha de llevarse a cabo mediante la estricta aplicación de los valores de mercado de los elementos patrimoniales afectados, siendo obligatorio la contabilización de los mismos.

Dicha contestación reviste mayor importancia si tenemos en cuenta que la operación de fusión sobre la que se consulta no pretende acogerse a los beneficios fiscales previstos en la Ley 76/80 y, sin embargo, le es de aplicación su normativa, con lo que, en este caso, la conclusión a la que se llega es desfavorable a los intereses del contribuyente, obligando a valorar los bienes a precios de mercado, con lo que, normalmente, se producirán incrementos patrimoniales por el simple hecho de la fusión sobre los que habrá que tributar sin la posibilidad de obtener los beneficios del régimen especial previsto dado su intención de no acogerse a esta normativa con lo que se produce un efecto desincentivador de la operación misma.

Recogiendo expresamente sus terminos, puede señalarse como " De lo expuesto resultan los siguientes principios aplicables a una operación de fusión:

1º.- Necesidad de una valoración adecuada, que no puede exceder del valor de mercado de los repectivos elementos patrimoniales.

2º.- En el supuesto de tratarse de una operación entre sociedades " vinculadas " segun las normas legales, no cabe duda de que esta valoración adecuada se esta refiriendo al precio de mercado.

3º.- Necesidad de reflejar en contabilidad los valores por los que una operación de esta naturaleza se lleva a cabo."

Igual criterio se manifiesta en contestación de 15 de julio de 1988, cuya detallada descripción, pese a su extensión, recogemos a continuación: "... Al ser una operación de fusión en la que no se produce ampliación de capital - fusión impropia -, no existe, por lo tanto, relación de canje y falta el presupuesto establecido en las normas legales para que tal actualización produzca el efecto de lograr un exacto equilibrio entre el patrimonio aportado y las acciones entregadas a cambio.

No existe, pues, desde el punto de vista mercantil y jurídico, precepto alguno que obligue a actualizar los valores que figuren recogidos en la contabilidad de la sociedad absorbida.

Ahora bien, la circunstancia de que la sociedad absorbente posea el 100 por 100 de su capital social conlleva la aplicación de las reglas especiales de valoración establecidas en los artículos 16 de la LIS y 39 del RIS, en cuanto operaciones realizadas entre sociedades vinculadas, y que, en definitiva, remiten a la valoración que hubiera sido acordada en condiciones normales de mercado para sociedades independientes.

....

La aplicación de la reiterada regla obligará, en su caso, a la practica de un ajuste extracontable que, ..., tendrá caracter bilateral, por lo cual en la sociedad absorbente le será computado un incremento o disminución patrimonial por la diferencia existente entre el valor por el que tenía contabilizadas las acciones de la sociedad absorbida y el que se atribuya, por aplicación de las normas citadas, al patrimonio de ésta".

En esta línea se pronuncian igualmente las contestaciones de 21 de marzo de 1990 y de 28 de mayo de 1991 en las que además de reiterar los términos antes expuestos se concluye que "... el patrimonio aportado se valorará por el que hubiese sido valorado en condiciones normales de mercado entre partes independientes,...la absorbente tendrá derecho a la deducción por doble imposición de dividendos por la parte del incremento patrimonial puesto de manifiesto en la anulación de la participación que corresponde a beneficios o reservas que hayan tributado en la sociedad disuelta, afectando inclusive ... (a) la plusvalía de disolución sometida previamente a tributación en la sociedad absorbida".

Con lo que a tenor de las consultas anteriores debe concluirse no solo que, en el supuesto de operaciones vinculadas, el valor de mercado es el

criterio determinante de la valoración de los elementos patrimoniales, fijando, en consecuencia, la relación de canje que garantice el principio de equilibrio patrimonial, sino que aún en el caso que no fuese necesario determinar esa relación de canje, al tratarse de un supuesto de fusión impropia, el valor de mercado constituye un criterio de valoración de obligado cumplimiento, determinando ajustes extracontables - incrementos en la consulta - susceptibles de gravamen.

#### 5.3.6 Consideración crítica de la actualización fiscal.

Frente a esta conclusión que se deduce de forma inexorable de las diferentes contestaciones administrativas debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 17 del texto reglamentario, donde sorprendentemente se establece una diferenciación entre valores contables y los de la relación de canje. A dicha dualidad no alude, en ningún caso, ninguna de las contestaciones antes examinadas, ya que hubiera sido interesante comprobar su encaje dentro del razonamiento administrativo, y pese a que el artículo 17 se encuadra dentro del marco procedimental su contenido es más que sustantivo cuando señala, al referirse a la certificación

que deben expedir las sociedades interesadas en la fusión o escisión,

"... los valores por los que figuren los elementos de su activo en los balances a que se refiere el apartado d) anterior -balances de situación de cada una de las empresas que se fusionen o escindan, cerrados al día anterior a la fecha de los acuerdos de fusión o escisión- y de los valores por los que se vaya a efectuar la operación."

lo que evidencia que el reglamento, al menos en este artículo, está pensando en la existencia de dos valores de los respectivos elementos patrimoniales que pueden aparecer a la hora de realizar la concreta operación: los contables y los que sirvan de base para la obtención de la relación de canje.

A este respecto, pudiera servir como criterio explicativo de la manifestación reglamentaria el hecho de que ésta reitera la dicción literal de la norma 2ª, tercero de la Orden Ministerial de 24 de abril de 1972, por la que se instrumenta el Decreto 2910/71, de concentración e integración de empresas, aunque esta circunstancia por sí misma no puede ser suficiente para justificar la dicotomía que introduce en la identidad de los valores existente de acuerdo con las restantes normas reglamentarias.

En esta línea, Corona Martín y Corona Romero <sup>61</sup> entienden que la formulación fiscal es mucho mas precisa que la mercantil, vinculando claramente la relación de canje con el resultado contable de los balances y con los valores reales de los elementos patrimoniales, aunque mantienen que la referencia a la existencia de valores homogéneos oscurece aquella claridad al permitir la combinación de infinitas parejas de valoraciones con el único límite del mercado. En esta construcción la existencia del artículo comentado supone una quiebra de todo el esquema por cuanto establece una dualidad que choca con todo el espíritu y la letra de la propia norma -Ley 76/80-. Según sus palabras:

"... el artículo, oscurece todo el planteamiento... Ello significa que unos son los valores del citado balance y otros los que vayan a regir para la operación de fusión, lo cual no es ni coherente ni, tan siquiera, razonable, a la vista de lo dispuesto en la propia ley 76/80".

Por su parte, para los ejercicios 1990 y 1991 el RD Ley 7/89, que altera el régimen tributario a

---

<sup>61</sup> Corona Martín y Corona Romero "Principios contables y fiscalidad de las fusiones y escisiones de empresas". IV Congreso de la AECA 1987. Pag. 503.

la luz de la nueva configuración mercantil, no cambia la posición fiscal sobre el punto debatido. La nueva redacción del artículo 4 de la Ley 76/80 claramente y de forma expresa señala que se "... formalizarán balances, actualizados en su caso, para recoger los valores reales de los patrimonios que, ..., han de servir de base para determinar la relación de canje de los títulos". La discusión suscitada con anterioridad sobre la controversia entre las normas fiscal y mercantil en relación a cómo habría de realizarse el canje queda expresamente resuelta con la modificación introducida: si la operación quiere acogerse a los beneficios fiscales que se prevén en la norma, ésto sólo es posible mediante la actualización a términos reales de los valores patrimoniales.

Resulta interesante indicar aquí que la norma fiscal introduce una discrepancia adicional respecto de la mercantil. Mientras que ésta se refiere a un balance de fusión que podrá ser bien el anual ordinario, siempre que se hubiera cerrado dentro de los seis meses anteriores a la celebración de la Junta, bien, de no cumplirse esos plazos, uno ex-profeso cerrado con posterioridad al tercer mes precedente a la fecha del proyecto de fusión, la norma fiscal se remite al balance que se cierre el día anterior a la fecha a partir de la cual las operaciones de la sociedad a extinguir deban

entenderse realizadas, a efectos contables que no fiscales, por cuenta de la destinataria, localización temporal que necesariamente no tiene porque coincidir con ninguna de las señaladas en el plano mercantil, introduciendo un tercer balance junto con el ordinario anual y el de fusión.

#### IV.- AMBITO SUBJETIVO.

##### 1. Consideraciones generales sobre la forma societaria.

###### 1.1 El empresario societario.

Dentro de este apartado pretendemos considerar los diversos aspectos que se han planteado con relación a la configuración o forma societaria que pueden adoptar las entidades intervinientes en estos procesos sin olvidar la posible participación de empresarios individuales, o sea personas físicas, en los mismos.

Fundamentalmente la legislación de estos procesos de concentración se ha planteado desde la óptica de la sociedad anónima como resultante del proceso de fusión o escisión aunque, como mas adelante veremos, no necesariamente he de ser así. La legislación mercantil, básicamente, la normativa sobre las sociedades anónimas - artículo 142- se refiere a "la fusión de cualesquiera sociedades en una sociedad anónima ...", como no podría ser de otra forma por cuanto que el ámbito de aplicación de esa norma es, precisamente, esa sociedad y no otra forma jurídica. Ahora bien, esto no quiere decir sino que

la ley no regula todos los posibles supuestos de fusión entre sociedades mercantiles, que podrán realizarse ante la falta de prohibición expresa al efecto.

De hecho, nada se dice a la posibilidad de que la operación se plantee con una sociedad anónima que sea absorbida por otra con forma jurídica distinta. En estos casos, las prescripciones legales resultaran aplicables a la sociedad anónima que intervenga en la medida que se refieran a las garantías procedimentales y requisitos en ellas establecidas y, en general, estas normas de la Ley de Sociedades Anónimas resultaran aplicables con valor analógico en todo aquello que adolezca de una normación propia. Un interesante ejemplo de esta situación la encontramos en el artículo 241 del vigente texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas cuando expresamente prevé la existencia de operaciones de fusión en los que la absorbente o la nueva fuese colectiva o comanditaria, imponiendo en este caso que todos los accionistas de la anónima interviniente que pasen a responder ilimitadamente de las deudas sociales presten su consentimiento frente al régimen normal de mayorías para esta operación.

De acuerdo con Garrigues y Uría <sup>62</sup>, dejando ya al margen todos los supuestos en los que la sociedad

---

<sup>62</sup> Op. cit. "Comentarios...", pag. 741.

resultante no sea anónima a los que de principio la norma no resulta aplicable, debe afirmarse que dentro de ese artículo 142 citado pueden englobarse fusiones entre sociedades con diferencias estructurales.

De este modo, resulta posible que la fusión se produzca con otras sociedades que no tengan la forma de anónima, ya sean capitalista, ya meramente de naturaleza personalista. En palabras de los autores citados anteriormente, "en un sistema legal como el nuestro, que reconoce personalidad jurídica a todas las sociedades mercantiles, faltarían razones para haber cerrado el paso a la fusión de las sociedades personalistas con las capitalistas".

## **1.2 El empresario individual.**

En este contexto, resulta obligado poner de relieve la diferencia que se produce entre la esfera mercantil y la fiscal. Así, un punto que no ha sido regulado en el plano mercantil y que, sin embargo, siempre ha tenido un tratamiento favorable dentro del ámbito fiscal es el que alude a la inclusión de las personas físicas que realicen actividades empresariales. Desde la óptica mercantil este supuesto no ha despertado efectivamente interés, existiendo fórmulas diversas por

las cuales un empresario aporta su masa social a una sociedad a través de la cual sigue desarrollando su actividad vestido del ropaje societario en adelante. Pero desde un prisma fiscal la admisión comporta un conjunto de beneficios que en caso contrario sería difícil de lograr. De ahí, la específica referencia contenida en el artículo 2 párrafo 4 de la Ley 76/80: "Las normas de la presente Ley se aplicarán también, en cuanto proceda, a los empresarios individuales cuyas empresas sean objeto de fusión, considerándose a estos efectos exclusivamente la parte del patrimonio del titular afecto a la empresa de que se trate".

Esta circunstancia no debe reputarse de meramente anecdótica sino obedece a una diferente consideración entre las legislaciones fiscal y mercantil sobre el fenómeno que se regula. A ello se refiere más detenidamente el apartado siguiente.

### **1.3 La empresa como sujeto de la regulación fiscal.**

Ciertamente, parece claro que la voluntad del legislador fiscal y del redactor reglamentario no era otra que incluir en el ámbito de aplicación de este régimen fiscal a la actividad empresarial, considerada objetivamente sin referencia al titular de la misma ya

sea este un empresario persona física ya sea de naturaleza societaria.

En otras palabras, mientras que la fusión se regula desde un punto de vista mercantil como una operación societaria vinculada normalmente a la forma social de mayor difusión en nuestros días -la anónima-, el plano fiscal se preocupa más directamente de recoger la operatoria de redimensionamiento de la empresa desde un punto de vista económico, reconociendo que el fenómeno se produce en y por el desarrollo de una actividad empresarial, sin que la configuración del sujeto pasivo que lleva adelante aquella actividad deba excluirle de la especial regulación de protección que la ley fiscal plantea.

Afirmación que, interpretada a la luz de ese criterio objetivo que parecía inspirar la normativa, debería llevarnos a la conclusión de que cuando el respectivo titular de la actividad empresarial es uno de los sujetos a los que se les atribuye dicha cualidad, debe resultar indiferente que sea persona física o jurídica o que, sin serlo, ejerza efectivamente una actividad empresarial, de modo que el régimen resulta igualmente aplicable. Nótese, en este sentido, que a diferencia de lo que acontece en la regulación mercantil que se refiere a "la fusión de cualesquiera sociedades en una sociedad ...", la norma fiscal señala que "las

operaciones de fusión de empresas ..." -artículo 1 de la Ley-, reiterado en el mismo ordinal del texto reglamentario y en la descripción de las operaciones - artículo 2 del Reglamento- con expresiones del tipo: "integración de empresas individuales o sociales..." o "integración de una o mas empresas individuales o sociales...". Esta solución no es casual porque la institución de la fusión obedece a planteamientos distintos en la esfera mercantil y civil. En la primera ha de resolver problemas de garantías para los propios socios y de terceros, mientras que en la segunda su finalidad es encauzar dichas operaciones determinando plusvalías y fomentando su realización mediante la concesión de beneficios a las mismas. De ahí que el campo fiscal sea mas amplio que el mercantil. Este es, sin duda alguna, el criterio que inspira la contestación del Ministerio de Hacienda de 17 de septiembre de 1981 que expresamente manifiesta: " De todo ello hay que deducir, que la Ley 76/1980, de 27 de diciembre, es de aplicación a todo tipo de EMPRESAS - así en el original - salvo disposición en contrario, con independencia de quien sea el sujeto que la ejerza.

En consecuencia, y siempre que se cumplan todos los requisitos establecidos en la misma, cualquier EMPRESA puede solicitar la aplicación del regimen establecido en dicha Ley.

En el caso de la presente consulta, los Comeneros que desarrollan el comercio de..., al ejercer una EMPRESA (Comunidad de Bienes) le es de aplicación la mencionada Ley, quedando condicionada la concesión de los beneficios establecidos en la misma al cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos exigidos."

Frente a esta postura, la propia Dirección General de Tributos se ha pronunciado, en contestación de fecha 20 de julio de 1.988, en sentido contrario al afirmar que :

"...la aportación del patrimonio de cada uno de los comuneros a una sociedad anónima de nueva creación no es un supuesto comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Ley 76/1980, la razón estriba en que los comuneros no pueden ser considerados empresarios individuales, a los que sería de aplicación el artículo 2º, 4, de la Ley citada, puesto que quien ejerce la actividad empresarial es la propia comunidad societaria".

Lo anterior no significa, sin embargo, que a su vez, la propia comunidad pueda ser considerada como un empresario individual al objeto de permitir su inclusión dentro del campo de aplicación de la Ley de referencia, dado que al estar marcada por el principio asociativo resulta de aplicación lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera de dicha Ley que establece:

"El régimen tributario establecido por la presente Ley será igualmente aplicable a las operaciones de fusión de aquellas entidades que aún no teniendo la forma jurídica de Sociedades mercantiles tengan personalidad jurídica - así en el original -y se hallen por tanto sujetas al Impuesto sobre Sociedades".

Al no darse en las comunidades societarias estas circunstancias resulta de todo punto imposible la aplicación a las mismas de los beneficios fiscales previstos en la norma legal citada".

Sin duda alguna se trata de dos concepciones diferentes de la extensión de la Ley, exigiéndose en beneficio de la seguridad jurídica de los contribuyentes no solo una homogeneidad en el tratamiento de la cuestión por parte de los organos administrativos correspondientes, sino, y normalmente será lo mas conveniente, una reforma positiva que defina con absoluta precisión el ámbito subjetivo de aplicación. Aunque lo que a nuestro juicio resultaría mas acertado, es que no se llevase a cabo dicha definición, admitiendo, simplemente, que su campo de aplicación se extiende a todas las operaciones de fusión que se produjesen entre quienes realizan actividades empresariales, con independencia de cual fuese la naturaleza jurídica del titular de aquéllas.

Concluyendo en lo tocante a la definición de la empresa como sujeto de la regulación fiscal, la redacción del precepto antes examinado de la Ley 76/80 que se opera en virtud del RD Ley 7/89 refuerza la conclusión aquí obtenida. Con ello no quiere sino manifestarse que en la evolución de la normativa fiscal no se atiende tanto al plano subjetivo - "... los empresarios individuales cuyas empresas sean objeto de fusión ..." - sino que se centra en los aspectos objetivos de la operación al hacer hincapié en los "... patrimonios empresariales pertenecientes a personas físicas ...", con lo que la idea esbozada sobre el énfasis que la norma mercantil pone en el concepto empresa frente a la delimitación mercantil fundada en la idea de la fusión como un operación que es preciso regular en el devenir de las sociedades cobra fuerza. Por su parte, la Ley 29/91 sigue remitiéndose a la posibilidad de aplicar el régimen de fusiones cuando un patrimonio empresarial de estas características se ve implicado. Nótese en este sentido que la referencia se produce en el marco de las Disposiciones Adicionales de la citada norma y no se habla ya de operaciones de fusión de patrimonios empresariales sino de "... aportaciones a sociedades de unidades económicas autónomas realizadas por empresarios individuales ...". Esta diferenciación obedece a la necesidad de ajustarse a lo dispuesto en la norma

comunitaria que traspone -Directiva 90/434/CEE- en la que no se contemplan estos fenómenos al circunscribirse a las operaciones de fusión de sociedades. Por ello, la norma española fiel a su tradición recoge este supuesto, equiparándolo en su tratamiento al régimen aplicable a las fusiones y escisiones pero sólo en la medida en que la operación en concreto pueda calificarse como aportación de unidad económica autónoma. Por lo tanto no hay fusión pero sí un trato equiparable.

#### **1.4 El empresario individual y la escisión.**

Resta, por último, simplemente señalar que cuando de lo que se trata es de operaciones de escisión, la referencia al empresario individual no existe ya que este supuesto no se contempla en la legislación actual, lo que en sí no deja de ser un contrasentido, permitiéndose los procesos de fusión, por "la parte del patrimonio del titular afecto a la Empresa de que se trate", mientras que cuando lo que se pretende es la división de ese mismo patrimonio empresarial, que podría haberse visto beneficiado, en un momento anterior, de un trato de favor consecuencia de una fusión protegida, no se admite tal posibilidad.

Retomando la nueva delimitación que se opera por la ley 29/91 a la que ya nos hemos referido, nueva al menos en su redacción, es obligado plantearse si tras ésta resulta posible argumentar en favor de las escisiones, por utilizar una terminología no estrictamente aplicable, de los empresarios individuales. De acuerdo con la normativa anterior a esta ley 29/91 el empresario individual sólo era considerado con relación a la operación de fusión en virtud de la cual se aportaba la totalidad del patrimonio empresarial individual a una sociedad, excluyéndose toda referencia a los supuestos de escisión que quedaban vedados a aquel en favor de las entidades societarias. Ahora, la protección parece atribuirse a toda operación de implique aportación de una unidad económica autónoma. Pero con la dicción empleada, una unidad económica autónoma, perdón por la reiteración, no tiene porque ser la totalidad de ese patrimonio empresarial individual sino tan solo una parte del mismo y si esto es así, entonces resulta estéril distinguir si esa aportación es a título de fusión o de escisión. De esta forma podría defenderse que la normativa actual ha ampliado las posibilidades de las que anteriormente gozaban los empresarios individuales al incluir dentro del régimen de especial protección a toda operación de aportación de una unidad económica. Aquí, siguiendo la tendencia histórica de nuestra legislación, el acento

esta puesto en la empresa, objetivamente considerada, frente a toda delimitación subjetiva.

### **1.5 Diversidad de objetos sociales.**

Desde otra perspectiva, con relación a las empresas que pueden verse afectadas en los procesos de fusión y escisión, Garrigues y Uría opinan que la ley no exige la identidad de objeto entre las sociedades que intervienen en la operación. En este sentido, con cita textual puede señalarse que existen "... poderosas razones económicas que aconsejan no poner trabas a la fusión de sociedades dedicadas a la explotación de industrias distintas" <sup>63</sup>, por lo que aquéllos junto con otros autores -Motos Guirao- entienden que no habiendo una expresa imposibilidad legal no hay argumentos que apoyen una restricción en tal sentido. Una cuestión ligada con lo anterior y que será tratada al examinar los requisitos fiscales que se exigen a las empresas participantes de la operación de fusión se centra en la existencia de reglas excepcionales por razón del especial objeto social de la empresa: cooperativas, seguros, etc.

---

<sup>63</sup> Op. cit. "Comentarios...", pag. 742.

## **1.6 La sociedad civil.**

Por último, resta señalar que la norma mercantil aunque concebida para regular los procesos de concentración de sociedades de naturaleza mercantil puede ser igualmente aplicada cuando alguna de las sociedades intervinientes es civil. No hay prohibición ni de las exigencias del proceso se derivan impedimentos sustanciales que impidan acceder a la participación de una de estas sociedades en el proceso. Puede, como señalan los autores ya citados, que diversos preceptos sean de imposible cumplimiento como son los que aluden a la inscripción de la escritura pública en la que se recojan los acuerdos de disolución o la misma inscripción de la nota de cierre de la sociedad que se extingue dado la imposibilidad de acceso al Registro de las sociedades civiles, pero esto no ha de impedir la realización de la fusión porque estas exigencias están previstas para su cumplimiento por las sociedades que efectivamente pueden hacerlo y no para aquéllas que, por su naturaleza, no están llamadas a hacerlo.

## **2. Requisitos fiscales exigibles.**

Considerado el ámbito subjetivo que la norma mercantil permite, procede analizar las notas que la

normativa fiscal requiere a tenor de lo que se contiene en el artículo 3 de la ley fiscal. Así, se señala:

"1. Las empresas que se fusionen deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) Haber realizado ininterrumpidamente actividades empresariales al menos durante los tres años anteriores a la fecha del acuerdo de fusión.

b) Ninguna de las empresas que se fusionen deberá tener mas del 50 por ciento de su activo, estimado en valores reales, afecto a actividades distintas de las de caracter empresarial.

2. La sociedad resultante de la fusión deberá tener en todo caso la forma de sociedad anónima".

Veámos, a continuación cada uno de estos requisitos.

## **2.1 Desarrollo de una actividad empresarial.**

### **2.1.1 Delimitación de la actividad empresarial.**

En primer lugar de acuerdo con el orden cronológico que se sigue en los preceptos legal y reglamentario -Ley 76/80 y Reglamento de desarrollo- nos

encontramos con la exigencia que han de cumplir las sociedades interesadas de "Haber realizado ininterrumpidamente actividades empresariales, al menos, durante los tres años anteriores a la fecha del acuerdo de fusión". Esta exigencia debe ser entendida desde un punto de vista económico, no siendo suficiente el que la sociedad dispusiera de personalidad jurídica durante el indicado plazo de modo que pudiera computarse ese lapso temporal, desde la inscripción en el registro hasta los acuerdos, con independencia del ejercicio o no de una actividad concreta.

Aquí, es cierto, como indica Cadarso Gargallo, que la normativa fiscal no contiene un concepto de actividad empresarial por lo que habrá de ser completado de acuerdo con las prescripciones de general aplicación al respecto: Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y Ley del Impuesto sobre Sociedades. Por lo tanto habría que acudir a la ya consagrada concepción en nuestro ordenamiento que da como elementos básicos de toda actividad empresarial la existencia de una ordenación por cuenta propia de recursos humanos y materiales con la finalidad de intervenir en la producción y distribución de bienes y servicios. Pero junto a estas notas, el indicado autor así como una contestación de la Dirección General de Tributos de 15 de julio de 1981 entienden que resulta igualmente

conveniente la consideración de otros rasgos complementarios en la delimitación del concepto de actividad empresarial. Dichos rasgos son los de ánimo de lucro, habitualidad y onerosidad por ligar aquella concepción primera con la del antiguo Impuesto General sobre el Tráfico de la Empresas o con la del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Para Sanz Gadea el ánimo de lucro no es un elemento que en todos los casos debe ser utilizado o considerado como constitutivo de la actividad empresarial de acuerdo con nuestro sistema tributario, ya que no se recoge ni en las leyes sobre la renta ni, mas recientemente, en la normativa del Impuesto sobre el Valor Añadido. Aún mas, no es un elemento formalmente concurrente en algunos sujetos pasivos del propio Impuesto societario, como sucede con relación a las Cajas de Ahorros cuyo Estatuto de 1933 expresamente las configura como instituciones exentas de lucro mercantil. Sin embargo, manifiesta que "... no puede negarse la aplicación de la ley 76/80, a las fusiones de las Cajas de Ahorro ni a ningún otro sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades que tenga personalidad jurídica, aún cuando su actividad no esté motivada por el lucro, en

cuanto se refiere a los elementos afectos a actividades empresariales".<sup>64</sup>

Por lo tanto, podemos concluir que la normativa fiscal entiende que el régimen aplicable a los procesos de fusión o escisión de sociedades lo es con respecto de las actividades que desarrollen determinados sujetos pasivos en el orden empresarial, aunque abandona la delimitación de este concepto a la normativa de general aplicación.

#### 2.1.2 Problemas de definición: la actividad profesional.

Ahora bien, aunque la remisión a la normativa de general aplicación al objeto de definir qué se entiende por ejercicio de una actividad empresarial es correcta, la solución adoptada adolece de que el medio encargado para llevar a cabo la tarea encomendada no la efectúa de forma taxativa sino que ofrece una delimitación genérica y conjunta con el ejercicio de otras actividades, lo que en algunos casos pudiera ser fuente de controversias. Algunas de ellas como las de naturaleza agrícola pueden encajarse no obstante entre

---

<sup>64</sup> Op. cit. "Regimen fiscal...", pag. 118.

las empresariales sin mayores problemas pese a las peculiaridades que encierra una explotación de estas características, pero otras, como por ejemplo las profesionales, no parecen que deban identificarse a estos efectos sin que el criterio de definición pueda ser excluyente entre ambas.

Doctrinalmente viene afirmándose que las operaciones susceptibles de gozar del régimen fiscal de fusiones y escisiones son las de naturaleza empresarial sin entrar a discutir el contenido de ese carácter empresarial. En este sentido, la opinión de los autores tampoco ha avanzado en la posible configuración con notas propias del concepto de profesional. Mas concretamente, debe de responderse a la cuestión acerca de si es o no posible establecer una contraposición entre los términos empresarial y profesional a la hora de aplicar el régimen de fusiones y ello a pesar de que en la regulación tributaria, como decimos, aparecen unidos en la mayoría de las ocasiones. Como la mayor parte de los problemas interpretativos esta cuestión parecía pacífica dado la ausencia de fusiones entre activos profesionales en la práctica. No obstante, ha sido, sin embargo, recientemente planteado con ocasión de la incorporación de algunos de los miembros de los antiguos Colegios de Agentes de Cambio y Bolsa a las Sociedades y Agencias de

Valores y, en su caso, Bolsa, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 24/88, de 28 de julio, del Mercado de Valores, situaciones en las que el importe de los activos en juego suscitó la posible aplicación de este régimen a unas operaciones para las que en principio no parecía que hubiera sido concebido. Dicha cuestión no ha sido instrumentada a través de la posible consulta tributaria con arreglo al artículo 107 de la Ley General Tributaria, lo que hubiera exigido un pronunciamiento del órgano administrativo competente, sino que se ha instrumentalizado a través de una petición de órganos de la Administración distintos de la Dirección General de Tributos para que se formalizara una toma de postura al respecto, dando lugar a un informe de esa Dirección General de 25 de abril de 1989 en el que se entiende que los beneficios contenidos en la Ley sobre Régimen Fiscal de Fusiones de Empresas no resultan aplicables a aquéllos por carecer de las características propias del empresario.

### 2.1.3 Ejercicio efectivo de la actividad empresarial.

Retomando el punto inicial, ha de indicarse que pese a las anteriores objeciones de definición y delimitación del concepto empresarial, la norma fiscal

impone la efectiva ejecución en el plazo temporal señalado de explotaciones de tal índole. Esta exigencia se ha mantenido de forma constante a lo largo de las diversas cuestiones que al respecto se le han suscitado. Entre otras puede señalarse la siguiente contestación a la respectiva consulta de fecha 15 de julio de 1981 en la que se señala:

"...uno de los requisitos a que se subordina la aprobación del expediente de fusión es el de la realización ininterrumpida de actividades empresariales...., requisito que por otra parte se conecta con la exigencia del "ejercicio efectivo de la actividad"

de cada una de las empresas que se concentren o integren, al cual se hacía referencia en la Norma Segunda del Decreto 2910/71, de 25 de noviembre. Ello quiere decir que para la concesión de los beneficios fiscales a la fusión de empresas no basta con que las sociedades interesadas en el expediente tengan existencia desde una perspectiva jurídica, sino que además se exige que intervengan activamente en la actividad económica, en la actividad empresarial". Como, asimismo, se indica en la contestación, la definición de actividad empresarial no es propia de la normativa de fusiones, debiendo acudir, en consecuencia, a la delimitación que los impuestos

sobre la renta realizan para saber si estamos o no en presencia de una actividad de este tipo.

De acuerdo con este planteamiento general, la contestación de 15 de julio de 1981 de la correspondiente Dirección del Ministerio de Economía y Hacienda se pronuncia expresamente sobre el supuesto cuestionado en la respectiva consulta, indicando que no resultan aplicables los beneficios que la normativa de fusiones y escisiones prevé, por cuanto que el supuesto fáctico al que se refiere la consulta no constituye el ejercicio de una actividad empresarial, en el sentido que está acuñado para el conjunto de los tributos, ámbito al que aquella normativa se refiere, de modo que, no existiendo ésta - actividad empresarial -, tampoco pueden aplicarse determinados beneficios a una operación aunque tenga contenido económico. Así, la citada contestación fija para el particular qué debe entenderse por ejercicio de una actividad empresarial, determinando que "...en el presente caso, lo único que existe es un arrendamiento de bienes o cosas, que nada tiene que ver con el ejercicio económico y efectivo de una actividad empresarial, como podría ser, por ejemplo, el caso de las empresas de leasing, o bien el caso que se cita en el texto de la consulta de las empresas Inmobiliarias cuyo objeto social es el arrendamiento de pisos. Una cosa es la adquisición de bienes, o promoción de pisos, para su explotación en

forma de arriendo, y otra muy distinta es el arrendamiento puro y simple de los elementos fabriles utilizados en la explotación de una actividad, que como tal ha dejado de ejercerse".

Por todo lo cual debe concluirse, en sintonía con lo hasta aquí dicho, que cuando no exista tal actividad empresarial no podrá ser de aplicación el régimen fiscal de fusión / escisión de empresas.

Sanchez Oliván <sup>65</sup> se muestra excéptico respecto del sentido de esta limitación por cuanto resulta difícil de comprender su alcance e intención. En sus palabras, a este requisito del ejercicio ininterrumpido de actividad empresarial "... no se le encuentra una justificación plena y no se alcanza bien que finalidades puede perseguir, porque parece evidente que no hay razones para que una sociedad se constituya hoy pensando fusionarse en breve con otra ya existente ...". Está claro que con él se restringe el acceso a todas las empresas que no acrediten una normal actividad con antelación a su fusión, cortando de raíz la posibilidad de crear empresas con el propósito de aportar bienes con una baja valoración y luego actualizarlos en el proceso de fusión disfrutando de beneficios fiscales. Pero dicha cautela del legislador parece excesiva, impidiendo que reales

---

<sup>65</sup> Op. cit. "La fusión...", pag. 242.

empresas en los primeros momentos siempre difíciles puedan acogerse a este procedimiento.

2.1.4 Exigencias adicionales al empresario individual.

Dentro de este apartado relativo al ejercicio ininterrumpido de actividades empresariales hay que realizar un alto para referirse al empresario individual. En éste no resulta suficiente tal práctica sino que ésta debe venir acompañada por la observancia de determinados requisitos contables. En concreto, la Disposición Adicional 3ª de la Ley 76/80 impone la llevanza de los registros contables de acuerdo con las prescripciones del Código de Comercio con igual plazo temporal que el exigido para la existencia de las sociedades. La Ley 29/91, al igual que acontece con el conjunto de estos requisitos fiscales no recogidos por la normativa mercantil, no hace referencia al plazo temporal de tres años de antelación aunque sí mantiene la obligatoriedad de que la contabilidad se lleve con arreglo a aquel Código.

## 2.2 Afectación a la actividad empresarial.

El segundo de los requisitos exigidos en el ámbito fiscal es el referente a que el activo se encuentre afecto al ejercicio de actividades empresariales. Esta condición, como vemos, viene establecida en el artículo 3.1 b), para la fusión de empresas, y 15.2, cuando de escisiones se trata, ambos del texto legal de 1980, y se recogen en el artículo tercero del reglamento sin mayores precisiones. En virtud de la misma se requiere que las empresas objeto del correspondiente proceso de fusión / escisión tengan "por lo menos el cincuenta por ciento de su activo, estimado en valores de mercado, afecto a actividades de carácter empresarial", lo que al margen de determinados interrogantes que analizaremos a continuación ha suscitado diferentes reacciones en contra. Sostiene el autor citado en líneas anteriores -Sanchez Oliván- que esta restricción introduce en el ya de por sí complejo mundo de la fusión toda la problemática inherente a la definición de las sociedades de mera tenencia de bienes, con la delimitación de que es lo que debe entenderse por ejercicio de la actividad empresarial, y la problemática que siempre se suscita en torno a la valoración de las empresas. Señala Sanchez Oliván que está nuevamente claro la intención del legislador, su preocupación podríamos

agregar, por cerrar la vía de este régimen especial a todas aquellas manifestaciones que no impliquen un claro desarrollo de actividades empresariales, eliminando a todos los sujetos pasivos que pudiera interpretarse que realizan actuaciones marginales, "... pero me parece que si éste es el objeto del precepto, no era el camino mas adecuado porque se interfiere en la posibilidad de llevar a cabo operaciones que tendrían que tener abierta la vía de la LRFE". Por poner un ejemplo que se recoge en su comentario, una sociedad arrendadora de edificios que explota otra no podría acudir a una fusión, so pena de privar de beneficios al conjunto de las sociedades implicadas en la operación por mas que estuviese justificado la mejora de las estructuras y el beneficio en general.

#### 2.2.1 Las sociedades de cartera.

Pero esta restricción no sólo comporta la eliminación de las sociedades de mera tenencia, que "strictu sensu" no realizan una actividad empresarial en el sentido antes definido, sino que supone un problema de difícil solución cuando se refiere a las denominadas "sociedades de cartera". Los artículos 361 y 362 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades reservan ese título a las sociedades en las que mas del 50 por ciento

de su activo real esta formado por valores mobiliarios, si dicha situación se mantiene al menos seis meses en el ejercicio, y siempre y cuando esta cartera no tenga la consideración de control por mantenerse entre sociedades con actividades económicas afines, por dar una idea a grandes rasgos. Es evidente que estas sociedades que mantienen el control de otras mediante la detentación de sus títulos en muchos casos realizan una auténtica actividad económica no resultando claramente asimilable la exclusión del regimen fiscal, maxime cuando la fusión puede plantearse con las mismas empresas participadas. Pero frente a estas fundadas críticas, en este punto la doctrina administrativa, de acuerdo con la normativa en vigor en cada momento, se ha mantenido uniforme negando la posibilidad de acogerse al régimen de fusiones / escisiones de empresas cuando las repectivas sociedades tenían su activo formado mayoritariamente por participaciones de otras entidades, con lo que se incumplía el requisito de la afectación que venimos considerando. Al mismo tiempo, en dicha doctrina, recogida en varias contestaciones que se han sucedido por parte de la Administración Tributaria, se cierra una vía interpretativa que pretendía traspasar la condición subjetiva del ejercicio de la actividad empresarial de la sociedad que materialmente la realiza a aquella otra que poseyese sus participaciones sociales. Dicha

interpretación, que técnicamente no es correcta, pretendía emplearse como procedimiento para conseguir la aplicación del régimen de fusiones soslayando la expresa condición de afectación del patrimonio de las sociedades al ejercicio de actividades empresariales. Este es el contenido de sendas contestaciones a otras consultas de 1 de marzo y de 14 de noviembre de 1985 que, por lo que a esta última se refiere, señala:

"...Ello significa que el desarrollo del objeto social por una entidad no debe identificarse, en todo caso, con el ejercicio de una actividad empresarial... No obsta a las anteriores afirmaciones el hecho de ser titular de la totalidad del capital de una sociedad que sí realiza, claramente, una actividad empresarial, pues es un dato imprescindible el que esta actividad se ejerza por cuenta propia, ya que esta nota es una de las definitorias de la noción de empresario en el tráfico mercantil. .... Sostener que el empresario, en el caso de una sociedad, es el socio mayoritario, equivaldría a desconocer la teoría de la personalidad jurídica de las sociedades....En consecuencia, al sostener que la actividad ejercida no reúne los requisitos de actividad empresarial, hay que señalar, igualmente, que el patrimonio de que se es titular no está afecto al ejercicio de

ninguna actividad de esta índole. Por todo ello, los valores mobiliarios que constituyen la casi totalidad de los activos que integran el patrimonio de la entidad consultante, no pueden considerarse como activos afectos al ejercicio de una actividad empresarial, dado que se entiende que las sociedades de cartera no realizan actividades empresariales, no cumpliéndose, por tanto, los requisitos establecidos en la Ley 76/80 para disfrutar de los beneficios fiscales...".

Pero como hemos apuntado anteriormente, lo que complica la cuestión por encima de la aplicación de la restricción es la dificultad de deslindar en muchos casos en qué situación nos encontramos. Está claro que las sociedades de cartera no pueden acceder a este régimen, salvo que ésta constituya una cartera de control. Situación que guarda, en muchos casos, una estrecha conexión con el supuesto anteriormente considerado. Así, conviene señalar que cuando de lo que se trata es de una cartera de control, en los términos del antedicho artículo 362 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades -"No se considerarán Sociedades de Cartera aquellas que, llevando a cabo una explotación económica, participen directamente en el capital de otras sociedades en grado superior al 25 por ciento, siempre que exista relación entre la actividad desarrollada por unas y por otras"- no

se produce la exclusión de la Ley 76/80 sino que, en concordancia con el tratamiento que esta cartera de control recibe en el Impuesto sobre Sociedades, se entiende que se realizan efectivamente actuaciones de naturaleza empresarial, por lo que a la interpretación administrativa no le que da mas que concluir que resulta aplicable el régimen de fusión de empresas. En este sentido se pronuncia la contestación de fecha 8 de mayo de 1985 que expresamente señala: "...Tradicionalmente se ha considerado que los valores mobiliarios no reúnen esta condición de activos afectos, y de ahí que se haya excluido a las sociedades de cartera - aquéllas en las que mas de la mitad de su activo esta compuesto por valores mobiliarios - del régimen de beneficios establecido en la ley mencionada. Ahora bien,..., habría que admitir que ésta realiza una actividad empresarial, tanto directa como indirectamente, a traves de sus sociedades filiales dedicadas a la misma actividad, por lo que la cartera de control relativa a sus participaciones en sociedades filiales que desarrollen actividades aseguradoras debe considerarse como parte integrante del activo afecto a actividades empresariales..." . En definitiva, la exigencia de la normativa fiscal al pretener excluir a sociedades que no realizasen una auténtica actividad empresarial se ha encontrado con el hecho de las sociedades de cartera cuya

actividad, en muchos casos, no es otra que el control de otras sociedades a través de las cuales efectivamente se desarrollan las explotaciones empresariales, por lo cual eliminar la posibilidad de realizar una fusión de éstas no parece que tenga que ser una obligada consecuencia lógica de la ley fiscal, aunque sí una imposición de la literalidad de sus términos.

Frente a esta opinión, argumenta Sanz Gadea de forma totalmente favorable a la exclusión de este tipo de sociedades sobre la base de la finalidad perseguida por el régimen fiscal de fusiones de empresas. Sostiene este autor que la ley mantiene un sistema de beneficios tributarios respecto de aquellas empresas que supongan mediante su concentración una mejora para la estructura productiva, de modo que cuando esta no se da: ¿qué beneficio habrá de concederse?. Desde este punto de vista, el primer punto que debe resolverse para decidir si la restricción fiscal es o no correcta, en este caso de las sociedades de cartera, es preguntarse cual es la mejora que se produce para las estructuras productivas de la nación por el hecho de que un banco absorba su sociedad filial encargada de la gestión de su cartera de valores o de los inmuebles del mismo. Ciertamente resulta difícil comprender que detrás de todas estas operaciones exista algo mas que simples ajustes contables o de presentación de cuentas dentro del grupo de empresas,

porque mejora de las estructuras productivas que se traduzca en la economía nacional no se vislumbra fácilmente. En todas estas operaciones habrá "... repercusiones jurídicas y contables, pero en manera alguna técnicas y económicas" <sup>66</sup>. La conclusión en esta línea es que la exclusión resulta completamente correcta y conforme con el conjunto de la ley de 1980.

Pero frente a toda esta argumentación en favor y en contra, el legislador ha alterado las condiciones originales admitiendo la posibilidad de que aquellas sociedades participen con arreglo a determinadas condiciones. En este punto, debe tenerse especialmente presente el cambio normativo operado por la Disposición Adicional 21ª de la Ley 26/86, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1987, que señala: " Podrán acceder al Régimen Fiscal de las Fusiones de Empresas, regulado en la Ley 76/1980, de 26 de diciembre, sociedades cuyas acciones sean de cotización calificada en Bolsa, cualesquiera que sean las actividades que desarrollen siempre que la sociedad resultante de la fusión tenga más del 50 por 100 de su activo, estimando en valores reales, afecto a explotaciones económicas", con lo que se altera el régimen anterior, contenido en el artículo 3.1.b) de la Ley y 3.1.a) del Reglamento, con

---

<sup>66</sup> Op. cit. "Regimen fiscal...", pag. 119.

relación a la fusión de sociedades, al habilitar el acceso al régimen a todas las sociedades, en las condiciones expuestas, trasladando el requisito de afectación desde un momento anterior o previo a la operación a otro posterior o producto del proceso, dentro de un plano temporal, con lo que parece haberse resuelto la cuestión en torno de las sociedades de cartera.

Dicha modificación no podía ser obviada en la referencia que el citado autor -Sanz Gadea- realiza al conjunto de la cuestión. Su justificación resulta difícil pues "... choca frontalmente con la filosofía que sustenta la Ley 76/80.." <sup>67</sup>, y solo, tal vez, la referencia a un caso concreto de fusión podría explicar su irrupción en el esquema normativo.

Ahora bien, cualquiera que sea la opinión que nos merezca, se trata de una realidad que está ahí y que efectivamente ha sido utilizada por aquellas sociedades. Sí puede señalarse que a raíz de la modificación introducida no se han suscitado nuevas consultas al centro gestor sobre la debatida cuestión, aunque cabe resaltar la existencia de dos notas adicionales al respecto que conviene considerar. En primer lugar, la

---

<sup>67</sup> Op. cit. "Regimen fiscal...", pag. 119.

modificación prevista en la Ley de Presupuestos exige que mas del 50 por ciento del activo se halle afecto al ejercicio de actividades empresariales, mientras que la Ley 76/80 sólo requiere que el porcentaje que no se encuentre afectado no sea superior a aquel valor. El propósito de estas afirmaciones es idéntico, pero dichas expresiones no son sinónimas. No obstante, dicha identificación de contenido se repite en el propio artículo 15.2 de la Ley cuando habla de las escisiones, por cuanto que usa la misma construcción que la ley presupuestaria para establecer el límite de afectación. En segundo lugar, la Ley y el Reglamento aluden a la afectación a "actividades de caracter empresarial", mientras que la Disposición Adicional Presupuestaria lo hace al concepto de "explotaciones económicas", alteración que puede no resultar indiferente sobre todo si se interpreta en relación con lo dispuesto en el artículo 12.1.c) del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, por el cual se entienden afectos a una explotación económica, entre otros bienes previamente enumerados "c) cualesquiera otros de contenido patrimonial que sean necesarios para la obtención de los respectivos rendimientos", con lo que los valores de las Sociedades de Cartera podrían entenderse afectos y permitir el acceso al régimen a aquéllas. En cualquier

caso, no hay pronunciamiento al respecto de orden administrativo.

### 2.2.2 Determinación del momento de afectación.

Junto con las anteriores cuestiones puede traerse a esta reflexión el interrogante planteado sobre el momento en el que debe exigirse su cumplimiento. En otras palabras, cuál es el momento en el que debe cumplirse el requisito de no tener mas del 50 por ciento del activo afecto a actividades distintas de las de caracter empresarial, es decir, mas concretamente, si dicha afectación debe producirse antes o despues de la recepción de las correspondientes acciones como consecuencia del proceso respectivo. A este respecto, la Dirección General de Tributos se ha manifestado mediante contestación a una consulta con fecha relativamente reciente de 19 de julio de 1989, con relación a un supuesto de escisión parcial, en la que se determina expresamente que: " De todo lo expuesto resulta, claramente, que las sociedades que se escindan parcialmente deben conservar mas del 50 por 100 de su activo afecto a actividades empresariales despues de haber realizado la operación de escisión y recibidas las nuevas acciones, admitiéndose la posibilidad de reducir

el capital entregando las acciones recibidas a los socios si se desea cumplir el requisito establecido en las normas legales mencionadas". Conclusión que guarda un paralelismo con la modificación operada en relación con las sociedades de cartera, en las que la exigencia del cumplimiento de las condiciones de afectación se trasladaba al momento resultante de la operación.

### **2.3 Forma anónima de la sociedad resultante.**

#### **2.3.1 Régimen general.**

El tercer y último de los requisitos que se imponen en la norma fiscal es el que exige que la sociedad resultante de la fusión o la destinataria del patrimonio escindido tenga la forma de anónima. Efectivamente, el número cuatro del artículo tercero del Reglamento, en concordancia con lo dispuesto en el apartado segundo del artículo del mismo número de la ley de 1980, señala que "la sociedad resultante de la fusión o la destinataria del patrimonio escindido deberá revestir la forma de sociedad anónima...".

Para Sanchez Oliván, este requisito "...puede aceptarse perfectamente...En el marco de dicha Ley -Ley 76/80- es difícil imaginar que una fusión que beneficie

de forma directa a la economía nacional no concentre capitales superiores a 50 millones de pesetas, que es el límite a partir del cual las sociedades que limitan la responsabilidad de sus socios deben alcanzar en España, necesariamente, la forma de anónimas".<sup>68</sup>

Sin embargo aunque doctrinalmente parece asentirse en la conveniencia de la disposición el propio texto recoge diversas excepciones a la regla enunciada.

En primer lugar, la Disposición Adicional segunda indica que "las operaciones de fusión de cooperativas se regularán por lo que disponga su legislación específica", precepto de reenvío que el reglamento traslada de la Ley en sus mismos términos y que no ha suscitado problema interpretativo alguno, por lo que huelga mas comentario al respecto.

En segundo lugar, es la primera de las Disposiciones Adicionales la que ha un dado mayor juego, al recoger la posibilidad de fusión de entidades no mercantiles con tal que estuviesen sujetas al Impuesto sobre Sociedades. En concreto, se señala que "el régimen tributario establecido por la presente ley será igualmente aplicable a las operaciones de fusión de aquellas entidades que aun no teniendo la forma jurídica de sociedades mercantiles tengan personalidad jurídica y

---

<sup>68</sup> Op. cit. "La fusión...".

se hallen por tanto sujetas al Impuesto sobre Sociedades". Esta regulación no es mas que la consecuencia de la posición mantenida por la normativa fiscal a la que antes aludiamos. Como ya se ha expuesto, ésta pretende extender sus efectos mas allá de la simple regulación de las operaciones de fusión y escisión de sociedades para fijarse en la empresa como unidad económica. Por lo tanto, es necesario dejar constancia de la posible aplicación de sus preceptos aún careciendo el destinatario de las normas de forma jurídica mercantil. La limitación que se impone es la sujeción al Impuesto sobre Sociedades, lo que sirve de garantía respecto del número y clase de potenciales beneficiarios al remitirse a un universo de sujetos ya controlado por otras normas de índole tributaria. Ahora bien, no es menos cierto que esta limitación es origen de conflictos que entendemos podían haberse obviado, como así sucede en el caso antes comentado de la solicitud de acogimiento al régimen por parte de una comunidad de bienes en las que las contestaciones de la Administración fueron no solo divergentes sino opuestas. Contrasta esta rigidez con el hecho de que la norma mercantil no impide, al menos en opinión doctrinal, el acceso de estas entidades -las sociedades civiles y demas entidades sin personalidad- a los procesos de fusión conforme a las reglas de la Ley de Sociedades Anónimas.

Con todo, la puerta abierta en esta Disposición Adicional ha permitido plantear varias solicitudes pretendiendo la inclusión a través de la misma de procesos de fusión o escisión que no se referían a sujetos pasivos con personalidad jurídica, sin que tampoco estuviesen sujetos al Impuesto sobre Sociedades. Debe señalarse que, en la mayoría de los casos, no han recibido una contestación favorable. Así, en escrito de 30 de julio de 1987 se examina la posibilidad de aplicar el régimen de la Ley 76/80 a una operación de fusión entre establecimientos permanentes de entidades extranjeras como consecuencia de los convenios formalizados entre aquéllas. La contestación de la Administración ofrece una respuesta negativa a tal problema con los siguientes términos: "... la operación proyectada no puede tener la consideración de operación acogida al régimen de beneficios de la Ley 76/80 ... porque una operación de esta índole - fusión-creación - exigiría la disolución de dos o mas sociedades ... lo que no ocurre en el presente caso, en el que solo existe una sucursal de una sociedad que pretende transformarse en sucursal de una sociedad diferente.", agregándose en la misma a continuación que "... De dicha norma - la de la Disposición Adicional 1ª comentada - resulta clara su aplicación exclusiva a sociedades no mercantiles con personalidad, circunstancia ésta última que no se reúne

a tenor de lo dispuesto en el artículo 88 del Reglamento del Registro Mercantil."

En sentido similar se pronuncia la contestación de 17 de junio de 1982 en la que se plantea el supuesto de una entidad que no realiza actividades de naturaleza empresarial pero que pretende acogerse a los beneficios de la Ley 76/80 al amparo de lo dispuesto en esta disposición adicional con ocasión de la segregación del conjunto de instalaciones deportivo recreativas de que dispone en beneficio de otra entidad de análogas características. Así, se señala que " si bien la Disposición Adicional 1ª del RD 2182/81, ha establecido que los beneficios fiscales aplicables a los casos de fusión o escisión lo sean también a aquellas entidades que, sin ser sociedades mercantiles, tengan personalidad jurídica y se hallen por tanto sujetas al Impuesto sobre Sociedades, hay que entender, no obstante, siempre que dichas entidades cumplen con todos y cada uno de los requisitos exigidos en la Ley 76/80. A mayor abundamiento, el artículo tercero de dicho Real Decreto exige <... tener por lo menos el 50 por ciento de su activo, estimado en valores de mercado, afecto a actividades de carácter empresarial. La misma proporción habrá de mantenerse en los supuestos de escisión parcial de sociedades, tanto en el activo del patrimonio de la

sociedad escindida cuanto en la parte del mismo que se traspase en bloque>".

De donde debe concluirse, a tenor de las contestaciones examinadas, que la vía de esta Disposición Adicional no es una "puerta falsa" por la que puedan entrar cualesquiera entidades no societarias, sino que reitera lo ya manifestado en líneas anteriores en las que se ponía de manifiesto la vinculación de este régimen a la realización efectiva de actividades empresariales. De este modo, cuando éstas se efectúen, la forma jurídica de la entidad que las lleve a cabo no debe suponer un inconveniente o cortapisa al posible disfrute de los beneficios que la Ley concede, y, por contra, el que una entidad se encuentre sometida al Impuesto sobre Sociedades no es suficiente para permitir el acceso al presente régimen fiscal que requiere el ejercicio efectivo de actividades empresariales.

Para cerrar el comentario en torno a estas entidades, puede señalarse que la reciente regulación mantiene una posición relativamente cercana a las tesis aquí examinadas. Ciertamente, en la Disposición Adicional primera de la Ley 29/91 se indica que el régimen tributario referente a las operaciones de fusión y escisión que se regula en su título primero "... será igualmente aplicable a las transmisiones de unidades económicas autónomas en las que intervengan sujetos

pasivos del Impuesto sobre Sociedades que no tengan forma jurídica de sociedad mercantil ...". Este aspecto tampoco resulta contemplado en la Directiva Comunitaria que se traspone a nuestro Ordenamiento, como sucedía con el empresario individual, por lo que debe utilizarse la vía de las disposiciones adicionales para atribuirle un régimen semejante aunque sin darle una denominación incompatible con la Directiva. Lo interesante es volver a resaltar que mantiene la exclusión del régimen para las "unidades económicas autónomas" cuando no están sometidas al tributo societario, con lo que queda este conjunto de entidades que realizando una actividad empresarial no pueden beneficiarse del régimen por no ser ni empresarios individuales ni societarios, exclusión que carece de otra justificación que no sea la de ser una mera reliquia histórica de las normas precedentes sin mayor fundamento técnico.

#### 2.3.2 Una excepción: las Cajas de Ahorro.

Por último, aunque no se ha planteado ninguna consulta ni impugnación al respecto, debe hacerse un breve comentario al párrafo segundo de la disposición adicional primera del texto reglamentario. Su novedad radica en que el mismo constituye una creación de la

pluma reglamentaria sin que el texto legal disponga nada en tal sentido. En efecto, se señala: "En tales casos - la aplicación de las normas fiscales sobre fusiones a las entidades sin forma mercantil sujetas al Impuesto sobre Sociedades -, las entidades resultantes de la fusión no tendrán que adoptar necesariamente la forma de sociedad anónima", aspecto que como hemos dicho no tiene apoyo en la ley y que por el contrario choca con la taxativa afirmación del artículo 3 apartado segundo de aquel texto que expresamente indica: "La sociedad resultante de la fusión deberá tener en todo caso la forma de sociedad anónima", mandato que reitera el desarrollo reglamentario en el apartado cuarto del artículo 3 que, asimismo, señala: " La sociedad resultante de la fusión o la destinataria del patrimonio escindido deberá revestir la forma de sociedad anónima, ...", por lo que ha de concluirse que dicha manifestación constituye una extralimitación reglamentaria por mas que esté justificada su existencia como evidencia el supuesto de fusiones de Cajas de Ahorros, por citar tan solo un ejemplo, que no podría tener lugar si se mantuviese la exigencia de la forma societaria anónima para la resultante en todos los procesos que a tal efecto se sometiesen a la normativa presente. Junto con este supuesto, sí deben entenderse perfectamente justificadas las habilitaciones específicas que, en tal sentido, se

contienen en distintas normas como, por ejemplo, la Disposición Transitoria 5ª de la Ley 33/84, de 2 de agosto, de Ordenación del Seguro Privado: "Las operaciones de fusión o escisión de Entidades de Seguros o Reaseguros ... gozarán en su grado máximo de los beneficios concedidos en la Ley 76/80, de 26 de diciembre, ..., sin necesidad de que las sociedades resultantes tengan forma de Sociedad Anónima, ...".

### **3. Ambito territorial de aplicación.**

Para terminar el análisis del ámbito subjetivo de estas operaciones una vez vistos la delimitación mercantil de las sociedades que podrían intervenir y los requisitos que la norma fiscal impone a éstas, resta realizar una breve disgresión sobre la nacionalidad de las sociedades implicadas y las peculiaridades del hecho foral al excluirse de la aplicación de la norma común determinadas entidades.

#### **3.1 Sociedades Españolas.**

Resulta evidente que la normativa fiscal sobre fusiones y escisiones de empresas tiene como objetivo su aplicación a las sociedades españolas, no pretendiendo

regular otros procesos que pudieran darse entre sociedades que se hayan al margen de nuestra soberanía fiscal. Esta afirmación no indica nada concluyente ni presenta aspectos discutibles. Por ello al plantearse el tema de la nacionalidad de las sociedades que participen en procesos de fusión lo que quiere ponerse de manifiesto es el hecho de que lo relevante para determinar o no la sujeción va a ser la sociedad resultante del proceso. Al igual que sucede con la necesaria forma anónima que debe reunir la sociedad o el cumplimiento de la condición de tener afecto al ejercicio de actividades empresariales un determinado porcentaje del activo, requisitos que deben observarse con relación a la entidad resultante de la operación de que se trate, la nacionalidad española se predica con relación a la entidad final. Este aspecto no ha sido especialmente considerado desde un punto de vista doctrinal ni ha suscitado importantes cuestiones prácticas, probablemente por la escasa incidencia que reviste el número de casos en que se han llevado a cabo. No obstante sí pueden indicarse las siguientes cuestiones que se han suscitado con relación al mismo.

La conclusión a la que se llega del examen de las contestaciones formuladas cuando la cuestión así ha sido planteada, permite afirmar que las operaciones de fusión / escisión a las que se refiere el régimen vigente sólo son aquéllas que tienen como resultado del

respectivo proceso una sociedad española. Esta conclusión podía ya inferirse de las disposiciones reguladoras de los beneficios fiscales aplicables a la concentración e integración de empresas, Decreto 2910/71, de 25 de noviembre, tal y como se señala en contestación de la Dirección General de Tributos de 23 de octubre de 1980 en la que se manifiesta : " Del análisis de los mismos se aprecia como requisito ineludible que la concentración e integración de empresas debe llegar a una de las situaciones siguientes:

- Constitución de una Sociedad de acuerdo con las disposiciones españolas,...
- Absorción por una Sociedad constituida de acuerdo con las disposiciones españolas,...

Esta conclusión que se obtiene del examen de las normas anteriores a la legislación de fusiones de 1980 se ha mantenido inalterada con la entrada en vigor de ésta. Prueba de ello son las posteriores contestaciones referidas ya a dicho régimen. Así, la de 3 de enero de 1986 admite la posibilidad de llevar a cabo un proceso de escisión, ya de carácter parcial ya total, entre establecimientos permanentes de sociedades extranjeras, en este caso concreto entidades aseguradoras, sin que por tal motivo se produzca la disolución de la casa matriz correspondiente, aunque "se

exige, sin embargo, que la sociedad resultante o la destinataria del patrimonio escindido sea una sociedad anónima española, cuya contabilidad se encuentre adaptada al Plan General de Contabilidad,...", sin perjuicio de que, además, efectivamente se cumplan la totalidad de los requisitos que la legislación específica señala al efecto.

Por su parte, la de 30 de julio de 1987, en el supuesto de una operación consistente en la disolución de la sucursal de una entidad financiera extranjera y la transmisión de todo su patrimonio al establecimiento permanente de otra, niega la aplicación del régimen fiscal de fusiones de empresas, entre otras razones que no hacen al caso en el momento presente, porque este régimen exige que la sociedad resultante de la fusión tenga la forma de sociedad anónima, condición que no se observa en el citado supuesto.

Frente a esta regulación, la normativa puesta en vigor mediante la Ley 29/91 altera sustancialmente el ámbito de aplicación. En este momento, no se trata sólo de normar las operaciones que realicen sociedades españolas sino que por el contrario se tiene muy presente la existencia de una estrecha interrelación con las otras empresas comunitarias en un marco económico más interconectado, consecuencia del proceso de convergencia hacia un mercado único, y la necesidad de mantener una

homogeneidad con el tratamiento que a estos procesos de integración se dispensa en la normativa europea. De este modo, pretende regularse, de acuerdo con su artículo primero, las operaciones de fusión, escisión, aportación no dineraria de rama de actividad y canje de valores que se realicen por entidades residentes en España o cuando en aquellas operaciones intervengan entidades residentes en diferentes países. A título de ejemplo podemos resaltar que la norma española considera las operaciones que se realicen por entidades no residentes en nuestro territorio que se refieran a establecimiento permanentes de las mismas situados en éste. Por lo tanto la nueva normativa establece unos mismos principios y reglas aplicables a las operaciones de fusión, por utilizar una denominación genérica, con independencia de la residencia de las empresas que intervengan en ellas.

### **3.2 Las especialidades del Derecho Foral.**

El segundo de los puntos que resta por comentar es el que se refiere a la competencia foral. Tradicionalmente, la redacción tanto legal como reglamentaria observan un absoluto silencio en relación con la delimitación de competencias con los territorios forales, y aunque del tenor de las normas citadas no se

desprende sino que la concesión, en su caso, de los beneficios fiscales corresponde al Ministro de Hacienda, debe entenderse que en nada se prejuzga sobre las competencias que, en esta materia, disfrutaban las Haciendas Forales del País Vasco y Navarra.

Esta falta de puntualización de la normativa fiscal sobre fusiones en la Ley 76/80 obliga a remitirse a las disposiciones de carácter general que regulan la competencia foral. De éstas ha de resultar la decisión sobre la existencia o no de capacidad en las instituciones forales para arbitrar la correspondiente concesión de estos beneficios y la determinación de las sociedades que pudieran ser de su exclusiva competencia. La conclusión del examen parece inclinarse por la existencia de una autonomía en esta materia a semejanza de los restantes supuestos previstos en los respectivos impuestos personales en coordinación con la normativa estatal. Así, en contestación de 31 de enero de 1985 evacuada por la Dirección General de Tributos, interpretando en sentido contrario lo dispuesto en el artículo sexto, apartado tercero, de la Ley 12/81, de 13 de mayo, por la que se aprueba el Concierto económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco, se señala que "en aquellas concentraciones de empresas que no superen el citado ámbito territorial -el del País Vasco-, será

competencia de la Hacienda Foral la tramitación y concesión de los oportunos beneficios tributarios".

En este mismo sentido se pronuncia la contestación de 14 de septiembre de 1987 que, al efecto, señala: " En consecuencia, si la operación de fusión en cuestión ha recibido la aprobación del organismo foral correspondiente, como resulta de la documentación que se acompaña, este Centro Directivo considera esta circunstancia suficiente para aplicar lo dispuesto en el artículo 12.1 de la Ley 76/80, a las personas de los socios de la sociedad absorbida, sin necesidad de incoar nuevo expediente ante la Administración del Estado ", aunque, no obstante, se contiene en ella un párrafo, anterior en el orden expositivo al que acabamos de citar, que no puede menos que despertar una cierta interrogación sobre su alcance y pretensión y cuyo tenor literal es como sigue: " Esta competencia - la exclusiva del País Vasco para las concentraciones de empresas que no superen su ámbito territorial - hemos de entenderla referida a las sociedades, personas jurídicas que intervienen en la operación, y no respecto de los socios de las mismas ", puesto que de la aseveración anterior parece desprenderse lógicamente la necesidad de intervención de la administración del Estado con relación a los socios, conclusión que difiere de la contenida a continuación en la propia contestación.

Por su parte, nada expreso se dice en la Ley Orgánica 13/82, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Regimen Foral Navarro, aunque su artículo 45 determina que "Navarra tiene potestad para mantener, establecer y regular su propio regimen tributario ...", por lo que, de acuerdo con el Convenio económico de 1969, aprobado por Decreto-ley 16/69, de 24 de julio, y las normas de adaptacion de naturaleza provisional aprobadas mediante Real Decreto 2655/79, de 19 de octubre, en lo referente a la delimitación de las respectivas competencias de la Diputacion Foral y del Estado, debe concluirse la capacidad de aquélla para conceder los beneficios tributarios oportunos. Así, el Acuerdo del Parlamento Foral, de 8 de febrero de 1982, aprueba la Norma sobre Regimen Fiscal de Fusiones de empresas , cuyo texto reglamentario, a su vez, es objeto de desarrollo mediante el Acuerdo de la Diputacion Foral de 22 de abril del mismo año, normativa que traslada al ámbito autonómico navarro los beneficios diseñados en la Ley 76/80 para las operaciones de fusión y escisión y donde la competencia para su concesión, como no podía ser de otra forma, se atribuye a la propia Diputación.

Esta situación de ausencia de pronunciamiento, pese a la conclusión antes esbozada de general aceptación, ha sido corregida con la fórmula normalmente

utilizada en todas las disposiciones legales por la ya repetidamente comentada Ley 29/91 de adaptación de determinadas directivas comunitarias. De conformidad con su Disposición Adicional tercera, la regulación que se contiene, entre otros aspectos, sobre las operaciones de fusión y escisión "... se entenderá sin perjuicio de los regímenes tributarios forales de Concierto y Convenio económico...", por lo que cualquier tipo de régimen tributario que venga a reglamentar de estas operaciones es competencia del ámbito foral en lo que a las sociedades de su exclusiva regulación se refiere. Conclusión que reitera las contestaciones anteriormente vistas, cuya norma de referencia era la de 1980.

## V.- EL REGIMEN FISCAL DE LA LEY 76/1980.

### 1. Continuidad en el disfrute de los beneficios tributarios previos.

A lo largo del presente apartado pretenden examinarse los beneficios fiscales que la ley y las sucesivas modificaciones del régimen legal han arbitrado en favor de las operaciones de fusión y escisión. Su estructura seguirá a cada una de las figuras impositivas que constituyen aquél, indicándose el contenido y aspectos que presentan. No obstante, antes de introducirnos en el examen de estos beneficios fiscales conviene que nos detengamos en una nota genérica de este régimen fiscal a la que antes no hemos aludido por no tratarse específicamente de un requisito o condición que las sociedades implicadas vinieran obligadas a observar para solicitar su acogimiento a aquel. Dicha característica puede denominarse como de pretendida estabilidad o continuidad que el régimen fiscal intenta respecto de las situaciones jurídico tributarias de las sociedades envueltas en la operación. Así, la manifestación mas clara de esta estabilidad debe encontrarse en la asunción que se predica respecto de los

beneficios fiscales de que viniesen disfrutando las sociedades que se disuelven por parte de las que les sucedan. Pero también encuentra su plasmación en otros aspectos tales como la continuidad de los criterios de amortización o la estabilidad de los beneficios concedidos y su alteración solo en el caso de modificaciones sustanciales de la realidad empresarial. Junto con estos temas se ha reservado este punto para considerar un aspecto del régimen fiscal, la exigencia de que su solicitud se produzca sólo cuando los acuerdos sociales se adoptaron bajo la condición suspensiva de su concesión, que ha sido doctrinal y judicialmente rechazada. Consideremos con mas detalle estas cuestiones.

#### **1.1. Mantenimiento de los beneficios fiscales.**

La continuidad del tratamiento tributario del que venían disfrutando las sociedades que se disuelven constituye la regla de general aplicación en la sucesión de las relaciones jurídicas entre las empresas intervinientes. Esta se recoge normativamente en el artículo 7 de la ley sobre este régimen fiscal de 1980, indicándose que "cuando las empresas que se disuelven estuviesen gozando de cualquier clase de beneficio fiscal ... podrá la nueva sociedad o la sociedad absorbente, según los casos, mantener dicho tratamiento tributario

...". Manifestación que es una consecuencia lógica de la nota, ya comentada, de sucesión universal de la sociedad extinguida por la que la sucede. Este comentario se planteaba en términos de las características mercantiles de la operación de fusión siendo una obligada consecuencia su admisión en el orden fiscal so pena de quebrar la propia institución.

Dicha sucesión no se limita al disfrute de los correspondientes beneficios fiscales, con las restricciones que a continuación analizamos, sino que constituye una auténtica sucesión en la posición fiscal de las sociedades cuya personalidad se extingue. Prueba de ello, aun reconociendo su carácter anecdótico, es la regulación que proyecta el RD 1163/90, de 21 de septiembre, sobre el procedimiento para realizar los ingresos indebidos, que equipara los supuestos de fusión y escisión con la transmisión "mortis causa" y atribuye el derecho a la devolución del ingreso indebido efectuado a la sociedad absorbente o a la beneficiaria del patrimonio escindido, según los casos.

No obstante la claridad del contenido y finalidad de la disposición sustantiva y el acuerdo prácticamente unánime de la doctrina en su interpretación, la regulación fiscal introduce un elemento de confusión y una restricción a la sucesión en los que conviene detenerse brevemente.

## 1.2 Autorización administrativa de la subrogación.

En primer lugar, cuando nos referimos a la nota de confusión que se introduce por vía reglamentaria debe señalarse que ésta proviene de la exigencia de que la subrogación sea "... acordada, a petición de las empresas interesadas, por el órgano competente para la concesión de dichos beneficios". Dicha exigencia no encaja con la regulación civil de la sucesión en las relaciones obligacionales por la sucesión entre acreedores, punto que podría ser un fundamento a la necesaria conformidad prestada por la Administración Tributaria respecto de los créditos que las empresas pudieran tener contra ella. Constituye una garantía para la administración pero su justificación no se encuentra ciertamente en una construcción jurídica general. Mas aún, el acuerdo requerido desconoce la propia realidad tributaria puesto que la referencia, de forma genérica, a los beneficios tributarios no tiene en cuenta que hay beneficios que requieren efectivamente un acto de concesión para su disfrute pero que también existen otros cuya aplicación deriva directamente de la Ley, sin que sea necesario intervención administrativa alguna por la que se reconozcan éstos. En este supuesto nos encontramos con las deducciones por inversión por citar el supuesto de mas amplia difusión en las que su asunción por la empresa

no requiere aprobación alguna. Con todo, debe insistirse en el hecho de que la norma legal no impone otra condición que la de la observancia de los requisitos a que las sociedades que originaron el beneficio estaban efectivamente sometidas. Por ello, la disposición reglamentaria no solo puede interpretarse como norma de procedimiento o simplemente de desarrollo sino que puede adoptar la condición de sustantiva del régimen fiscal, en cuyo caso carecería de cobertura para imponer otros requisitos al disfrute de los derechos y no sería válida.

Esta posición legal, es decir sin el condicionamiento reglamentario de la aprobación de la subrogación, es la recogida por la normativa en vigor a partir de 1992 en la Ley 29/91. En el artículo 11 de la citada norma se sostiene la transmisión "... a la entidad adquirente los derechos y las obligaciones tributarias de la entidad transmitente que se encontrasen pendientes... La entidad adquirente asumirá el cumplimiento de los requisitos necesarios para continuar en el goce de beneficios fiscales o consolidar los disfrutados por la entidad transmitente". Extracto que se aplica ya sea la sucesión a título universal ya solo a título particular, aunque en este último caso los beneficios deben estar vinculados a los bienes objeto de la transmisión. De esta forma, la normativa vigente ha

mantenido el criterio del que ya se disfrutaba con la ley del 80, sin requerir mas que, como es lógico, que la sucesión de la titularidad jurídica de las relaciones se produzca con respeto de las condiciones objetivas inherentes a ésta. Resta indicar que este resultado coincide con la previsión contenida en la Directiva comunitaria que traspone. Esta -Directiva 90/434/CEE- determina en su artículo 5 que los Estados dispongan las medidas necesarias para que en los casos de provisiones o reservas constituídas con exención parcial se asuman por la sociedad beneficiaria en las mismas condiciones con tal esta última continúe con los derechos y obligaciones de la transmitente. Con todo, parece que la subrogación a la que aquí se alude se limita a los derechos y obligaciones que estan en relación con esas provisiones o reservas, siendo en este caso de menor alcance que la disposición española.

### **1.3 No transferibilidad de las pérdidas sociales.**

A su vez, por lo que respecta a la que hemos denominado restricción cabe decir su completa oposición al concepto de sucesión universal. Esta restricción no es otra que la imposibilidad de realizar la transferencia de las pérdidas entre las sociedades que intervienen en la operación. Tanto la normativa de 1980 como la vigente en

el momento actual mantienen con toda claridad la oposición a toda compensación de pérdidas entre las sociedades. La ley del 80 señala que "... el derecho a la compensación de pérdidas ... debe entenderse intransferible" -art. 7-, mientras que la ley 29/91 con mayor rotundidad marca al respecto que "en ningún caso se entenderá transmitido el derecho a la compensación de pérdidas" -art. 11-. Pero este posicionamiento legal no esta huérfano de apoyo doctrinal. A favor de la postura podemos encontrar a Sanchez Pinilla <sup>69</sup> que con relación al tema manifiesta como "... de admitirse la sucesión en este derecho fiscal, las fusiones se producirán con esta exclusiva finalidad, muy lucrativa para la absorbente y para los socios de la absorbente, pero perturbadora para los intereses generales". Ciertamente que no puede negarse que la prohibición tiene un fundamento importante en la obligatoria cautela que ha de observarse para no desvirtuar la operación, ya que permitir este tipo de compensaciones derivaría en una instrumentalización de la

---

<sup>69</sup> Sanchez Pinilla." Fiscalidad de las fusiones de empresas", en Comentarios a las Leyes Tributarias y Financieras, tomo XVIII, vol 2º, Edersa. Pag 104. En su comentario al respecto, el autor recoge el hecho de que en la tramitación parlamentaria se planteó expresamente la cuestión sobre la base de considerar el derecho a la compensación de pérdidas como un crédito fiscal de contenido patrimonial susceptible de traspaso. Sin negar esa aproximación al tema, el legislador optó por negar la transmisión en base a razones de cautela por los posibles abusos a que podía dar lugar.

operación de fusión, reducida a favorecer sociedades con beneficios mediante la absorción de otras con pérdidas, sin que la operación revistiese en sí interés para la economía nacional y sin que se produjese mejora de ninguna estructura productiva, principios que justifican el régimen fiscal.

Pero frente a esta sólida argumentación, otros autores remarcan la oposición de la no compensación al principio de sucesión universal. En esta línea, Mateu Ros <sup>70</sup> indica que "... esta posición,..., excepciona, sin embargo, el mecanismo de transferencia universal característico de la fusión, pues no cabe duda de que, desde una perspectiva jurídico privada, el derecho a la compensación de pérdidas, una vez surgido, es un crédito fiscal de contenido patrimonial perfectamente transmisible".

En esta misma línea, Rojo Ramirez acepta la imposición legal aunque claramente indica que ésta supone una ruptura del principio de sucesión universal que se predica respecto de la operación.

En cualquier caso, las posturas aparecen nítidas entre la prevalencia de la consideración mercantil y la solución fiscal. En virtud de la primera, que sustenta el principio de sucesión universal, las

---

<sup>70</sup> Op. cit. "La fusión...", pag. 719.

posiciones frente a la Hacienda Pública no difieren del conjunto de derechos y obligaciones de una empresa que pueden ser transmitidos por lo que las pérdidas serían objeto de intercambio. Para la segunda, el régimen fiscal de fusiones no puede servir para fomentar operaciones entre empresas tendentes a compensar las bases negativas de unas con las de otras, en claro detrimento para la Administración fiscal, por lo que no puede reconocerse la transmisión de un crédito fiscal derivado de la existencia de pérdidas contables en una de la sociedades intervinientes en la operación. Ante esta alternativa, la legislación española tradicionalmente ha adoptado una posición restrictiva, impidiendo la compensación. Pero esta solución no es la única posible pues la propia Directiva Comunitaria que se traspone previene -art. 6- la obligación de los Estados miembros de adoptar las medidas necesarias que garanticen que "en la medida en que los estados miembros apliquen, ..., disposiciones que permitan que la sociedad beneficiaria asuma las pérdidas de la sociedad transmitente aún no amortizadas desde el punto de vista fiscal,...", no se produzcan discriminaciones respecto de los establecimientos permanentes de la beneficiaria cuando ésta sea residente en alguno de los países de la comunidad europea. Con ello se evidencia que la norma comunitaria es consciente de otras soluciones no admitidas por la disposición

española, disponiéndose el mismo trato para las sociedades cualesquiera que fuese su domicilio o residencia. Ciertamente que es respetuosa con la legislación nacional plegándose a la solución que al problema en ésta se arbitre, pero también es cierto que admite la compensación si esa fuera la regulación nacional al respecto.

Para cerrar este punto conviene que nos detengamos en algunas de las consideraciones que la interpretación administrativa ha hecho con relación a la posibilidad de compensar las pérdidas de la sociedad que se extingue en la cuenta de la beneficiaria.

En primer lugar, como acertadamente indican diversas contestaciones de la Dirección General de Tributos, no puede hablarse de compensación de pérdidas en sentido estricto sino de las bases imponibles negativas a que aquéllas hubieran podido dar lugar, estando claramente señalado el carácter no asumible por la sociedad absorbente de las pérdidas de la disuelta. Así, la contestación de 23 de octubre de 1980, por lo tanto anterior a la normativa en vigor, nos dice:

" En los casos de Fusión de Sociedades no cabe hablar de traspaso de pérdidas como tampoco puede hablarse del traspaso de reservas, lo que se aporta a la nueva entidad o a la absorbente

es un Activo o un Pasivo, en suma un Patrimonio Neto".

Consecuentemente, las cuentas de pérdidas son cuentas de activo ficticio y como tal deben minorar las cuentas del Patrimonio al objeto de determinar la relación de canje en las Sociedades que intervienen en la fusión.

Ahora bien, al margen de la consideración de partida negativa a la hora de computar el patrimonio neto, aparece otro problema cual es el de si las sociedades fusionadas tienen derecho a compensar las bases imponibles negativas con cargo a ejercicios futuros, bien en la entidad absorbente, bien en la de nueva creación.

A este respecto hemos de distinguir dos casos:

- a) Que se trate de pérdidas compensables o, en su caso, de bases negativas de la Sociedad absorbente.
- b) Que se trate de pérdidas compensables o, en su caso, de bases negativas de las Sociedades que se disuelven.

Si son bases de la sociedad absorbentes, este Centro Directivo entiende que aunque se haya ampliando el objeto

social, con motivo de fusión, puede seguir gozando de este derecho.

Si se trata de bases de las sociedades absorbidas, este Centro Directivo entiende que la Sociedad absorbente o de nueva creación no tiene derecho a seguir compensando en ejercicios futuros estas pérdidas, ya que se trata de un derecho concedido a las sociedades disueltas como personas jurídicas independientes con un objeto social determinado, derecho que se extingue al extinguirse la personalidad jurídica de las sociedades disueltas".

En conformidad con lo anterior, puede citarse la contestación de 18 de octubre de 1979 que insiste sobre el mismo punto al decir:

"no existe posibilidad de compensar las pérdidas de la sociedad absorbida en la sociedad absorbente. Tales pérdidas se tienen en cuenta al cuantificar el patrimonio neto de la sociedad absorbida, como una partida negativa, y por tanto influirán en el momento de concretar el capital a emitir por la absorbente".

Igual pronunciamiento en aplicación ya de la normativa actualmente en vigor se produce en la

contestación de 2 de enero de 1984, en la que se señala que "... al ser el proceso de fusión mediante absorción de la entidad consultante por otra sociedad, la primera, ..., habrá de disolverse perdiendo, por lo tanto, la Sociedad Anónima absorbente la posibilidad de compensación de las bases imponibles negativas de ejercicios anteriores, compensación que corresponde exclusivamente a " ... " y que desaparece al disolverse ésta."

Por su parte, la consulta de 18 de abril de 1986 se pronuncia en similares términos admitiendo, no obstante, la posibilidad de compensación cuando se trata de pérdidas producidas con posterioridad a los acuerdos de fusión sobre la base del denominado efecto retroactivo de aquélla, aspecto este último que debemos entender totalmente superado tal y como anteriormente tuvimos ocasión de examinar tras el pronunciamiento jurisprudencial sobre el mismo. Así, la contestación mantiene el carácter no deducible de las pérdidas habidas con anterioridad al acuerdo, mientras que para las posteriores entiende que éstas son de la absorbente, quien efectivamente tendrá que tenerlas en cuenta y ello aunque la respectiva declaración corriese a cargo de la sociedad que se disuelve. En sus palabras, " ... cabe afirmar que el derecho a la compensación de pérdidas en

el Impuesto sobre Sociedades, por las generadas por la sociedad o sociedades absorbidas, debe entenderse referido, exclusivamente, a las acaecidas con posterioridad a los acuerdos de fusión; ..., siendo intransferibles las procedentes del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 1983 y anteriores, por referirse los efectos de la fusión al 1 de enero de 1984.

Ello es así debido al principio del efecto retroactivo de la fusión, ..., entendiendo que los resultados originados a partir de dicha fecha - la de los acuerdos - son obtenidos por cuenta de la nueva sociedad ...

... las pérdidas originadas en las sociedades absorbidas a partir de la fecha a la que se refieren los efectos de la fusión, cuyo derecho a la compensación adquiere la nueva sociedad, han de ser compensadas en la primera declaración que presente o en los cinco ejercicios inmediatos y sucesivos a aquel en que se originó la pérdida, ..." , conclusión que debe rechazarse de plano al no tener cabida este efecto retroactivo, por lo que habrá que mantener la condición de intransferibilidad de las pérdidas cualquiera que sea el momento en que éstas se hubiesen producido.

En último lugar, puede citarse la contestación de 8 de octubre de 1991 que, amen de reiterar la

intransferibilidad de las bases imponibles negativas de las sociedades que se disuelven, añade con carácter explicativo que la solución fiscal adoptada se funda en "... el principio de autonomía de las normas tributarias, por el cual las disposiciones del Derecho Administrativo y los preceptos del Derecho Común tienen exclusivamente carácter supletorio de las disposiciones que regulan los tributos".

#### **1.4 Compensación en un Grupo Consolidado.**

En segundo lugar, junto al supuesto genérico de compensación de pérdidas entre las sociedades que intervienen en el proceso de fusión, puede considerarse el caso más específico de compensación de las pérdidas que se hubieran producido dentro de un grupo consolidable. En el caso que fue objeto de la oportuna consulta, la sociedad dominante procedía a la absorción de la dominada, solicitándose la transferencia de las pérdidas habidas en aquel grupo a la sociedad absorbente y, antes, dominante, a efectos de que ésta proceda a su compensación. A ésta situación hace frente la contestación de 12 de julio de 1988 que acertadamente entiende que la transferencia es sólo posible en el porcentaje de las pérdidas que correspondiesen a la

sociedad que ahora vaya a proceder a su compensación, lo que, por otra parte, supone que no pueda hablarse de una auténtica transmisión de las pérdidas sino de reconocimiento de un derecho a la sociedad que efectivamente había originado tales pérdidas. Así, se señala: " Por lo que respecta a la compensación de bases imponibles negativas, el artículo 14 del mismo cuerpo legal señala que << el derecho a la compensación de pérdidas en el Impuesto sobre Sociedades de las que se disuelvan con la fusión o escisión es intransferible >>, lo que significa, a sensu contrario, que la sociedad absorbente podrá continuar, en los plazos legales, compensando las pérdidas que al producirse la desaparición del Grupo de Sociedades como consecuencia de la fusión en una única entidad le hubieran sido imputadas". Nótese que en ésta, como en anteriores contestaciones, la Dirección General de Tributos observa una mayor precisión técnica al hablar de "bases imponibles negativas" frente a la reiterada manifestación legal y reglamentaria de "pérdidas", sin que el reciente redactor legal haya asumido la mejora pues continúa hablando de compensación de pérdidas, aspecto mas contable que estrictamente fiscal, en lugar de compensación de bases imponibles, lo que es lo correcto en la óptica de la declaración del tributo.

### 1.5 Un caso específico: las diferencias en cambio.

Ligado al hecho de la imposibilidad de llevar a cabo la compensación de las pérdidas, por seguir manteniendo la terminología legal, debe resaltarse lo referente a la amortización de las diferencias en cambio. La postura administrativa identifica las diferencias en cambio con las pérdidas, concluyendo la no transferibilidad de las mismas con arreglo a lo expuesto en las líneas anteriores. Sin embargo, esta postura es objetable porque tales diferencias deben reputarse como gastos amortizables, concepto contable que figura en el activo del balance con un valor efectivo como representativo de un compromiso para amortizar tales gastos de acuerdo con un plan cuyo refrendo es tanto legal -Ley 5/ 83- como reglamentario -art. 62 del texto reglamentario del impuesto sobre sociedades-. En este sentido, el crédito generado en la sociedad a extinguir puede ser transmitido como otro derecho mas. Para Mateu Ros, "... esta facultad constituye, en sentido lato, un beneficio fiscal y, sin duda, un derecho transmisible de una sociedad a otra. No puede alegarse de contrario la prohibición de trasladar las pérdidas, pues el concepto de pérdidas compensables ... se refiere a las pérdidas reflejadas en la cuenta de resultados, en tanto que las normas fiscales sobre amortización de diferencias en

cambio tienen la finalidad de la imputación de tales diferencias en varios ejercicios anuales". <sup>71</sup>

#### **1.6 Mantenimiento de los regímenes de amortización acelerada, previsión por inversiones y otros.**

Junto con esta posición establemente contraria a todo tipo de traslación de gastos o pérdidas entre las sociedades interesadas en el proceso de fusión o escisión, la normativa fiscal sí admite que la fusión no puede suponer una quiebra en la continuidad del disfrute de determinadas situaciones tributarias. Es decir, que por la operación en sí misma no debe concluirse la ruptura de las condiciones que venían siendo observadas por la sociedad absorbida. Pese a su carácter eminentemente casuístico, procede enumerar diversas formulaciones emitidas por la Administración al contemplar la estabilidad del tratamiento tributario, las cuales se caracterizan, a grandes rasgos, por la necesidad de que la sociedad resultante continúe observando ciertos requisitos como consecuencia de los beneficios que originariamente adquirió la absorbida.

En primer lugar, podemos referirnos al caso de que en ésta estuviera constituida una cuenta de

---

<sup>71</sup> Op. cit. "La fusión...", pag. 719.

"previsión por aceleración de amortizaciones", como consecuencia de haber procedido a una amortización anticipada. En este caso, la absorbente vendrá obligada a tener en cuenta dicha circunstancia, practicando las deducciones contables correspondientes que no podrán tener reflejo fiscal. En este sentido se señala en contestación de 3 de mayo de 1988 que:

" Dicha Previsión ajustará su tratamiento contable a lo previsto para la cuenta 123 del Plan General de Contabilidad.

El hecho de que en la sociedad absorbente, en el asiento contable de recepción del activo y del pasivo de la sociedad absorbida, no figure la reiterada previsión es consecuencia lógica de la mecánica de la operación de fusión en la que lo que se transmite es el activo y el pasivo de esta última.

Una vez hecho este asiento contable, la sociedad absorbente volverá a reflejar esta cuenta con cargo a la correspondiente "prima de emisión", al objeto de poder ir reflejando, mediante las correspondientes dotaciones, la amortización ordinaria de dichos elementos, partida que, en ningún caso, tendrá la consideración de fiscalmente deducible, puesto que ya lo fue en su día, adquiriendo en la misma proporción la citada

Previsión el caracter de reserva de libre disposición".

Este mismo criterio se reitera en contestación de 13 de julio de 1989 en la que se expone que "... ademas -la sociedad beneficiaria- puede incorporar cuentas de neto patrimonial en general de la sociedad escindida, siendo obligado incorporar, siempre que sea posible, las cuentas de reservas que tengan implicaciones fiscales y que estén afectas a los bienes del activo que son objeto de traspaso en el proceso de escisión", añadiéndose a continuación que "... la nueva sociedad deberá contabilizar en su constitución como reservas la parte del saldo de las cuentas ..., "Previsión libertad de amortización", ... afectas a los bienes traspasados, de manera que ... se imputarán como ingreso en la cuenta de resultados, a medida que se efectúe la amortización técnica de los bienes traspasados ...". En definitiva, el tratamiento aplicado no es sino una manifestación de la neutralidad que el proceso de fusión / escisión tiene para las sociedades afectadas, de modo que la previsión inicialmente creada surta sus efectos siguiendo a los bienes que dieron lugar a la misma con independencia de que éstos permanezcan en la misma sociedad o hayan sido incorporados a la absorbente o a la beneficiaria de la escisión como consecuencia de la propia operación.

Un tratamiento semejante al anterior se dictó en su momento en relación con la "Previsión para Inversiones", admitiéndose el traspaso de las cuentas respectivas, si estas estuviesen todavía pendientes, o la continuación del régimen correspondiente. En la contestación ya citada de 26 de enero 1983 se determina:

"En los casos de que a la fecha de otorgarse la escritura pública de fusión no se hubiese procedido de esta forma -traspaso de las cuentas de previsión a la reserva legal o al remanente y de los saldos de las cuentas de activo afectos a las de análoga naturaleza- podrán traspasarse de las sociedades absorbidas a la absorbente unas y otras cuentas bajo su misma rúbrica.

La solución contable a este segundo supuesto debe consistir en minorar en el importe correspondiente a las reiteradas Previsiones, la Prima de Emisión generada en la operación de fusión contemplada, y para el caso de que ello no fuera factible podrá contabilizarse en la sociedad absorbente una cuenta de activo ficticio, para permitir el lucimiento en el balance de las cuentas de referencia".

En segundo lugar y con carácter general, se señala en diversas consultas que las operaciones de

fusión o escisión no suponen la interrupción de los plazos ni determinan su incumplimiento, con la consiguiente pérdida de los beneficios obtenidos. Así, en contestación de fecha de 18 de enero de 1985 se determina que " si los artículos 7 de la Ley 76/80 y 14 del Reglamento ... posibilitan la subrogación, en los beneficios fiscales de que vinieran disfrutando las sociedades que se disuelven, por la nueva sociedad o la absorbente, con mayor motivo podremos admitir la continuación de los compromisos adquiridos por la sociedad que se escinde y su asunción por la destinataria de dichos bienes afectos a los mismos, al objeto de no perder los beneficios ya disfrutados y respecto de los que no se solicita la subrogación", añadiendo, mas adelante, como la sociedad escindida, en este caso, podrá practicar la deducción por creación de empleo, de modo que "... podrá deducirse el porcentaje correspondiente a los costes de personal satisfechos por esta entidad; es decir, los originados hasta el día del otorgamiento de la escritura pública de escisión", aunque en este caso es necesario indicar que, asimismo, "esta sociedad - la destinataria de los bienes escindidos - asumirá, por el contrario, el compromiso del mantenimiento de los bienes recibidos afectos a dicha situación, así como la situación laboral existente ..., hasta la finalización del plazo previsto en las normas legales, ...".

Por su parte, la de 26 de enero de 1983, a su vez, dispone:

"la deducción por inversiones de las sociedades disueltas, no aplicadas por las mismas, serán susceptibles de ser aplicadas por la absorbente durante los ejercicios económicos que resten respecto de los plazos iniciales de las disueltas, computando tales plazos por años naturales".

En esta misma línea debe citarse la contestación de 28 de febrero de 1984, completada mediante escrito aclaratorio de 21 de marzo siguiente, en los que con referencia a los beneficios fiscales aplicables a las sociedades dedicadas a la investigación y explotación de hidrocarburos se señala:

"La sociedad resultante de la fusión ... gozará de los beneficios fiscales mencionados en los artículos 46 y 51 de la Ley de 27 de junio de 1974, ..., tanto se trate de actividades comenzadas antes de la fusión, como de actividades que pudieran iniciarse en el futuro despues de la fusión -así en el original-, ... siempre y cuando el proceso de fusión se lleve a cabo con arreglo a lo establecido en la Ley 76/80, ... y obtenga los beneficios mencionados en la misma".

Con relación a la sucesión en el beneficio de exención por reinversión, la contestación de 21 de septiembre de 1989 corrobora la línea aquí expuesta al trasladar a la entidad absorbente el cumplimiento de los plazos y requisitos pendientes, manifestándose expresamente que "... debido a que la sociedad absorbente se subroga en todos los derechos y obligaciones de la absorbida, ..., en el caso de que a dicha fecha la entidad absorbida, habiendo cumplido los requisitos establecidos en la normativa fiscal, no hubiera efectuado la reinversión correspondiente, la sociedad absorbente asumirá tanto los requisitos sustanciales como los formales a efectos de consolidar la exención por reinversión, ...", de donde puede concluirse que no se pierden los beneficios fiscales en general si los requisitos establecidos para su disfrute se cumplen por una u otra entidad, no implicando, en consecuencia, la fusión un límite al disfrute de aquéllos.

#### **1.7 Una aplicación contraria: el IVA.**

Contrasta lo hasta aquí desarrollado, que tiene su fundamento en la misma normativa reguladora del régimen fiscal de fusiones y escisiones de empresas, con la manifestación contenida en escrito de fecha 20 de

junio de 1989 en el que se precisa, en relación con la deducción del saldo pendiente del régimen transitorio de bienes de inversión en el Impuesto sobre el Valor Añadido, que cuando la sociedad que ha generado el respectivo derecho se disuelve como consecuencia de su absorción, la devolución correspondiente deben solicitarla las personas o entidades que ostenten la representación legal de ésta, ya que "las referidas cuotas no podrán ser deducidas por la sociedad que adquiriera el patrimonio empresarial de la entidad absorbida, al no existir precepto alguno que autorice el traspaso del derecho a deducir en dichos casos. La forma de ejercitar el derecho a la deducción descrita anteriormente es independiente de que se hayan obtenido o no los beneficios tributarios de la Ley 76/80 ...". Nótese al respecto que la contestación se abstrae de la vinculación que la operación de fusión o escisión pudiera tener con su normativa específica de naturaleza tributaria, y se funda en la ausencia de previsión al respecto en la regulación del Impuesto sobre el Valor Añadido. Esta posición requiere cuando menos indicar que el artículo 7 de la Ley y 14 del Reglamento no se limitan a impuestos determinados sino que, al contrario, expresamente aluden con ánimo genérico a "... cualquier clase de beneficio fiscal..." y a "... mantener dicho tratamiento tributario siempre que asimismo asuma el

cumplimiento de los requisitos correspondientes". A estos efectos, el régimen transitorio para los bienes de inversión y, en su caso, para las existencias, supone el reconocimiento de la mayor carga tributaria que determinados bienes habrían de afrontar como consecuencia del esquema impositivo indirecto previo al IVA, por lo que se concedía ese especial método de deducción de aquella carga con el cumplimiento de ciertas condiciones. Por ello, surgido el beneficio en la sociedad que se disuelve y asumida la observancia de los requisitos por la absorbente, conforme se previene en los preceptos legal y reglamentario previamente aludidos, podría entenderse que existe suficiente norma habilitante para la concesión del correspondiente beneficio dentro de la operación acogida al ámbito de la Ley 76/80. Con todo, debemos remitirnos al examen del apartado correspondiente al Impuesto para comprender los problemas suscitados en torno al mismo y su aplicación en el régimen de fusiones de empresas.

#### **1.8 La continuidad en el cómputo temporal.**

Por último, este principio de mantenimiento de los beneficios fiscales de que gozasen las sociedades afectadas por la fusión o escisión puede ponerse de manifiesto en las dos siguientes consultas. En primer

lugar, con relación al cumplimiento de los requisitos para gozar de la deducción del 100 por 100 de la cuota correspondiente en el supuesto de doble deducción por dividendos, se entiende que el cumplimiento de los mismos se produce conjuntamente entre la sociedad absorbente y la absorbida, de modo que la fusión no perjudique efectivamente a la entidad resultante de la misma. Así, la contestación de 17 de octubre de 1988 señala: " ..., la nueva sociedad o la sociedad absorbente, se subrogará en los beneficios de que viniese disfrutando la sociedad absorbida, siempre que la primera cumpla con los requisitos correspondientes. Estos requisitos ... son:

a) Que la sociedad que perciba los dividendos, en este caso la absorbente, mantenga la dominación de manera ininterrumpida en el período en el que se distribuyan los beneficios.

b) Que esta dominación también se cumpla en el período inmediato anterior, requisito que debe entenderse cumplido en la sociedad absorbida, en cuyos derechos y obligaciones se subroga la sociedad absorbente".

En segundo lugar, la contestación de 20 de julio de 1988 entiende que la observancia del plazo de al menos dos años ininterrumpidos de dominación, que se

exigen para la concesión del régimen de declaración consolidada, se cumple cuando hay una sucesión de grupos que venían aplicando aquel. Si bien, a estos efectos, se señala que "... el régimen de declaración consolidada no es propiamente un beneficio fiscal, sino mas bien un especial régimen de tributación por el Impuesto sobre Sociedades ...", ello no es óbice para considerar que sí es un especial trato tributario que debe protegerse de manera que no resulte afectado negativamente por el proceso de fusión de modo que el cumplimiento de ese plazo temporal debe referirse a la situación previa de las empresas que intervinieron en el proceso y no sólo a la derivada de éste, "porque estamos en presencia de un único grupo resultante de la fusión de otros dos ya existentes, que incorpora a los anteriores mediante el traspaso en bloque de sus respectivos patrimonios", añadiéndose a continuación como conclusión que "... la nueva sociedad resultante ... podrá continuar en el régimen de declaración consolidada a partir de su inscripción en el Registro Mercantil, y por el tiempo que reste hasta concluir ... (la) última prórroga que se ha concedido a cada uno de los mencionados grupos...".

Como una muestra mas de la nota de continuidad que la normativa liga a la operación de fusión debe resaltarse la exigencia para que los criterios de amortización que venían siendo utilizados se mantengan.

La continuidad en este caso no es sino un reflejo del criterio general que rige en otras esferas del Ordenamiento Jurídico. De acuerdo con esto, el desarrollo reglamentario de la Ley 76/80 determina en el artículo seis, párrafo primero que " la sociedad o sociedades continuadoras de la actividad de las empresas que se fusionen o destinatarias de los bienes de la sociedad escindida, deberán proseguir el régimen de amortización que aquéllas vinieran utilizando, traspasando por sus propias cifras las amortizaciones por ellas realizadas y distribuyendo las sucesivas durante el período que reste hasta completar la amortización". Dicho mandato se reitera de forma expresa en el artículo 46 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades cuando se señala: "... deberá proseguirse para cada elemento incorporado el régimen de amortización a que estaba sujeto ...", lo que no constituye sino una concreción del principio general de continuidad de la amortizaciones que tiene su recepción en el ámbito de la normativa sobre sociedades a través del artículo 47 del ya citado texto reglamentario cuando se señala: " Por regla general, para un mismo elemento de activo amortizable no podrá aplicarse, ni simultánea ni sucesivamente, distintos sistemas de amortización". De todo lo cual debe concluirse que los criterios de amortización que hayan venido siendo utilizados habrán de mantenerse por la

sociedad continuadora de la correspondiente actividad, sin que puedan aplicarse los suyos propios, salvo, y esto es una especificación no contenida en la normativa de fusiones por lo que merece una especial consideración, que efectivamente la empresa subsistente prefiera aplicar a todos, se entiende los elementos recibidos, su propio sistema para lo cual formulará un específico plan de amortización, bien acogándose al cauce general del artículo 56 del texto reglamentario citado, bien mediante una concreta solicitud incluida en la de los beneficios fiscales inherentes al régimen de la Ley 76/80.

Este criterio de continuidad con los criterios contables utilizados se evidencia nuevamente al considerar lo dispuesto con relación a la amortización que haya que practicar sobre los elementos patrimoniales sometidos a una revalorización. El párrafo segundo del artículo reglamentario que venimos considerando enlaza plenamente con la regulación del artículo 62 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, que se refiere a aquellas regularizaciones que se hubiesen efectuado al amparo de leyes especiales de naturaleza fiscal - básicamente la Leyes de Presupuestos para 1979, 1980 y 1983 -, para las cuales dichas amortizaciones se practicarán sobre los nuevos valores netos que resulten. No se aclara, sin embargo, si el procedimiento a seguir es equivalente al señalado para los procesos de

actualización de valores, ya que éstos exigían que las amortizaciones practicadas sobre los bienes actualizados fuesen, asimismo, objeto de actualización mediante la aplicación de los mismos coeficientes. Pese a la ausencia de manifestación de algún tipo, no parece que haya de procederse de forma equivalente, sino que, por el contrario, la actualización versará exclusivamente sobre los valores del activo y no sobre las cuentas de compensación.

Hallado un nuevo valor contable, éste deberá ser amortizado a partir del ejercicio siguiente a aquel en el que se hubiese efectuado la actualización, entendiéndose que se cumple el requisito de efectividad de los coeficientes de amortización si estos no superan el ciento cincuenta por ciento del cociente que resulte de dividir ese nuevo valor neto por el número de ejercicios que restan de vida útil, expresión que se recoge tanto en la normativa de fusiones como, por citar tan solo dos normas específicas de actualización, en el artículo 9 del RD 621/81, de 27 de marzo, y en el artículo 5.6 del RD 382 84, de 22 de febrero, y que responde a la relación entre coeficiente y período máximo de amortización que se encuentra en la tablas de amortización oficialmente aprobadas, OM de 23 de febrero de 1965.

Todo ello sin perjuicio de que, si así se estimase, se usen coeficientes superiores, en cuyo caso parece que la vía de justificación de éstos no debe ser otra que un plan especial de amortización, a semejanza del supuesto contemplado en el apartado primero de este mismo artículo para casos en los que no exista revalorización alguna.

2. La condición suspensiva en la adopción de los acuerdos de fusión.

Por último para cerrar esta introducción y antes de pasar al examen pormenorizado de cada modalidad impositiva es necesario detenernos en la consideración que merece la obligación de que los acuerdos de fusión o escisión se adopten bajo la condición suspensiva del reconocimiento de los beneficios fiscales solicitados. Esta condición se liga normalmente al concepto del efecto retroactivo de la fusión, de modo que adoptados unos acuerdos sociales tanto los beneficios fiscales que se solicitan como los valores de cambio se mantienen constantes con relación a ellos. Sin embargo, conceptualmente estos dos aspectos pueden y deben diferenciarse. Visto en su momento la problemática derivada de la decisión sobre el momento a partir del cual deben aplicarse los resultados obtenidos a una u

otra entidad participe, resta considerar aquí la trascendencia que tiene la condición suspensiva en la adopción de los acuerdos sociales.

En primer lugar, debe ponerse de relieve que esta disposición -los acuerdos necesarios para las operaciones de fusión o escisión deberán ser adoptados bajo la condición suspensiva de la concesión por el Ministerio de Hacienda de los beneficios tributarios solicitados- se contiene en el párrafo primero del artículo 4 del texto reglamentario, aunque sin refrendo legal. Pese a ello, en principio puede afirmarse que constituye una cautela del legislador fiscal a todas luces necesaria. Si mantuvimos con anterioridad la afirmación de que la norma fiscal concibe el correspondiente régimen sobre la dualidad afloración de plusvalías / concesión de beneficios, resulta lógico que la satisfacción del proceso exija que en la medida en que aquellos beneficios esperados no se obtengan de parte de la Administración las sociedades interesadas puedan replantearse la operación y, en consecuencia, volver a los valores previamente contabilizados. Desde esta orientación favorable en términos de conveniencia se manifiesta Sanz Gadea que al respecto comenta que "una vez mas observamos la ingerencia del ordenamiento fiscal en la autonomía de la voluntad. Sin embargo, hemos de reconocer que este mandato está lleno de buen sentido, y

que aún sin él, probablemente las sociedades fusionantes someterían voluntariamente sus acuerdos de fusión a la citada condición suspensiva".<sup>72</sup>

Desde el punto de vista de la práctica administrativa, este requisito se considera imprescindible pues como indica Botella García-Lastra y González Rosell "... en caso de no adoptarse los mencionados acuerdos con la mencionada condición, no se entra en el examen del respectivo expediente" <sup>73</sup>. Por mas, no han faltado algunos pronunciamientos jurisprudenciales que han sostenido el criterio mantenido por la Administración de no considerar estudio alguno del expediente si no se adoptan los acuerdos con la condición suspensiva como sucede con la Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de enero de 1985.

La carencia de cobertura legal no ha sido motivo de comentario con carácter general por la doctrina que se ha limitado a reiterar los términos reglamentarios dando por satisfactoria la obligación. No obstante lo anterior, Mateu Ros sí entra en la consideración de este requisito concluyendo su admisibilidad. Razona el citado autor entendiendo que nos encontramos ante un requisito de naturaleza procedimental y propio de la regulación

---

<sup>72</sup> Op. cit. "Regimen fiscal...", pag. 130.

<sup>73</sup> Op. cit. "Regimen fiscal...", pag. 12.

administrativa de ordenación de la marcha de ese procedimiento. Por tanto dicho precepto no es de naturaleza reglada sino meramente facultativa de modo que dado el amplio margen de remisión que se contiene en la Disposición Final primera de la Ley no debe guardarse duda alguna sobre la corrección del precepto. De este modo, concluye que "...la amplitud de la remisión reglamentaria ... y la configuración de este requisito como propio de un procedimiento administrativo de carácter facultativo excluirán la posible tacha de invalidez que pudiera hacerse a la obligatoriedad de la condición suspensiva".<sup>74</sup>

Ahora bien, frente a lo arriba expuesto, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de octubre de 1987 no participa del criterio de prudencia al que antes se hacía referencia para fundamentar la exigencia reglamentaria de la adopción de los acuerdos bajo condición suspensiva ni encuentra fundadas las razones justificativas de su legalidad, sino que, por el contrario, entiende que ésta constituye una pretensión sin fundamento legal. De esta manera, los actos administrativos dictados en ejecución del Reglamento son anulables. Para el tribunal que resuelve la cuestión la decisión que se adopta sopesa las razones anteriores pero

---

<sup>74</sup> Op. cit. "La fusión...", pag. 711.

concluye que con la condición reglamentaria se condiciona la obtención de los beneficios previstos en la Ley 76/80 a requisitos no contemplados en esta norma, con lo que no se tiene en cuenta el principio de reserva de Ley contenido en el artículo 10 de la Ley 230/63, General Tributaria. De modo este, la referida sentencia ordena que cuando se cumplan los requisitos para gozar de los beneficios dentro de la fusión / escisión, la Administración deberá admitirlo sin que sea necesario que la adopción de los acuerdos se tome bajo la condición suspensiva de la concesión de los beneficios fiscales.

En este mismo sentido se ha pronunciado con posterioridad el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de enero de 1991, que resuelve el recurso interpuesto contra la anterior sentencia de la Audiencia Nacional, confirmando íntegramente la citada resolución. Acepta los fundamentos de la sentencia apelada relativos tanto al principio de reserva de ley que debe regir las alteraciones que se introduzcan en el disfrute de los beneficios fiscales procedentes como en la ausencia de norma semejante en la regulación reglamentaria previa al RD. 2182/81. A este respecto, puede citarse expresamente la afirmación contenida en el fundamento de derecho tercero en el que se dice:

"... la exigencia contenida en la disposición reglamentaria, es mas que una regulación admisible para completar el esquema aplicativo, ..., incorporando una limitación al goce de los derechos que la simple fusión o escisión de empresas está llamado a proporcionar, facultad únicamente reservada a la superior jerarquía de la norma habilitante".

En consecuencia, los acuerdos podrán adoptarse con esa condición suspensiva si socialmente así se acuerda, pero la falta de esta consideración no podrá servir a la administración que haya de resolver la oportuna solicitud para negarse a considerar el fondo de la misma amparándose en su sólo inexistencia.

Por su parte, con independencia de la exclusión que se opera en virtud de las decisiones judiciales comentadas puede plantearse la consideración que la exigencia de adopción de los acuerdos bajo condición suspensiva tiene en el contexto de la fusión. En este sentido, el sometimiento de los acuerdos a una condición suspensiva puede admitirse que acentúa la capacidad de la Administración para intervenir en las decisiones particulares, afectando no sólo la valoración de los bienes y, en consecuencia, la relación de canje sino también a la existencia misma de los acuerdos si se

considera que éstos no responden a la realidad patrimonial de las empresas. En otras palabras, la decisión de la Administración no se limita a comprobar la realidad de unos estados financieros, observando que no se contienen en ellos irregularidades o inexactitudes manifiestas, y el cumplimiento de las condiciones que justifican la operación: mejora de las estructuras, beneficio para la economía, etc. Por el contrario, tiende a diseñar un modelo ideal de fusión alterando, normalmente, las condiciones en base a las cuales se adoptaron los correspondientes acuerdos por lo que se exige una ratificación de los mismos.

En este sentido, resulta claro que los acuerdos de fusión / escisión que, en cada caso se adopten, quedarán en suspenso en tanto se concedan los beneficios tributarios solicitados. Su no obtención determina que aquéllos no producirán efecto con lo que la situación queda restablecida en los términos anteriores al acuerdo. Pero, de conforme con lo antes visto, cuando la determinación de los beneficios no resulta según lo esperado, básicamente cuando los beneficios tributarios se otorgan en un grado distinto y, normalmente inferior, al solicitado se suscita el problema de cual debe ser el procedimiento a seguir.

A esta problemática responde un informe interno de la Administración Tributaria, en concreto de la

Dirección General de Tributos, fechado el 11 de marzo de 1986, en el que tras analizar diferentes supuestos, que se traducirían en general en una alteración de la relación de canje como consecuencia del cambio del valor del patrimonio de las respectivas sociedades consecuencia del proceso de corrección por parte de la propia administración de la respectiva valoración efectuada por cada una de las sociedades, se defiende, con certero juicio, la idea de la no necesidad de que aquéllas modificaciones sean objeto de refrendo por la Junta General de las sociedades, puesto que "tal proceder demoraría sustancialmente la resolución de los expedientes por la Comisión, además de convertirla en garante de la legalidad de los acuerdos societarios adoptados por las respectivas Juntas,...", añadiéndose a continuación que "siempre que la variación propuesta por la Administración no altere sustancialmente los acuerdos adoptados, resulta mas operativo proceder a resolver el expediente, sometiendo la concesión definitiva de los beneficios a la rectificación ulterior de los primitivos acuerdos. Ha de considerarse, por otra parte, que, al haberse adoptado bajo condición suspensiva, es muy frecuente en la práctica que las Juntas Generales deleguen en los administradores la facultad de considerar cumplida tal condición, así como la de realizar cuantos actos se susciten en la tramitación del expediente,

acomodándose a las indicaciones realizadas por la Administración". De ahí, que debamos concluir de conformidad con lo antes expuesto que si bien la condición suspensiva constituye un requisito para solicitar la concesión de los beneficios del régimen fiscal de fusiones, tal y como se establece en la normativa reguladora, la resolución del correspondiente expediente no se ve condicionada en modo alguno por la valoración y actualización de los elementos patrimoniales que hubiera efectuado la Junta General de la sociedad, la cual deberá arbitrar los procedimientos necesarios para recoger las alteraciones de valor que se hubieran producido consecuencia de la intervención de la Administración.

Dichos procedimientos, como hemos señalado, pasan normalmente por una cierta atribución al Consejo de Administración para que adapte el acuerdo de la Junta a los parámetros establecidos por la Administración. Aunque en esta operación debe observarse la cautela de que tal delegación no constituya un cheque en blanco, ya que en este caso se estarían suplantando las decisiones que corresponden a la Junta en contra de las prescripciones legales. Con todo una solución que podría evitar todos estos problemas, a la que ya nos hemos referido con anterioridad, es la de formulación de una consulta en base a un proyecto de fusión sobre el régimen y

graduación de beneficios, aunque la normativa de la Ley 76/80 no admite tal modalidad.

### **3. Examen de los beneficios fiscales.**

Terminado el examen de estas consideraciones previas, procede la revisión de los aspectos particulares de cada una de las figuras impositivas que se ven afectadas en la operación de fusión o escisión y que constituyen el régimen fiscal especial previsto en la Ley 76/80.

#### **3.1 Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y AJD.**

##### **3.1.1. Consideración general.**

Siguiendo el orden en el que se encuentran en la propia legislación debemos comenzar por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en adelante ITP.

En términos generales, la regulación fiscal especial arbitra en esta figura como beneficio la concesión de una bonificación de hasta el 99 por ciento de la cuota del impuesto correspondiente a los actos y contratos mediante los que se lleve a cabo la operación, los preparatorios de ésta y los directamente derivados de

la misma. Sobre esta dicción legal el reglamento desarrolla distintos supuestos a los que resulta aplicable la bonificación concedida y a cuyo breve examen dedicaremos las siguientes líneas. Pero antes de pasar a esta consideración sí debe hacerse una reflexión sobre el alcance del beneficio establecido.

En primer lugar, reiterar lo manifestado con carácter general, ya que no sólo afecta a esta figura, respecto del margen de discrecionalidad en favor de la administración existente. La fijación de un límite máximo del 99 por ciento a la bonificación que es susceptible de concesión mas que una garantía para el contribuyente afectado le introduce en la incertidumbre de no saber el nivel en que finalmente se decantará la Administración, estando siempre a expensas de los criterios temporales predominantes en cada ocasión. Con todo, resulta reiterativo una mayor reflexión al respecto puesto que el tema ha sido concretamente tratado dentro de la consideración de la ley y como una exigencia mas de su propia finalidad, por lo que procede la remisión a esas líneas sin mas.

En segundo lugar, indicar que al margen del régimen fiscal especial aquí analizado, diversas disposiciones han arbitrado soluciones específicas aplicables a las entidades que regulan. Por citar algunas

sin ánimo exhaustivo, pueden señalarse, en primer término, la Ley 20/90, de 19 de diciembre, reguladora del régimen fiscal de cooperativas que concede el grado máximo de los beneficios que resulten aplicables a las operaciones de fusión y escisión realizadas al amparo de la Ley 76/80 por estas entidades (art. 33, punto 6), aunque al mismo tiempo indica que se concede la exención a los actos de fusión y escisión por la tributación que a los mismos pudiera corresponderles en el ámbito del ITP (párrafo primero del mismo artículo), con lo que la integración debe dar prevalencia a esta última como mas beneficiosa. Por su parte, con relación a las Sociedades de Inversión Mobiliaria de Capital Fijo admitidas a cotización en la Bolsa de Valores, la Ley 31/90, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991 concede una reducción del 95 por ciento en la base imponible del ITP y AJD a las operaciones de fusión de este tipo de sociedades al margen de toda referencia a la Ley 76/80.

En definitiva, debe concluirse la enorme y prolija elaboración normativa que afecta a este impuesto con relación a las operaciones aquí examinadas -fusión y escisión- que en muchos casos será la efectivamente aplicable, por mas beneficiosa, frente a la regulación general que queda, por tanto, vacia de contenido práctico.

3.1.2 Contraposición entre la Ley 76/80 y la Ley 32/80.

Sin duda, lo que resulta de mayor relevancia en la consideración global del beneficio es la contraposición entre lo dispuesto en esta normativa y la regulación específica del Impuesto en la que se consideran las mismas operaciones aunque con un tratamiento diferente al aquí recogido. Sin oposición de ningún tipo ha de concluirse la prevalencia de la normativa propia de las fusiones y escisiones frente a la regulación general. Veámos la gestación de esta conclusión.

Frente a lo dispuesto en la Ley 76/80, la regulación anterior sobre beneficios a la concentración de empresas -D 2910/71, básicamente- y la Ley 32/80 del ITP cuyo desarrollo se realiza mediante el texto refundido de 30 de diciembre del mismo año consagran un régimen de exención para "... las operaciones societarias cuando den lugar a la concentración de actividades beneficiosas para la economía nacional ... con los requisitos y condiciones que señale la legislación específica", tal como se dispone en el artículo 48 de la última de las normas apuntadas. Por lo tanto la normativa

anterior y posterior <sup>75</sup> a la legislación fiscal prevé como técnica exoneratoria la de la exención frente a la bonificación. Pese a ello, la prevalencia ha de darse sin duda a la norma especial por las siguientes razones. En primer lugar, debe rechazarse la posible interpretación del carácter de ley posterior que cabría atribuir al texto refundido del ITP en razón exclusivamente a la fecha de aparición de la norma en el Diario Oficial, por cuanto que éste no está facultado sino para recoger las disposiciones vigentes de la normativa que regula y así lo hace al incorporar la exención contenida en la Ley de origen. No se trata de una auténtica disposición normativa legal sino de la formulación en un texto unitario, de la realización de una función compiladora de las disposiciones previamente vigentes. Aún más, en segundo lugar, puede argumentarse que el precepto del ITP no se refiere al mismo marco objetivo que la legislación de fusiones al afectar a otras modalidades de concentración que no son fusiones, tales como las uniones temporales, las cesiones de unidades de obra o las sociedades de empresas. En este ámbito más amplio, la regulación de transmisiones no hace sino definir el marco general a expensas de que la norma

---

<sup>75</sup> Téngase en cuenta que el Texto Refundido del ITP es aprobado por RD Legislativo de 30 de diciembre mientras que la Ley 76/80 lo es con fecha 26 del mismo mes.

específica determine una concreta definición del beneficio. Esa concreción se opera a través de la norma fiscal específica. En resumen la aparente antinomia ha de resolverse atendiendo a la primacía de la disposición de la Ley 76/80 frente a las otras normas en litigio.

### 3.1.3 La delimitación de la operación de escisión en el ITP.

Una segunda cuestión cuyo alcance es preponderantemente teórico se refiere a la consideración que la operación de escisión tiene en el presente tributo. Esta claro que la norma fiscal concibe la escisión en igualdad de condiciones con la fusión y al efecto dispone la aplicación del mismo tratamiento tributario entre ambas operaciones. Pero esta situación de equivalencia no se produce en el ITP el cual desconoce la operación societaria como tal, a semejanza de lo que acontece con la legislación mercantil vigente en la fecha. Doctrinalmente, se ha concluido en una interpretación integradora del ordenamiento jurídico en virtud de la cual la consideración de la bonificación en la institución de la escisión supone admitir la previa

sujeción a las normas de las que se concede el beneficio, entendiéndose, en consecuencia, que la norma fiscal crea una nueva modalidad impositiva que efectivamente no estaba contemplada ni en la Ley 32/80 ni en el RD Legislativo de desarrollo, lo cual no era sino una lógica consecuencia del hecho de que efectivamente la operación societaria de escisión era desconocida en el ámbito mercantil.

Un punto de obligada referencia cuando se alude a la escisión es el referente a la segregación de establecimiento o aportación de activo neto. Frente a la normativa contenida en el D 2910/71 que procedía a una enumeración casuística de actos y negocios susceptibles de exoneración, la Ley 76/80 se refiere conceptualmente sólo a dos: la fusión y la escisión. Como se vió en su momento, las notas características de esta figura no concuerdan con las propias de la escisión, parcial en todo caso, por lo que pese a su consideración como operación protegida conforme a aquella legislación hoy debe entenderse que no queda amparada por los beneficios fiscales previstos para la escisión. No se trata de otra operación societaria típica de integración empresarial que deba ser objeto de consideración por la normativa sino de un negocio ordinario, normalmente una compraventa, que no podrá gozar de las bonificaciones de

la norma fiscal específica para las fusiones y cuyo régimen tributario será el normal del tributo.

#### 3.1.4 Supuestos objeto de bonificación.

Visto el contenido del beneficio y la delimitación respecto de las figuras a las que afecta, puede pasarse a analizar los distintos supuestos que encierra la bonificación. Antes de nada debe comentarse un doble aspecto. En primer lugar, la regulación del impuesto sobre las transmisiones considera de forma explícita la fusión de sociedades como una operación societaria sujeta al impuesto, a diferencia del texto refundido de 1967 en el que la referencia a la misma quedaba circunscrita a la equiparación con la constitución a los efectos de su tributación, eliminándose la liquidación correspondiente a la extinción de la sociedad llamada a desaparecer, como había venido practicándose. En segundo lugar, la operación de fusión ha mantenido un diferente tratamiento atendiendo a la fecha de entrada en vigor del Impuesto sobre el Valor Añadido, de modo que hasta aquélla se configura atendiendo al desplazamiento patrimonial al constituir su base imponible el valor real de las aportaciones realizadas en la fusión, mientras que a partir de la vigencia de aquel sólo se atenderá a la

cifra nominal de capital. Con todo, no constituye el objeto de las presentes líneas el examen pormenorizado del régimen aplicable en este impuesto, sino el señalamiento de las notas que el régimen de fusiones tiene dentro de él por lo que resulta necesario extenderse en la consideración de la evolución sufrida sino en lo estrictamente necesario para explicar la situación actual.

A este efecto, puede señalarse que el texto reglamentario de desarrollo explicita la definición legal del alcance de la bonificación considerando cinco apartados.

En el primero, se contemplan la adjudicaciones y aportaciones de bienes y derechos, incluídas las adjudicaciones en pago y para pago de deudas. Tal vez, podría afirmarse que el juicio que merece este precepto es que se explica mejor como rémora histórica que como norma vigente. Apoya esta afirmación el hecho de que los supuestos contemplados como objeto de la bonificación no se dan en la operación societaria de fusión. En este sentido Miñarro Montoya <sup>76</sup> indica como "la técnica

---

<sup>76</sup> Miñarro Montoya, R. "Las fusiones de empresas y los impuestos indirectos" Actualidad Administrativa 1989. Pag 327.

empleada por los redactores de este apartado debe ser considerada errónea puesto que declara exentos actos que no están sujetos;... el hecho imponible es el acto de fusión en sí mismo, con sustantividad propia, y no las aportaciones o adjudicaciones". Sanz Gadea entiende que no hay aportación propiamente dicha en la operación de fusión y que si con adjudicación se esta aludiendo a la posible entrega de bienes o derechos a los accionistas disidentes y a los acreedores que se opongan a la fusión o escisión, no hay razones que aconsejen la aplicación de la bonificación a éstas, porque con ello no se consigue el objetivo que determina el beneficio perseguido por el régimen fiscal.

Esta misma orientación es la mantenida por Huesca Boadilla <sup>77</sup> que avanza considerando que la referencia a las adjudicaciones en pago y para pago no son aplicables cuando se trata de la fusión. Esta conclusión se obtiene de una interpretación sistemática del conjunto de preceptos, ya que la regularse la fusión para nada se consideran estas figuras que quedan limitadas a las transmisiones patrimoniales. Aún mas, su referencia no tiene sentido si atendemos al hecho de que

---

<sup>77</sup> Huesca Boadilla, R. "La fusión de sociedades en el ITP y AJD tras la aprobación de la nueva Ley de Sociedades Anónimas". Ed. CISS Fiscal. Pag 57.

el objeto imponible en las operaciones societarias ha dejado de ser el desplazamiento patrimonial con ocasión de la fusión, por ser este el caso de análisis, para convertirse en tributo de contenido registral sobre el nominal de las operaciones y, por lo tanto, de escasa incidencia económica en la operación en sí. Esta es la orientación de las disposiciones comunitarias y a ella responde la regulación introducida en 1980 aunque sea en dos fases en función de la fecha de aplicación del IVA. No obstante, no es una solución unánime por cuanto que otros autores -entre éstos, Cazorla Prieto- insisten en la procedencia de la inclusión de la referencia dado el posible gravámen de estas operaciones sobre la base del artículo 7.2 A) del texto refundido que vendría a gravar dichas adjudicaciones con independencia de la liquidación a que hubiese lugar por el concepto de operaciones societarias. Reafirmando la posición inicial, Sanz Gadea considera que estas dos figuras no se dan en la fusión en sí, aunque concluye que medidas de prudencia aconsejan la inclusión. Tal vez no este de mas su referencia en el precepto. En sus palabras, "... nos encontramos entre dos figuras, las adjudicaciones en pago y para pago de deudas, cuya naturaleza y función las hace inhábiles para concurrir en el supuesto de fusión. ¿Por qué entonces las menciona el RD 2182/81?. A nuestro modo de ver, para cubrir la eventualidad de que entre los múltiples

compromisos que puedan ser necesarios para allanar el camino de la fusión propiamente dicha se encuentren las adjudicaciones citadas" <sup>78</sup>. Lo que en todo caso debe rechazarse es la consideración que esta figura se encuentra en la entrega de los elementos del activo para saldar las posibles deudas que la absorbida pudiera tener con la absorbente. En este caso, lo que realmente ocurre es la confusión de las titularidades jurídicas acreedora y deudora y no una adjudicación.

Los apartados segundo y tercero atienden a la bonificación de las operaciones de constitución, ampliación, reducción y transformación de sociedades como consecuencia de la fusión. Estas operaciones no son exigencia obligatoria de la fusión pero pueden derivarse de ella por lo que resulta conveniente su inclusión como bonificables.

Por su parte, el apartado cuarto alude a los actos y contratos preparatorios y a los directamente derivados. Dentro de esta categoría los autores han asentido en la amplia gama de actos que aquí pueden encuadrarse, requiriendo exclusivamente la condición de estar vinculados con el acto societario. En este sentido

---

<sup>78</sup> Op. cit. "Regimen fiscal...", pag. 138.

puede resultar interesante traer a colación la consideración que los actos preparatorios en relación con el Decreto 2910/71 tienen para Vicent Chuliá <sup>79</sup> que indica que dicho carácter no debe exigirse en un sentido técnico jurídico sino atendiendo a la "finalidad económica del contrato y su adecuación al resultado de la concentración".

Con relación al apartado relativo a las escrituras públicas y demás documentos necesarios para la ejecución de los actos y contratos anteriores, puede señalarse que es prácticamente inoperante. Situación a la que se llega por cuanto que el tipo de gravamen proporcional del 0.50 por ciento no resulta aplicable a las escrituras en las que se documenten operaciones societarias o que estén sujetas por la modalidad de transmisiones patrimoniales, las cuales serán la gran mayoría de las operaciones que surjen en la fusión. Con relación al tipo de gravamen fijo por pliego o folio sí parece existir una cierta discrepancia doctrinal por mas que la importancia cuantitativa sea extremadamente reducida. Mientras que Miñarro Montoya entiende que la exclusión de todo tipo de beneficios que se predica en el artículo 48.II del texto refundido del tributo es

---

<sup>79</sup> Nota tomada de Mateu Ros, op.cit. "Regimen fiscal...", pag. 153.

extensible al régimen de fusiones, Sanz Gadea pone de manifiesto que la bonificación de la Ley 76/80 no hace ninguna distinción por lo que debe aplicarse ésta sin poder excepcionar a la parte fija del tributo. Sin duda en la redacción utilizada por las normas en cuestión existen apoyos para ambas posturas no siendo posible adoptar una decisión incontrovertible, aunque es cierto que resulta difícil, al menos desde esta líneas, configurar una bonificación sobre un gravamen basado en la misma formalización material del acto o contrato recogido en la escritura pública -"...se extenderán, en todo caso, en papel timbrado..."-sin conexión con la cantidad o valoración de la aquélla. Sin otros argumentos distintos de los aquí enunciados anteriormente, Sanchez Oliván al examinar el alcance del beneficio concedido sostiene, igualmente, la no aplicación de éste al gravamen fijo que, en todo caso, deberá satisfacerse en las operaciones de fusión.

3.1.5 El supuesto especial de la fusión impropia y el gravamen por AJD.

Hemos dejado para este último lugar la consideración de las consecuencias que dentro del ITP tiene la fusión impropia. Con esta nos referimos a todas

aquellas operaciones en las que la absorbente no necesita ampliar su capital, bien por tener ya la totalidad de las acciones de la absorbida, bien por tener acciones propias adquiridas al efecto y que se entregan a cambio del patrimonio absorbido. En estos casos, la operación societaria tiene la peculiaridad, a partir del uno de enero de 1986, de que su base imponible es "cero" por cuanto se define sobre el aumento del capital sin relación a la traslación patrimonial que realmente hubiera. Aquí no hay gravamen por la operación societaria por lo que tampoco tiene gran sentido plantearse la aplicación de la bonificación. Sin embargo, la doctrina se divide cuando considera la posible liquidación en estos supuestos del gravamen por actos jurídicos documentados. Desde una posición moderada, Sanz Gadea considera que sí cabe dicha tributación ya que en este caso la operación societaria de fusión no estaría sujeta, procediendo la tributación por actos jurídicos. Se razona en este sentido de la siguiente forma: "... a nuestro modo de ver, ... la materia imponible es el acto financiero que se produce normalmente con ocasión de la fusión, de aquí que cuando a pesar de existir ésta no se produzca aquél, debemos entender que estamos ante una hipótesis de no sujeción" <sup>80</sup>, con lo que la vía de la

---

<sup>80</sup> Op. cit. "Regimen fiscal...", pag. 139.

aplicación del impuesto sobre los actos jurídicos quedaría abierta y con ella la posible bonificación dentro del contexto de los beneficios fiscales de la Ley 76/80. Frente a esta posición, Huesca Boadilla niega de forma tajante la posibilidad de sujetar a actos jurídicos la operación puesto que sostiene la sujeción plena a la modalidad de operaciones societarias y, por tanto, la incompatibilidad con la tercera modalidad de gravamen existente en el ITP, al tiempo que se cuestiona cual sería la base sobre la que girar el porcentaje del 0,50 por ciento sin alterar las prescripciones legales que la reconducen al valor declarado. Para concluir, este autor argumenta <sup>81</sup> que "... la fusión de sociedades por absorción sin aumento de capital,... no se vería en absoluto afectada por la posible concesión de beneficios fiscales..., pues, para que ello fuera posible, sería preciso que nos encontráramos ante una cuota tributaria bonificable... Siendo la base "0", como se comprenderá, la cuota es también "0", por lo que no resulta procedente hablar de bonificación de una cuota inexistente". En este mismo sentido se pronuncia Sanchez Oliván que concluye la inexistencia de base imponible en el supuesto de operaciones de integración entre sociedades participadas al cien por cien, conclusión que se expone como una de

---

<sup>81</sup> Op. cit. "La fusión...", pag. 59.

las consecuencias novedosas de la regulación vigente del tributo frente a la anterior normativa, al gravar al base sobre el nominal emitido con independencia del haber líquido aportado efectivamente.

### **3.2 Impuesto sobre la Renta de Sociedades.**

#### **3.2.1 Régimen general.**

El segundo de los tributos sobre los que se extiende el régimen fiscal de beneficios es el Impuesto sobre la Renta de las Sociedades. En términos generales, puede concederse una bonificación de hasta el 99 por ciento de la cuota correspondiente a los incrementos de valor que se pongan de manifiesto en los respectivos balances de fusión o escisión. A través de esta operatoria es como pretende conseguirse la neutralidad del régimen fiscal, determinando la existencia de plusvalías que se contabilizan en los respectivos balances, de acuerdo con la valoración de mercado de los elementos patrimoniales existentes, y concediendo a la misma una bonificación de modo que el gravamen efectivo sobre la misma sea nada más que simbólico. Ahora bien, en opinión de Sanz Gadea <sup>82</sup> "... aquí radica el gran fallo

---

<sup>82</sup> Op. cit. "Regimen fiscal...", pag. 141.

de la Ley 76/80, en cuanto que perjudica notablemente los intereses del Tesoro Público", ya que si bien es cierto que la relación incremento / bonificación permite la realización de la operación sin que los costes fiscales incidan negativamente en su planteamiento, que, de esta forma, queda limitado a razones puramente económicas, no es menos cierto que tal revalorización trae consecuencias indeseables. Esas consecuencias no deseadas pasan por la existencia de unos valores de inmovilizado mas elevados con las consiguientes dotaciones de amortización cuantitativamente superiores en ejercicios futuros, con un valor de adquisición mas alto que determinará unas plusvalías a la hora de proceder a la enajenación de los elementos patrimoniales revalorizados mas reducidas, etc. Todo ello de difícil cuantificación a priori aunque con notables repercusiones en los ingresos fiscales potenciales que dejarán, sin duda, de percibirse en los siguientes períodos impositivos.

El beneficio que se concede consiste en una bonificación máxima posible del 99 por ciento de la cuota correspondiente a los elementos revalorizados. La cuota que aquí debe considerarse es la que resulta de la aplicación del régimen previsto en el Reglamento del impuesto -art. 177 del RIS- en ausencia de previsión específica en la normativa de fusiones, de modo que esta no será la que resulta de la normal aplicación del tipo

de gravamen a la parte de la base imponible que está formada por los incrementos a bonificar sino que será la ajustada una vez practicada la deducción por doble imposición, ya sea internacional o interna

Diseñado el esquema general de beneficios aplicables, deben realizarse las siguientes consideraciones que afectan a su efectiva concreción.

### 3.2.2 Afloración de activos / pasivos ocultos.

En primer lugar, insistir en que el régimen se aplica con relación a las revalorizaciones llevadas a cabo sobre elementos que luzcan en el balance de las sociedades, de modo que no puede aprovecharse la ocasión para aflorar activos ocultos o proceder a la eliminación de pasivos ficticios, disfrutándose de la correspondiente bonificación. La afloración en cualquier momento puede producirse pero no debe quedar protegida. Sin duda avalan esta postura evidentes razones de prudencia que aconsejan que no deba beneficiarse a las entidades partícipes que han generado dichos activos ocultos normalmente a través de beneficios que en su día no tributaron, aunque también parece que constituye una cautela en muchas ocasiones excesiva sobre todo en aquellos supuestos en los que las sociedades implicadas en las operaciones de fusión o escisión no mantienen vínculos de participación entre sí

elevados que permitan inferir que nos encontramos en presencia de un grupo económico "de facto". Cualquiera que sea el posicionamiento que al efecto se tome, la normativa resulta clara: no cabe bonificación sobre estos elementos que se afloran.

Una interesante cuestión sobre la que, sin embargo, no se ha suscitado una importante controversia doctrinal o jurisprudencial atiende a la consecuencia que tendría para el proceso el descubrimiento por parte de la Inspección de los Tributos de elementos de esta naturaleza que no hubieran sido puesto de manifiesto a lo largo del proceso. Para Sanz Gadea, esta circunstancia sería causa suficiente para la anulación de todo el proceso al haberse incumplido el requisito de formular la relación de canje según los valores de los elementos patrimoniales según constan en los respectivos balances de fusión actualizados conforme el valor de mercado. El falseamiento de los valores patrimoniales de la sociedad derivaría en la imposibilidad de mantener el régimen fiscal sobre unos registros contables que adolecerían de no responder a la fiel imagen de la realidad empresarial.

### 3.2.3 Permanencia de los activos revalorizados.

En segundo lugar, la normativa impone una restricción a la revalorización de naturaleza temporal. Esta limitación no es otra que la disposición para que la revalorización, o en su caso, la disminución patrimonial contabilizada, no surta efecto si en el plazo de cinco años, para los bienes inmuebles, y tres, para los muebles, se procede a la enajenación de los respectivos elementos patrimoniales. La solución que se arbitra pasa por respetar el valor inicial antes de la revalorización, salvo en la parte que no hubiera sido objeto de bonificación que podrá computarse en el valor de enajenación. Completa la previsión la plena vigencia del régimen de reinversión sobre los incrementos patrimoniales que se desarrolla con carácter general en el artículo 15, número 8 de la Ley del Impuesto.

Este requisito de permanencia, a su vez, debe ser interpretado coordinadamente con el resto de las disposiciones contenidas en el régimen fiscal, delimitando el alcance querido para el mismo. Con ello aludimos al supuesto planteado en consulta resuelta con fecha de 20 de septiembre de 1990 en la que se entiende que dicha exigencia lo es con relación a las enajenaciones de elementos revalorizados realizadas de forma aislada, pero no cuando, por ejemplo, tiene lugar

con ocasión de un nuevo proceso de fusión o escisión en el que los elementos son nuevamente transmitidos. En este caso, los plazos temporales deben ser observados por la sociedad absorbente como continuadora de la posición de las sociedades a las que sucede.

En otro contexto, debe señalarse como una parte de la doctrina -entre otros autores, González Cayuela- ha mantenido una cierta contraposición entre la revalorización que goza de exención vía reinversión en el marco general y la que puede realizarse a través del régimen de fusiones, que afectaría tanto a bienes de activo fijo como de circulante. Sin embargo, pese a la ausencia de manifestación expresa en la norma de fusiones al respecto su contenido parece aplicarse sólo a los correspondientes bienes de activo fijo. De concluirse una opinión contraria, carecerían de sentido sino las previsiones sobre mantenimiento de los elementos revalorizados hasta su amortización, imponiendo condiciones de destino y plazo de tiempo para llevar a cabo aquélla y, en definitiva, reconduciendo la reinversión al esquema general para bienes que vayan a permanecer en la empresa por un plazo superior al ciclo productivo.

#### 3.2.4 Uso de la Cuenta "Plusvalía de Fusión".

El último punto que conviene considerar en relación con el Impuesto sobre Sociedades es el relativo a los diferentes usos que puede tener la cuenta de plusvalía de la fusión que surge como contrapartida contable de las revalorizaciones realizadas. Nada trasciende de la regulación existente pero puede indicarse que ésta tendrá la consideración de reserva de libre disposición por parte de la sociedad beneficiaria del proceso. Esta libertad de utilización sólo encuentra su límite en la necesaria terminación del proceso de fusión o escisión conforme a la totalidad de los requisitos: escritura de fusión inscrita en el registro en el plazo de un año desde la publicación de la Orden ministerial de concesión de los beneficios. Las vicisitudes de ésta serán las propias de una reserva de tales características, bonificada en su origen por lo que no resulta necesario su desarrollo en el presente trabajo.

En contestación de la Dirección General de Tributos de fecha 20 de diciembre de 1990, previamente citada, expresamente se indica que la denominada "plusvalía de fusión" se trata de una cuenta de neto patrimonial, de cuyo saldo podrá disponerse libremente a

partir de que los beneficios fiscales concedidos sean firmes.

Un aspecto parcial que surge al examinar la cuenta de "plusvalía de fusión" pero que conviene, por contra, atender es el que se refiere al importe que puede resultar bonificable cuando dicha cuenta se emplea en la financiación de provisiones de elementos del balance. Siguiendo a Sanz Gadea en esta tarea, el problema se centra en determinar cuál es el importe de la plusvalía que debe bonificarse si parte de ella se ha utilizado en la creación de una provisión para hacer frente a determinadas responsabilidades que no interesan que detraigan los resultados ordinarios, con la consiguiente mala imagen de la sociedad en su conjunto. Situaciones como ésta se producen para cubrir, por ejemplo, compromisos de fondos de pensiones, la provisión por riesgo país en la banca, etc. Para este autor la solución pasa por entender que cuando la provisión creada esta referida al bien cuya revalorización ha dado lugar a la plusvalía de fusión, la revalorización que puede ser objeto de bonificación es el importe neto que resulta de disminuir la cuantía de la plusvalía en el valor de la provisión dotada a su cargo. Este resultado es una exigencia de la lógica que no puede admitir la generación de una plusvalía si al tiempo se admite, asimismo, su

disminución vía dotación de la oportuna provisión. Lógicamente, en sentido contrario, si la cuenta de provisión se abona con cargo a la de plusvalía sin que haya, en ningún caso, relación entre los bienes afectos, la operación además de ser válida llevará consigo la bonificación por la totalidad de la cuenta de plusvalía de fusión.

### 3.2.5 El caso de los empresarios individuales.

Frente a la técnica de la bonificación aplicable cuando se trata de sociedades, la normativa del régimen fiscal se inclina por considerar el diferimiento del impuesto cuando se produce la intervención de empresarios individuales. En este caso, la valoración de las acciones o participaciones recibidas a cambio de la cesión o aportación de los elementos de su patrimonio empresarial pasa por recoger el valor que aquéllos tenían, sin otra excepción que las revalorizaciones que pudieran haberse practicado con arreglo a la normativa del propio régimen de fusiones. Para Sanchez Pinilla <sup>83</sup> "la solución dada a este tema por la ley 76/80 es idéntica a la del canje de acciones. Aunque reconoce la existencia de alteración patrimonial, suspende sus

---

<sup>83</sup> Op. cit. "Comentarios...", pag. 181.

efectos". Por lo tanto, en la fusión del empresario individual no existen otros beneficios fiscales que la posible concesión, si así se solicita expresamente, de una actualización de valor de todos o algunos de los bienes aportados, de modo que el valor de las acciones recibidas a cambio se refiera a éste y no al valor de adquisición histórico del elemento que se entrega. Fuera de este supuesto, el gravamen se desplaza al momento en el que se enajenen las acciones recibidas.

### **3.3 IRPF e Impuesto sobre Sociedades de los socios partícipes.**

#### **3.3.1 Contenido normativo.**

En tercer lugar, se recoge un tratamiento específico para los accionistas de las sociedades implicadas en el proceso de fusión o escisión. Ya sean los socios partícipes personas físicas ya jurídicas, por tanto sometidos al IRPF o al Impuesto sobre Sociedades, los incrementos que pudieran derivarse del canje de las acciones consecuencia de estos procesos no se integran en los respectivos impuestos. La solución que se arbitra no es la de la bonificación a semejanza de lo contemplado en el tributo societario para los incrementos puestos de manifiesto entre las sociedades intervinientes sino el de

la posposición de la carga fiscal al momento en el que se produzca la realización de la inversión en acciones. Nótese que las plusvalías que, en su caso, pudieran ponerse de manifiesto en el canje de las acciones no se gravan pero tampoco se bonifican, sólo se traslada su gravamen al tiempo en el que el sujeto pasivo decida sacarlas de su patrimonio. Como acertadamente apunta Sanz Gadea, el régimen fiscal especial de fusiones viene a responder a un problema real pero creado por la normativa común. Si efectivamente no se considerase por esta última que el canje de las acciones con ocasión de los procesos de fusión o escisión es causante de alteraciones patrimoniales, como sí lo hace, no sería necesario que la norma especial viniera a excepcionar el marco general cuando de las operaciones protegidas se trata. De acuerdo con sus propias palabras <sup>84</sup> "... la legislación especial resuelve un problema creado artificialmente por la legislación común. Y lo resuelve bien, porque sin recurrir al socorrido expediente de la bonificación, alivia toda la carga fiscal, posponiéndola al momento en que se liquide efectivamente la inversión, de tal suerte que, sin mengua de los intereses del Tesoro Público, la fusión no se ve obstaculizada por motivos fiscales".

---

<sup>84</sup> Op. cit. "Regimen fiscal...", pag. 151.

En este mismo sentido, pero de forma mas tajante se pronuncia Sanchez Oliván <sup>85</sup> para el cual la legislación común parte de un error de concepto. Se razona esta afirmación sobre la base de la inexistencia de un hecho imponible susceptible de gravamen ya que no hay alteración patrimonial efectiva. Como anteriormente había argumentado la propia Dirección General de Tributos en contestación de 26 de marzo de 1976 "... los accionistas de las sociedades absorbidas reciben un número de títulos de la absorbente que les corresponde. Pero nada mas. La fusión en sí misma ni los empobrece ni los enriquece. Su patrimonio sigue siendo el mismo antes y despues de la fusión". Se reitera aún mas esta postura si se tiene en cuenta que la redacción legal en ambos impuestos sobre la renta no contenía disposiciones al respecto en su inicial configuración, siendo los textos reglamentarios los que extienden el tratamiento de la separación de socios y liquidación a los casos de fusión de forma inadecuada. Sólo en la reforma de 1985 en el ámbito del impuesto personal sobre la renta se incorpora a la ley la concreción reglamentaria. Para este autor, la postura administrativa podría explicarse por la asunción de una cierta jurisprudencia -STS de 22 de junio de 1970 y de 9 de junio de 1971- que tiende a ver en el canje de

---

<sup>85</sup> Op. cit. "La fusión...", pag. 217.

acciones una concreción del negocio jurídico de la permuta, con un efecto traslativo de dominio y con una clara enajenación de valor en sentido jurídico y económico, por lo tanto susceptible de gravamen en la parte de plusvalía que pudiera originar. Dicha posición sin embargo debe considerar que el supuesto juzgado, del que las sentencias traen su causa, no es el de la fusión, como tal operación societaria, sino una aportación de acciones a cambio de otras subsistiendo la personalidad jurídica de las sociedades intervinientes. De todo lo anterior, lo que resulta es la postura legal y reglamentaria que concibe que el canje de acciones que se produce con ocasión de la fusión o escisión es una alteración de valor para los respectivos titulares y, en consecuencia, susceptible de generar una renta gravable. Pese a ello, no debe dejar de manifestarse, en opinión ciertamente fundada de Sanchez Oliván, que este supuesto implica la existencia de "... un gravamen sin que exista una causa que lo justifique y sólo ignorando el fondo económico que subyace en una fusión puede sostenerse lo contrario".

Así, con independencia de las consideraciones anteriores y asumida la realidad legislativa y la práctica administrativa en vigor, el tratamiento que el régimen fiscal especial de las operaciones de fusión

señala para las plusvalías que resulten del canje se articula en torno a tres puntos básicamente:

- la no consideración de aquéllas como rendimiento a computar en los respectivos impuestos en el momento del canje,
- el diferimiento del gravamen de éstas al momento de la enajenación de las acciones respectivas mediante el mantenimiento del valor correspondiente a las acciones entregadas en el canje y
- la inclusión de las compensaciones en metálico que sean exigidas en el canje como mayor o menor valor de adquisición de las nuevas acciones recibidas.

### 3.3.2 Cómputo temporal del diferimiento.

Resta sólo por añadir que este diferimiento del gravamen supone el mantenimiento no sólo de los valores de las acciones primitivas sino que también, allí donde resulte posible, la consideración de las fechas originales de adquisición para la aplicación de los coeficientes correctores. Esta posición no está expresamente considerada en la normativa aplicable pero ha de concluirse en buena lógica al venir impuesta la utilización del coste de adquisición de las acciones que

se entregan. Así concluyen Botella García Lastra y González Rosell, que igualmente indican la consideración del período de generación correspondiente a las acciones originarias como el que debe observarse para la liquidación en su momento del incremento originado. La postura sin duda es sólida pero no resuelve la cuestión cuando han sido varios y dispares los coeficientes aplicables al ser distintas las fechas de adquisición de las acciones. En este caso, ¿cabría considerar una aplicación proporcional según el monto inicial de las acciones?.

Esta conclusión doctrinal ha sido refrendada por la práctica administrativa a través de diferentes contestaciones a otras tantas cuestiones suscitadas por los particulares. Así, a esta problemática responde la contestación de 19 de mayo de 1988 de la Dirección General de Tributos en la se opta por dar una respuesta afirmativa a los anteriores interrogantes sobre la base de no considerar relevante, a los efectos antes apuntados, el momento en el que se lleva a cabo el canje de las acciones, y ello en los siguientes términos:

"En realidad se trata de no gravar la alteración patrimonial que se produce en el momento del canje de las acciones nuevas por las antiguas o primitivas, y diferir el pago del impuesto al momento de realización de las

nuevas acciones recibidas como consecuencia de la fusión.

Será por tanto una vez ultimada la fusión, si se transmiten las acciones nuevas objeto de canje, cuando se produzca el incremento o disminución patrimonial que habrá de sujetarse a gravamen.

Surge en ese momento, a la hora de determinar el coste medio de adquisición actualizado, qué coeficientes de corrección monetaria aplicar,...

Este Centro Directivo entiende que la solución correcta es la de aplicar los coeficientes que correspondan a las acciones primitivas objeto de canje, en base a las siguientes consideraciones: 1ª.- ... a efectos del cálculo de la alteración patrimonial ... se tendrá en cuenta ... el valor de adquisición de las acciones primitivas, sin que por lo tanto la fusión suponga la tributación de las plusvalías anteriores, sino el simple diferimiento del gravamen a aquel momento futuro. Lógico es que si se está tomando el coste de adquisición de las acciones primitivas, se tomen también los coeficientes correctores correspondientes a las mismas en la fecha su

adquisición por los accionistas. 2º.- ... le son de aplicación ... las normas que a tales efectos se señalan en el IRPF y (deben) aplicarse los coeficientes correctores en función del año de adquisición de los títulos primitivos ...

Por lo que respecta al período impositivo, ..., éste será el comprendido entre las fechas de adquisición de las acciones entregadas y el de enajenación de las recibidas".

Una conclusión idéntica a la anterior se obtiene de la contestación de 30 de diciembre de 1982 del mismo centro directivo en la que se deniega la posibilidad de considerar una disminución patrimonial como consecuencia de la valoración de las acciones en la relación de canje. Así, se señala que: " A tal efecto, las acciones recibidas por los socios o partícipes se computarán por el mismo valor total por el que estos tuviesen contabilizadas las acciones o participaciones que se entregan a cambio. En el caso del socio, persona física, el valor de las acciones entregadas se computará por el de adquisición determinado según las normas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas", lo que debe interpretarse en el sentido anteriormente expuesto: el precio de adquisición debe venir corregido por los

coeficientes que en cada caso se señalen al efecto y por las demas normas de corrección monetaria que se establezcan en el ámbito del IRPF.

Por su parte, en esta línea de referencia a la doctrina administrativa puede señalarse que, con caracter específico a su ámbito de aplicación, la Disposición Transitoria Primera de la Ley 46/84, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva e idéntica norma de su Reglamento de desarrollo, Real Decreto 1346/85, de 17 de junio, se remiten al artículo 12 de la Ley 76/80 para determinar el régimen aplicable a los socios de aquellas entidades que realicen procesos de adaptación, transformación y fusión para ajustarse a las exigencias de dicha Ley -la de las Instituciones de Inversión Colectiva-, disponiéndose que se aplique el valor de adquisición de los títulos entregados a los diferentes títulos o participaciones que pudieran recibir como consecuencia de las operaciones citadas, lo que no debe ser óbice para señalar que este beneficio tributario no sigue el normal curso de la ley de fusiones y escisiones, sino que su régimen es el específico de la Disposición Transitoria comentada, como se señala la contestación de 11 de junio de 1986 al decir que:

" Queda, pues, claro que en este contexto la aplicación del artículo 12 de la Ley 76/80 resulta circunscrita a los supuestos excepcionales señalados, cuya concurrencia se exige, no siendo posible, en otro caso, obtener este beneficio fuera del ámbito de la propia Ley de Fusiones aplicable a una operación en su conjunto y no a aspectos concretos".

#### **3.4 Impuesto Municipal sobre el Incremento el Valor de los Terrenos.**

El último punto que recoge la normativa fiscal es el que se refiere a la tributación correspondiente al Impuesto Municipal sobre el Incremento de Valor de los Terrenos. En este caso, el beneficio es nuevamente la concesión de una bonificación de hasta el 99 por ciento de la cuota resultante, aunque se contiene la peculiaridad de que resulta obligatorio proceder a una compensación a favor de las entidades locales afectadas, salvo en la parte que sea asumida voluntariamente por los municipios afectados. Este carácter bicéfalo en la concesión desde un punto de vista práctico ha derivado en una cierta inoperancia como ponen de manifiesto Botella García Lastra y González Rosell señalando que "... prácticamente se trata de una bonificación vacía de

contenido puesto que los Ayuntamientos no asumen coste fiscal alguno con cargo a sus presupuestos".

Ciertamente, la bonificación que, en su caso pudiera concederse, supone un quebranto recaudatorio para los ayuntamientos tanto por la renuncia a la liquidación correspondiente a la transmisión que se produce con la fusión como por la pérdida futura al calcular la nueva liquidación sobre los valores mas elevados en la fecha de la fusión, todo ello incrementado por el hecho de la posible devolución de las cuotas devengadas con ocasión de la tasa de equivalencia que se hubiere girado. En este campo no es de extrañar la renuencia de los municipios a aceptar un determinado beneficio fiscal concedido por el Estado y cuya cuantía, en términos porcentuales, también esta fijada por aquel.

Esta situación es la que ha movido a diversos autores a plantear la superación del esquema normativo mediante la consideración de la operación de fusión como un hecho no determinante de este Impuesto. Sanz Gadea considerando la gran cantidad de problemas que presenta la regulación sostiene que "difícilmente se puede concebir una solución peor al problema que para toda fusión representa el devengo del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos...Y, sin embargo, la solución es sencilla. Bastaría con establecer que el Impuesto no se devengara a causa de la transmisión por la

fusión, liquidándose en su momento, y en cabeza de la sociedad absorbente el incremento de valor del último decenio (gravamen de equivalencia) o el incremento de valor producido desde la adquisición del terreno por la absorbida hasta su enajenación por la absorbente (gravamen de transmisión)".<sup>86</sup> Esta misma solución es la propuesta por Sanchez Oliván cuya reiteración se hace innecesaria. Opina este último autor que "esta es la solución correcta; ni perjudica ni beneficia a nadie", ya que no implica una disminución recaudatoria no querida para los ayuntamientos que podrán efectivamente gravar los incrementos en sus términos, bien por el transcurso del plazo de los diez años bien por la transmisión que se opere por la empresa absorbente. Pero es que además no puede decirse que las empresas implicadas en la fusión se vean perjudicadas por que lo único que se hace es mantener inalteradas las obligaciones futuras que tenían dichas sociedades, ciertamente no se ven beneficiadas por una reducción de su carga fiscal futura pero tampoco resultan de peor condición que si la fusión o escisión no se llevara a cabo. De todo ello resulta que puede concluirse que "... para favorecer la fusión no siempre hay que dar exenciones, basta con remover obstáculos y en la forma que propugno -Sanchez Oliván- ni se carga al

---

<sup>86</sup> Op. cit. "Regimen fiscal...", pag. 153.

Tesoro ni se perjudica a los Ayuntamientos..."<sup>87</sup>. De esta forma se consigue efectivamente una neutralidad de la operación de fusión que no se ve afectada por las decisiones que sobre las diferentes figuras tributarias que sobre ella inciden se adopten por los poderes públicos.

Pese a estas fundadas opiniones doctrinales, la práctica administrativa ha continuado vinculando la bonificación a la decisión de los municipios afectados. Y, aunque no podía ser de otra forma dado la permanencia de la normativa aplicable, resulta ciertamente paradigmática la decisión adoptada en la OM de 29 de julio de 1988 con relación a la fusión de un banco de ámbito nacional en la que se otorga la bonificación del 99 por ciento "..., siempre que el Ayuntamiento afectado asuma el citado beneficio fiscal con cargo a sus presupuestos", situación que desemboca en una incertidumbre generalizada al depender de múltiples decisiones adoptadas por cada uno de los municipios afectados. Nótese, en cualquier caso, que el procedimiento de concesión de beneficios exige la cuantificación de éstos mediante la certificación del municipio respectivo del importe del incremento y de la cuota resultante que podía ser bonificada, la cual no

---

<sup>87</sup> Op. cit. "La fusión...".

coincidirá, normalmente, con la efectivamente bonificada al haberse alterado los valores de referencia al cambiar, igualmente, el momento temporal de la operación. Sobre todo ello la cuantificación será recurrible por los interesados. Resulta pues claro la enorme complejidad del procedimiento arbitrado frente la aparente sencillez que presenta la solución doctrinal propuesta que entedemos no vulnera sino que favorece un tratamiento equitativo de la operación de fusión.

En último lugar, conviene hacer una referencia a la modificación operada en la redacción del artículo de la ley 76/80 que regula el régimen especial aplicable al Impuesto Municipal sobre el Incremento del Valor de los Terrenos al objeto de garantizar la mejor recepción del principio constitucional de autonomía municipal trasladado al plano financiero. De esta forma, mientras que la redacción originaria del precepto atribuía la concesión a la decisión del Ministerio de Hacienda mediante la correspondiente Orden Ministerial y preveía, en una especie de segundo escalón, la compensación con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, la modificación operada mediante la Ley 39/88, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales exige el acuerdo municipal para que la bonificación surta efecto.

A este respecto, téngase en cuenta que la citada Ley dispone en su Disposición Transitoria Quinta que la entrada en vigor del nuevo Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, dentro de cuyo ámbito se produce la mencionada modificación, no se exigirá sino hasta el 1 de enero de 1990, exigiéndose hasta entonces el Impuesto Municipal con arreglo a la regulación contenida en el Texto Refundido de disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por RD Legislativo 781/86, de 18 de abril, lo que plantea el problema de cuando debe entenderse producida la modificación en lo que se refiere al regimen de fusiones: debe entenderse que la fecha de entrada en vigor de la Ley 39/88 -31 de diciembre de 1988 - es la determinante de la modificación o, por el contrario, será el 1 de enero de 1990, con la aplicación de la nueva figura impositiva, la que determinará su efectividad.

La solución a la anterior problemática pasa por reiterar que la modificación no deroga expresamente lo dispuesto por la Ley 76/80, sino que altera el régimen de beneficios aplicables a la nueva modalidad impositiva que se diseña, operando dentro de ella, por lo que hasta el momento en que se mantenga la exigencia de la anterior figura hemos de inclinarnos a pensar que no resulta de aplicación aquella, manteniendo su virtualidad la

primitiva redacción de este artículo 13 de la ley. Así parece entenderlo la Orden Ministerial de 21 de junio de 1989, sobre concesión igualmente de beneficios en una determinada fusión, en la que expresamente se señala:

" Tercero.- Se reconoce una bonificación de hasta el 99 por ciento de la cuota del Impuesto Municipal sobre el Incremento del Valor de los Terrenos que se devengue como consecuencia de las transmisiones que se realicen como parte de la fusión,...

En el supuesto de que las transmisiones de los bienes sujetos a este Impuesto tuviesen lugar con posterioridad a 31 de diciembre de 1989, ... , sería de plena aplicación, respecto del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, lo preceptuado en el artículo 106.3 de la citada Ley - la 39/88-", en donde se aprecia que la fecha sobre la que se produce el cambio de régimen aplicable es la de 1 de enero de 1990, subsistiendo hasta entonces la normativa contenida en el artículo 13 de la Ley 76/80 y correlativo del Reglamento.

En esta línea, el Real Decreto Ley 7/89 da nueva redacción al artículo 13 de la Ley 76/80 con vigencia a partir de 1 de enero de 1990, recogiendo las modificaciones introducidas por la Ley reguladoras de las Haciendas Locales, de modo que la aplicación de la

bonificación acordada de hasta el 99 por ciento debe ser refrendada por el Ayuntamiento respectivo.

La circunstancia de que la nueva redacción aluda de forma exclusiva al supuesto de fusión, a diferencia de lo que efectúa el artículo 106.3 de la citada Ley 39/88, debe justificarse en el hecho de que el artículo legal al que da redacción se refiere tan solo a la fusión, siendo aplicable a la operación de escisión sobre la vía de remisión que se contiene en el artículo 14 de la propia Ley de fusiones y escisiones.

Sin duda alguna que con la alteración normativa introducida se consagra de forma mas patente la necesaria vinculación que ha de existir entre los órganos decisores y los que han de soportar las consecuencias de aquéllas, aspecto que preocupa al legislador y que se recoge expresamente en la redacción del artículo 9.3 de la antedicha norma local. De esta forma no se sólo procederá la compensación sino que es el mismo Ayuntamiento quien debe manifestar su acuerdo al respecto.

No obstante, la modificación operada no concita la totalidad de apoyos doctrinales. Para Delgado González <sup>88</sup> pueden esgrimirse diversas razones contra la modificación

---

<sup>88</sup> Delgado González, A.F. "Beneficios fiscales en la fusión de empresas...". Rvta. Impuestos nº15/16 pag. 45 y ss.

introducida. Sin ser exhaustivos en su consideración sí puede resumirse que éstas inciden en la mayor complejidad que la presente regulación comporta en la resolución del expediente -procedimientos, plazos, recursos,...- y en el mayor grado de incertidumbre que aquélla encierra, al depender la solución de distintos ayuntamientos con lo que la solución homogénea a un mismo problema puede ser mas fruto del azar que la obligada consecuencia de arbitrar un tratamiento a una única operación societaria como es la fusión.

### **3.5 Impuesto sobre el Valor Añadido.**

Fuera del régimen especial de beneficios que se desarrolla en la ley sobre las fusiones de empresas resulta obligado realizar una consideración respecto del régimen que estas operaciones tienen en el ámbito del Impuesto sobre el Valor Añadido.

#### **3.5.1 El Iva con relación a la operación de fusión.**

Respecto de éste, en primer lugar, puede indicarse que a pesar de que entre las figuras tributarias en cuyo ámbito pueden concederse beneficios de acuerdo con la Ley 76/80 no se encuentra efectivamente

el Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas, vigente en el momento de la entrada en vigor de ésta, por las operaciones que pudieran, en su caso, producirse entre las empresas interesadas, esto no puede ser utilizado como argumento que por sí solo sea suficiente para impedir el acceso a ese conjunto de beneficios a los hechos sujetos al Impuesto sobre el Valor Añadido, dado la diferente extensión objetiva y significado que este último representa, siendo, por el contrario, un sector doctrinal claramente favorable a la consideración de no sujeción de ciertas operaciones realizadas en el desarrollo del proceso de fusión o escisión, abstracción hecha por supuesto de la ausencia de norma alguna habilitante, de carácter expreso, que permita sostener tal postura favorable.

Se trata aquí, en definitiva, de resaltar que la solución al interrogante que plantea la vigencia del IVA con relación a las operaciones de fusión y escisión no puede buscarse en una comparación con la regulación anterior a su vigencia, la solución adoptada para el Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas, al que básicamente sucede, por cuanto que el gravamen del objeto imponible -el consumo-, común a ambos, se consigue por procedimientos distintos y con muy diferente trascendencia económica para los sujetos pasivos de ambos tributos.

Por el contrario, la solución que se adopte debe analizar exclusivamente la normativa del tributo sin consideración de regulaciones semejantes para otras figuras impositivas. Planteada la cuestión en estos términos, reconocido que ni la legislación sobre fusiones ni la propia normativa del IVA aluden expresamente a estas operaciones mercantiles, la solución pasa por dilucidar cuál es el contenido normativo aplicable y si dentro de éste dicha regulación general permite alguna salvedad. En este sentido, diversos autores admiten que la operación de fusión no está sujeta al tributo en virtud del contenido del artículo 5 de la ley reguladora del mismo -ley 30/85 de 3 de agosto- que declara no sujetas las transmisiones de la totalidad del patrimonio empresarial en determinadas condiciones que sin duda concurren en la fusión. Botella García Lastra, Sanchez Oliván, Miñarro Montoya, entre otros, coinciden en señalar que el precepto permite comprender en su ámbito a la operación de fusión, pese a que su redacción parezca traslucir la intención del legislador de referir este supuesto a una transmisión "mortis causa" del patrimonio empresarial. Ciertamente, en las operaciones de fusión nos encontramos una transmisión global del patrimonio mediante una sucesión universal a favor de un adquirente, de ahí la aplicación obligada de la norma de no sujeción de la operación. Para Sanz Gadea, admitiéndolo la dicción

legal y, en consecuencia, la opinión generalizada que interpreta la no sujeción como criterio predominante, la fusión debería constituir una operación gravada efectivamente. Se entiende, la entrega de bienes que se produce con la fusión debe tributar en igualdad de condiciones con otras entregas a fin de no romper la neutralidad del impuesto. De esta forma, la cadena de repercusión y deducción de la cuota soportada no se interrumpiría ni se favorecería a las entidades sujetas a prorrata que se verían beneficiadas al no soportar una carga tributaria que tampoco podrían deducir. Con todo este autor reconoce que en la mayoría de los supuestos la operación no estará sujeta.

Con relación a la fusión, debe rechazarse, salvo otra opinión mejor fundada, la interpretación por la cual en la fusión no se realiza una actividad empresarial sino un acto de cesación del ejercicio de ésta y, en consecuencia, la operación no estaría sujeta al IVA. Esto no es así, la configuración mercantil de la fusión es ante todo de operación propia y característica de ese tráfico y en el desarrollo de actos de tal naturaleza por lo que hemos de concluir que en la entrega de bienes que se produce en la fusión hay una actividad empresarial, aunque no este sujeta por las propias reglas del tributo. De hecho, mas que no sujeción parece que se trata de un supuesto de exención.

Por el contrario, con relación a la operación de escisión la solución no es pacífica. Si bien en la escisión parcial los autores en general coinciden en considerar que la operación en ningún caso puede acogerse al supuesto de no sujeción, en la total las opiniones no son coincidentes. Botella García Lastra defiende la no sujeción sobre la idea de la transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial realizada a favor de varios adquirentes, términos que expresamente se contienen en el precepto legal de referencia. Frente a esta postura, Miñarro Montoya y Sanchez Oliván, por citar a los dos autores antes considerados, entienden que las escisiones aún totales están sujetas al impuesto, ya que el supuesto de no sujeción del artículo 5 de la ley del IVA no se aplica a las transmisiones "inter vivos" realizadas por partes a distintos adquirentes, lo que efectivamente sucede en la escisión considerada. Para Sanchez Oliván, la conclusión anterior y, en general, la tributación de la operación de escisión en sus dos modalidades es una consecuencia lógica que debe corregirse dado la evidente equiparación existente entre ambas formas de integración empresarial, si no llegaríamos al contrasentido que supone admitir la tributación en el IVA de operaciones que gozan de la totalidad de los beneficios fiscales que se prevén en

nuestra normativa para esa operación con el objetivo de su fomento y que al tiempo estarían sujetas al IVA.

Pero esta opinión favorable a la sujeción también presenta puntos débiles. Para Zurdo Ruiz Ayúcar <sup>89</sup> "... el supuesto conflictivo es el de la escisión, si se considera que se trata de cesión de patrimonio "inter vivos" y por partes a distintos adquirentes ... la expresión inter vivos está concebida para negocios individuales ... los procesos de escisión, análogos pero a la inversa a los de fusión, son operaciones empresariales netas que difícilmente provocarían desafecciones. Opino que esta laguna, posiblemente consciente, no se salva con la sujeción prevista para las cesiones parciales inter vivos". En este mismo sentido de apoyo a las tesis de no sujeción de las escisiones totales se encuentra Ruiz Zapatero <sup>90</sup> que indica que no tiene sentido abogar por la sujeción en base a la consideración de la escisión como operación inter vivos. En un sentido amplio, la escisión es una operación de esa naturaleza, pero no en un sentido técnico jurídico puesto que éste está referido a las operaciones realizadas por personas físicas, de modo que si se predicase con

---

<sup>89</sup> Zurdo Ruiz Ayúcar, J. "El IVA en la cesión de empresas e industrias". Rvta. Impuestos nº7, 1987. Pag. 623.

<sup>90</sup> Ruiz Zapatero, G. "La escisión de sociedades y el IVA". Rvta. Impuestos nº7, 1989.

relación a las sociedades, la norma del IVA estaría encerrando una contradicción en sí misma: la primera parte del párrafo también sería una operación inter vivos y sin embargo su régimen es el contrario puesto que la segunda parte le excepciona. Un argumento adicional a la postura favorable a la consideración de la escisión como operación no sujeta se centra en la ausencia de una auténtica contraprestación por el traspaso patrimonial. El IVA regula transmisiones de bienes a título oneroso o bajo los supuestos de autoconsumo y la operación de escisión no constituye, ni puede asimilarse, a ninguna de estas dos modalidades. Cabría todavía pensar que en la escisión parcial cuando las acciones son entregadas a los accionistas tampoco hay tal contraprestación y la conclusión sería también aplicable a estas últimas. Todo ello pone de relieve la importante discusión doctrinal que se mantiene en este punto a falta de una solución normativa que resuelva la controversia.

En cualquier caso, antes de considerar la modificación introducida debe examinarse la tributación que correspondería a las operaciones de fusión y escisión en cuanto que estuviesen sujetas al tributo. En este caso, puede adelantarse que el tratamiento de la escisión y de fusión sujeta al impuesto no sería unitario, como operación societaria definida, sino que habría que gravar cada una de las entregas de los diferentes elementos

patrimoniales de forma aislada conforme su naturaleza, con aplicación de los tipos impositivos que les correspondiesen, lo que en algunos casos abriría las puertas a la aplicación del Impuesto sobre Transmisiones. Aquí Sanz Gadea al estudiar el problema entiende que las deudas asumidas no deben descontarse de la base imponible, la cual estará constituida normalmente por el valor contable de los bienes, no del activo del balance en su conjunto.

Llegados a este punto, tanto al efecto de resolver la controversia suscitada como para dotar de un tratamiento unitario a las figuras de fusión y escisión ha resultado necesario introducir una modificación positiva en la normativa del tributo. Esta se ha llevado a cabo mediante el artículo 35 del Real Decreto Ley 7/89, de 29 de diciembre, con vigencia para el ejercicio 1990 y posteriores, que modifica el artículo 5 de la Ley 30/85, que regula este Impuesto sobre el Valor Añadido. Con la modificación operada se declaran no sujetas al mismo las transmisiones de la totalidad del patrimonio empresarial o de los elementos patrimoniales afectos a una o varias ramas de actividad cuando se realicen "... en virtud de operaciones de fusión o escisión de empresas a las que se les conceden los beneficios tributarios de la Ley 76/80 ...", pronunciamiento que sí debe considerarse relevante en la medida en que se pone de

manifiesto el criterio del legislador que exige esta modificación expresa del tributo al efecto de amparar determinadas operaciones, las escisiones en sus dos modalidades, en contra de la favorable corriente doctrinal que entendía que en la redacción original del impuesto podían incluirse como no sujetas determinadas operaciones realizadas con ocasión de aquel. Si bien es cierto que el razonamiento doctrinal se refiere a períodos anteriores a los de vigencia de la citada modificación, no puede dejar de soslayarse ésta como criterio interpretativo para dichos períodos.

Con relación a la modificación operada puede resaltarse la relativa incongruencia que supone declarar la no sujeción de las operaciones de fusión y escisión al tributo, no por la operación en sí misma sino en función de que ésta goce o no de los beneficios previstos en el régimen especial de fusiones. Esta no es, ciertamente, una técnica legislativa correcta por que discrimina entre operaciones protegidas o no al efecto de determinar la no sujeción y mantiene la incertidumbre del tratamiento de las que no lo sean, el cual parece quedar en una situación similar a la existente con anterioridad a la modificación. Nótese que el sometimiento a los trámites de la Ley 76/80 es voluntario y que la solicitud por parte de las entidades interesadas de determinados beneficios fiscales, de naturaleza subjetiva, no parece

que deba ser el criterio que permita, en términos objetivos, determinar si una operación está sujeta o no al tributo. Con mejor criterio, la Ley 29/91, de adaptación de determinadas directivas, vincula la no sujeción simplemente al hecho de que las potenciales operaciones sean susceptibles del régimen tributario que en la misma se regula.

### 3.5.2 La subrogación en la titularidad de la sociedad absorbida o escindida y el IVA.

Para terminar el examen del IVA y las operaciones de fusión y escisión debe analizarse la repercusión que éstas tienen en el mecanismo de repercusión y deducción de las cuotas tributarias. La primera idea que debe utilizarse es la consideración de las anteriores operaciones como transmisiones realizadas en virtud de una sucesión universal de modo que la entidad beneficiaria sucede a la originaria en su titularidad jurídica, se subroga en la posición que la primigenia pudiera ostentar. Esto llevaría a admitir la continuación del régimen de deducciones de la absorbida o escindida, de las cuotas pendientes de compensar por ésta, etc.

Frente a esta opinión, la Administración Tributaria cuando ha sido consultada al respecto se ha

manifestado en contra de la posibilidad de considerar una posible sustitución de la sociedad absorbida por parte de la absorbente en relación a los créditos impositivos que la primera pudiera tener en el ámbito del IVA. Dicha posición parece fundarse en la inexistencia de disposición expresa que funde la pretensión de sucesión en el crédito impositivo a lo que se añadiría la falta de títulos formales -factura en regla- que permitiesen identificar la sustitución operada. En este orden, puede citarse la contestación de la Dirección de General de Tributos de 17 de febrero de 1987 que con relación a las cuotas de IVA soportadas niega la deducción por parte de la absorbente de las inicialmente originadas por la absorbida. De acuerdo con ésta, "... en los supuestos de absorción de una sociedad por otra, la sociedad absorbente no podrá efectuar la deducción de las cuotas del IVA soportadas por la sociedad absorbida y que aparezcan consignadas en facturas emitidas a nombre de la misma, sin perjuicio del derecho de esta última a realizar dichas deducciones, o, en su caso, solicitar la devolución del saldo existente a su favor, cuando resulte procedente en virtud de lo dispuesto en el Reglamento del Impuesto, en las correspondientes declaraciones liquidaciones presentadas por dicha sociedad absorbida".

Esta misma postura se mantiene con relación a las cuotas pendientes de compensación en el régimen

transitorio del impuesto. En este caso, la documentación era la exigida en el Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas y las cuotas deducidas son la carga tributaria estimada de aquél, pese a lo cual la solución sigue siendo negativa a la asunción del crédito fiscal. Así, puede citarse la contestación del antedicho órgano de 20 de junio de 1989, ya comentada en otro apartado de este trabajo, en la que se manifiesta con relación al régimen transitorio de bienes de inversión que "...las referidas cuotas no podrán ser deducidas por la sociedad que adquiera el patrimonio empresarial de la entidad absorbida, al no existir precepto alguno que autorice el traspaso del derecho a deducir en dichos casos. La forma de ejercitar el derecho a la deducción descrita anteriormente es independiente de que se hayan obtenido o no los beneficios de la Ley 76/80 ...".

De todo lo cual puede concluirse la falta de especialidad que las operaciones de fusión o escisión tienen en la normativa de este impuesto, que reconoce tardíamente la existencia de las operaciones y que no garantiza la nota de sucesión universal de la que estas operaciones gozan, con una cierta merma de la neutralidad del tratamiento tributario que, en consecuencia, se dispensa.

## **CAPITULO IV**

## **CAPITULO IV.**

### **EXAMEN DE LOS BENEFICIOS CONCEDIDOS.**

#### **1. EVOLUCIÓN DE LOS EXPEDIENTES TRAMITADOS.**

A lo largo de las siguientes líneas procede analizar cuales han sido los resultados que el régimen fiscal de fusiones ha supuesto para la economía española a lo largo de la década de los años 80. Dicha aproximación atenderá al importe de los beneficios concedidos a las empresas que han sido parte de estos procesos de concentración empresarial a través de las bonificaciones reconocidas. El valor de éstas se traduce en gastos fiscales para el Erario público, cuyo montante es fácilmente reconocible, pero el significado último de los beneficios otorgados escapa a toda posible evaluación al entremezclarse las bonificaciones objeto de estimación con otras figuras tales como exenciones, diferimientos de impuestos, recálculo de amortizaciones sobre valores actualizados, etc., que imposibilita llegar a una cifra exacta del monto total de gasto que los procesos de fusión y escisión acogidos a la ley analizada han

supuesto para la economía española en tanto que reducción de los ingresos normales del sistema tributario.

Admitida esta restricción inicial al estudio, a lo largo de las siguientes líneas se expondrán cuáles han sido los beneficios contabilizados y el porcentaje que representan respecto del volumen total de los gastos fiscales, su distribución por sectores económicos y, terminando, la relación existente entre esos resultados y los datos sobre los procesos de crecimiento económico español en la década de referencia.

Antes de otro comentario, conviene, pues, recoger brevemente la referencia a las solicitudes examinadas en términos globales, indicando las resueltas favorablemente y las que no han alcanzado una solución satisfactoria.

AÑOS	TOTAL	FAVORABLES	DESFAVORABLES
1981	27	20	7
1982	38	27	11
1983	49	42	7
1984	43	33	10

AÑOS	TOTAL	FAVORABLES	DESFAVORABLES
1985	38	37	1
1986	34	30	4
1987	37	34	3
1988	47	45	2
1989	40	37	3
1990	52	43	9
1991	37	30	7

Como puede apreciarse el número de expedientes tramitados, con carácter general, y el de las resoluciones favorables a las solicitudes planteadas, de forma específica, exclusivamente presenta oscilaciones a lo largo del período analizado, sin que, por lo demás, su número máximo llegue a superar una cifra significativa por año. No hay una tendencia creciente o decreciente claramente definida, como tal podría esperarse de un conjunto de beneficios fiscales que se prevén vinculados a los procesos de desarrollo económico -español- en conjunto y en los diversos sectores de la economía

nacional por separado. Dicho comportamiento errático permite aventurar una falta de relación entre actividad económica y régimen fiscal, aspecto a cuyo examen debe procederse con los datos disponibles.

En la misma línea que la conclusión anterior se encuentran los resultados que se obtienen de la descomposición de ese número total de operaciones de fusión o escisión según los sectores de actividad económica en los cuales se han llevado a cabo las concentraciones. Los datos están disponibles en las Memorias consultadas del Ministerio de Economía y Hacienda sólo a partir de 1984 con el consiguiente desglose por sectores de actividad, lo cual se presenta en la siguiente distribución:

Sector	1984	1985	1986	1987	1988	1989	1990	1991
Industrial	18	22	21	18	19	14	20	14
Banc/Seg.	10	6	7	10	15	9	14	9
Construc.	3	3	-	2	-	4	3	4
Aliment.	7	5	1	6	8	5	6	5
Transporte	3	-	2	-	-	3	2	3
Comercio	2	2	2	1	3	3	4	3
Otros	-	-	1	-	2	2	3	2

Como resulta manifiesto, ningún sector de actividad presenta una tendencia en las operaciones protegidas que haga traslucir la existencia de una política industrial nacional en uno u otro sentido. Sólo cabe presumir la relativa estabilidad, con ciertas oscilaciones, en los procesos de concentración experimentados en el ámbito de las empresas industriales, aunque en los valores al inicio y al final del proceso no se aprecian diferencias sustanciales entre sí. Lo mismo puede decirse respecto del sector de Banca y Seguros que mantiene unas cifras próximas a la decena de operaciones acogidas a la ley 76/80 por año, y donde lo único que presenta una cierta relevancia es el fuerte incremento de los beneficios concedidos como mas adelante tendremos ocasión de comprobar.

Con todo, pues, no hay una concentración de operaciones en un sector de la actividad económica que evidencie una dirección de desarrollo o de resolución de normas en la actividad productiva que, en consecuencia, cumpla con el objetivo de mejorar las estructuras productivas y que, por lo tanto, beneficie la economía nacional, objetivos que constituyen la raíz y razón de existencia del modelo impositivo aquí analizado.

No obstante esta inicial conclusión debe contrastarse con otros datos que examinen la importancia absoluta y relativa de los beneficios fiscales concedidos y su ubicación en la economía.

## 2. BENEFICIOS FISCALES: UNA EVALUACIÓN OFICIAL.

El importe de los beneficios fiscales que es objeto de evaluación de acuerdo con las características de la Ley 76/80 es el referido a los Impuestos sobre las Transmisiones Patrimoniales y sobre la Renta de las Sociedades. Por su propia configuración ni el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas ni el Impuesto sobre el Valor Añadido permiten un examen cuantitativo sobre la repercusión que el régimen representa en ambas figuras, máxime en esta última que se configura al margen del mismo esquema que la normativa de fusiones diseña. De esta forma, el importe de las exenciones y de los supuestos de no sujeción que se configuran en las normas respectivas no puede ser objeto de un control detallado al carecer de un soporte estadístico adecuado.

Por contra, aunque las normas aplicables al Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos en lo relativo a esta operación sólo conceden una bonificación máxima del 99 por ciento en la cuota

resultante de las respectivas operaciones permitiendo a través de ese uno por ciento una labor estadística, lo cierto es que el carácter fragmentario de la información disponible no permite la elaboración de unos resultados aplicables a la citada figura con suficiente fiabilidad. De hecho, aunque en la orden ministerial por la que se conceden los correspondientes beneficios reconoce un valor máximo de la bonificación aplicable y en la tramitación del expediente, como hemos visto, se recoge una aproximación del importe de la cuota de la citada plusvalía, la concreción efectiva dista de ser cuantificable, al menos en la situación vigente. Obedece esta situación a la circunstancia ya considerada del necesario sometimiento a las decisiones municipales para que la bonificación sea efectiva, lo que exige un estudio en cada uno de los municipios que resulten afectados en cada operación para poder realizar la correspondiente cuantificación del beneficio realmente asumido por las arcas consistoriales, estudio que no se haya disponible en la actualidad.

En este punto, y aunque hayamos de referirnos de nuevo a esta situación, es obligado subrayar la escasez de información existente de acceso al público, a salvo de los datos facilitados por el Ministerio de Economía y Hacienda en sus Memorias anuales que

constituyen la principal fuente aquí recogida. Conforme a esa referencia y para el período 1980 / 1990, los beneficios evaluados en millones de pesetas tienen la distribución que a continuación se recoge de forma individual a cada figura impositiva <sup>91</sup>. Se ha incorporado en la columna de la derecha de los cuadros siguientes el montante total del gasto fiscal para esa respectiva figura, calculándose el porcentaje que representa el beneficio en el régimen fiscal de fusiones con relación al total gasto fiscal del tributo.

**2.1 Impuesto sobre las Transmisiones Patrimoniales y  
AJD.\*\***

Años	Transm. Patrimoniales	Gastos Presupuestados	%
1982	4221	--	--
1983	1143	--	--

<sup>91</sup> En el bienio 1980/81 no se dispone de datos consecuencia del obligado lapso temporal que ha de mediar entre la aprobación de la normativa, a finales de 1980, y la efectiva concesión de los correspondientes beneficios. Con relación al presupuesto de gasto fiscales elaborado sobre las tablas del Ministerio de Economía y Hacienda no se han encontrado los referentes a períodos anteriores al ejercicio 1984.

Años	Transm. Patrimoniales	Gastos Presupuestados	%
1984	839	13700	6.12
1985	2602	16000	16.26
1986	381	13900	2.59
1987	626	12600	4.96
1988	1114	11350	9.81
1989	644	10264	6.27
1990	7010	9840	7.12
1991	2138	(1)	--

\*\* Los valores se expresan en millones de pesetas.

(1) No disponible en la actualidad.

De acuerdo con estos datos, la primera conclusión que se desprende es la cierta inconsistencia de cualquier posible conclusión sobre una tendencia o pauta de comportamiento de la bonificación dentro del contexto general del tributo. Si bien en términos generales la cantidad objeto de bonificación se mantiene

en unos niveles relativamente estables con repuntes aislados, fruto sin duda del mayor número de expedientes tramitados durante los períodos en los que el beneficio alcanza cotas mas elevadas -años 1983, 1984 y 1988-, su correlación con el importe total de los gastos fiscales presupuestados es practicamente nula. Como se aprecia en el cuadro anterior, en el que quedan recogidas elevaciones en la cuantía concedida de bonificación en el régimen fiscal que se corresponden con disminuciones o aumentos en cuantía inferior en el monto total de gasto fiscal presupuestado para el tributo y viceversa. Pese a esa discordancia de las magnitudes, el porcentaje que representa se mantiene en niveles relativamente bajos, entorno al cinco por ciento del total de gasto, salvo picos no habituales.

En consecuencia, las dos conclusiones a primera vista que cabe obtener son, de una parte, la escasa significación que este régimen especial tiene en el conjunto de los gastos fiscales correspondientes al impuesto y, de otra, la falta de correlación alguna entre la evolución mantenida por los dos tipos de variables examinadas: beneficios reconocidos al amparo de la Ley 76/80 y conjunto de los gastos fiscales presupuestados. Resulta obligado señalar a este respecto lo visto con anterioridad sobre el ámbito de aplicación de la

bonificación, en concreto, la alteración de las primigenias soluciones adoptadas por la legislación anterior a la Ley 32/80. Ciertamente que la consideración de la fusión y de la escisión como figuras societarias y su tratamiento como tales frente a la mera liquidación de cada uno de los actos y de las transmisiones que se operaba con anterioridad altera el contenido de la bonificación y, en consecuencia, su cuantía. De este modo no debe extrañarse de la escasa significación que su cuantía representa.

## 2.2 Impuesto sobre Sociedades.

Por su parte, las citadas Memorias anuales del Ministerio de Economía y Hacienda recogen las siguientes cantidades en relación a la segunda figura impositiva antes reseñada:

Años	Sociedades	Gastos Presupuestados	%
1982	5096	--	--
1983	1509	--	--
1984	1083	158600	0.682
1985	2918	160000	1.823

Años	Sociedades	Gastos Presupuestados	%
1986	1339	170800	0.783
1987	8950	185400	4.827
1988	73041	185242	39.430
1989	63212	160460	39.394
1990	134385	185956	72.536
1991	150256	(1)	--

\* Los valores se expresan en millones de pesetas.

(1) No disponible en la actualidad.

A semejanza de lo señalado en el punto anterior con relación al ITP, las figuras arribas descritas evidencia la escasa significación que los beneficios calculados para el régimen de fusiones tienen en conexión con las cifras que se barajan en el Impuesto sobre Sociedades en los primeros años del período. Tanto en términos relativos como absolutos, los valores son reducidos. Frente a ello, en los cuatro últimos ejercicios -1988/89/90/91- se aprecia, no obstante, un importante aumento de la bonificación concedida que no se corresponde con un crecimiento similar del presupuesto de gasto. La consecuencia obligada es un incremento de la participación relativa que pasa de cifras próximas al uno

ciento hasta, prácticamente, el setenta y cinco por ciento con los datos disponibles en el momento de realización de este trabajo. Dicho incremento se produce sin una alteración sustantiva de la normativa aplicable, ni del número de expedientes tramitados y resueltos favorablemente por lo que habrá que concluir la importante actualización de valores y, subsiguientemente, bonificación de plusvalías, que se habrá realizado en los expedientes efectivamente resueltos durante el indicado plazo temporal.

Una aproximación por sectores a las cifras anteriores podría ilustrar con mas claridad la evolución seguida. Para ello se han escogido los mas significativos por volumen de bonificación concedida, debiendo resaltarse que los porcentajes aplicados han sido, normalmente, del 99 por ciento para las operaciones del sector banca y seguros y del 65/75 por ciento para los restantes, sin perjuicio de encontrar excepciones en ambos grupos. Dicha diferenciación atribuye un peso mayor a las bonificaciones del primero de los grupos citados que no se corresponde efectivamente con el importe de las plusvalías puestas de manifiesto en el proceso.

**Gastos fiscales por sectores de actividad (en millones de pesetas.).**

Años	1988	1989	1990	1991
Total	73041	63213	134385	150256
Banca y Seguros	52672	4803	63410	131559
%	72.11	7.59	47.18	87.55
Industria	4330	27203	12096	14558
%	6	43.03	9	9.68
Alimentación	140	2254	9068	1307
%	0.2	3.56	6.74	0.86
Construcción	99	2613	5126	2788
%	0.1	4.13	3.81	1.85

\* elaboración propia sobre las OM de concesión de los respectivos beneficios.

De acuerdo con el estudio general, Memoria de la Administración Tributaria, y su desarrollo sectorial pueden apuntarse las siguientes conclusiones:

1ª.- La relativa estabilidad de los sectores examinados, en los que las cifras representativas de las operaciones realizadas se han mantenido en unos niveles similares, salvando puntas aisladas. A este respecto,

obsérvese como el mayor peso que presenta el sector industrial en el período 1989 se debe casi en su exclusividad a la operación de fusión planteada entre las Sociedades Anónimas Cros y Explosivos Rio Tinto, en la que por otra parte se ha concedido una bonificación del 99 por ciento frente a la tónica general del sector industrial normalmente inferior.

2ª.- Dentro de esa distribución relativa de los sectores de actividad sí puede indicarse una cierta preponderancia del correspondiente a la actividad de banca y seguros. Dicho mayor peso en la bonificación obtenida se explica en parte por el mayor porcentaje de beneficio que se aplica a las plusvalías que se pongan de manifiesto en las entidades afectadas y en parte por la propia importancia de la cuantía de los incrementos contabilizados. Refrenda esta afirmación el examen de las mayores concesiones de beneficios en términos absolutos que se han producido en el período examinado y que tienen a estas entidades como sus naturales destinatarias con las siguientes cantidades:

- En 1988, Mll. de Pts. 51.091. Fusión Bilbao / Vizcaya.
- En 1990, Mll. de Pts. 39.028. Fusión Caja de Pensiones para la Vejez y de Ahorros de Cat. y Baleares / C.A. y M.P. de Barcelona.

- En 1991, Mll. de Pts. 25.522. Fusión B. Exterior / B. Crédito Industrial.
- En 1991, Mll. de Pts. 93.208. Fusión B. Central / B. Hispano Americano.

Dichas cantidades se producen, de acuerdo con las ordenes ministeriales de concesión, por la actualización de los elementos patrimoniales de carácter material y financiero de que son titulares las respectivas empresas.

3ª.- La existencia de otras operaciones aisladas que representan un porcentaje importante en el conjunto de los beneficios concedidos y cuyo número en términos cuantitativos es escaso. Entre ellas, pueden citarse, como mas significativas, las operaciones realizadas por Catalana de Gas, Gas Madrid y Repsol Butano (12.849 mll. de pts.); Ebro Agrícolas, Compañías de Alimentación (5.718 mll. de pts.); Inmobiliaria Urbis, Construcciones e Inmuebles y Mas Camarena ( 5.126 mll. de pts.); y la ya citada de Cross y Explosivos Rio Tinto (17.109 mll. de pts).

Del conjunto de estos datos pueden concluirse los siguientes aspectos al fin que aquí nos interesa.

En primer lugar, la especial protección y apoyo que las operaciones del sector financiero han tenido desde las instancias del gobierno, asegurando el disfrute de los beneficios en el grado máximo de los posibles. La tónica prácticamente unánime de las operaciones de fusión que se han sucedido en el sector bancario ha sido la de la concesión de la bonificación en el Impuesto sobre Sociedades en el 99 por ciento frente a una tendencia oscilante y variable en el resto de los sectores, sin que tampoco pueda encontrarse uniformidad en cada uno de ellos internamente, sino que unas operaciones han sido merecedoras de una bonificación y otras de otra. Dicho comportamiento puede ser revelador de esa especial atención a un sector pero deja al descubierto las carencias de una política de fomento en las restantes actividades productivas y pone de relieve la pregunta formulada por un sector doctrinal, de la que nos hacíamos eco en un capítulo anterior, sobre cuál es la mejora de las estructuras productivas nacionales que se produce por la concentración de las Entidades Financieras.

En segundo lugar, se pone de relieve como la mayoría de las operaciones de fusión o escisión, y sin duda las más importantes cuantitativamente hablando, responden a las específicas situaciones económicas de las empresas y del sector en el que se mueven y no son una consecuencia de las decisiones de incentivación que

podieran instrumentarse a través de la legislación fiscal aquí analizada. Aunque sea reiterativo, debe insistirse en que del examen de las operaciones individuales, algunas de las cuales se relacionan en las líneas anteriores, se observa que estas responden a sus exigencias económico financieras y no a un planteamiento económico general. La viabilidad de estas operaciones si atendiésemos a su coste fiscal sería difícil, ciertamente, pero su motivación se encuentra en las decisiones empresariales de adaptación a unos condicionantes de mercado, a los objetivos de una política empresarial determinada y no en el efecto logrado por la normativa fiscal de concentración.<sup>92</sup>

### 3. EXAMEN DEL CRECIMIENTO INDUSTRIAL.

El objeto de los datos que a continuación se recogen no es otro que la comprobación de las variaciones

---

<sup>92</sup> En estos momentos, el comentario no puede sustraerse a la paradoja que supone el hecho de los fuertes beneficios disfrutados por algunas de las empresas arriba citadas y la situación económico financiera en la que se encuentran en la actualidad. Ni la legislación ni la actuación administrativa son responsables del devenir de esas economías empresariales, pero sin duda sí se refuerza la conclusión mantenida a lo largo de estas líneas en orden a la excesiva beligerancia que aquélla permite, mediante la concesión de beneficios fiscales, a procesos cuya última justificación no es otra que el interés nacional sin que efectivamente quede éste garantizado.

que en los años comprendidos en el estudio pudieran haberse producido en la actividad económica en general. Para ello se ha utilizado como instrumento estadístico el índice de producción industrial de carácter general elaborado por el Banco de España que consta en su Boletín económico mensual. Dicho índice parte de la base 100 para el ejercicio 1980 y refleja con periodicidad trimestral las variaciones experimentadas. Se acompañan también los datos comparativos con los países de la CEE y con los miembros de la OCDE, en ambos casos con inclusión de España.

Indice de producción industrial. Base 100= 1980.

Años		ESPAÑA	OCDE	CEE
1981	1º Trim.	99.0	99.9	97.8
	2º Trim.	99.0	99.9	97.6
	3º Trim.	99.0	100.7	97.9
	4º Trim.	99.0	99.8	98.2
1982	1º Trim.	97.0	98.4	97.7
	2º Trim.	98.0	97.2	97.2
	3º Trim.	99.0	95.9	95.7
	4º Trim.	98.0	94.7	94.8
1983	1º Trim.	100.0	96.4	95.9
	2º Trim.	101.9	98.8	97.9
	3º Trim.	99.6	100.8	97.9
	4º Trim.	100.3	103.1	99.6

Años		ESPAÑA	OCDE	CEE
1984	1º Trim.	102.5	105.6	100.6
	2º Trim.	100.6	105.9	98.7
	3º Trim.	101.4	107.8	100.7
	4º Trim.	101.1	108.3	101.0
1985	1º Trim.	101.9	109.0	102.4
	2º Trim.	97.8	100.0	99.8
	3º Trim.	100.3	100.3	100.3
	4º Trim.	103.0	100.7	100.9
1986	1º Trim.	99,7	101.0	101.5
	2º Trim.	104.8	101.0	102.4
	3º Trim.	102.7	101.1	102.5
	4º Trim.	105.5	101.6	102.5

Años		ESPAÑA	OCDE	CEE
1987	1º Trim.	104.7	102.6	103.1
	2º Trim.	106.9	104.0	104.5
	3º Trim.	110.4	105.5	105.0
	4º Trim.	109.6	107.3	105.9
1988	1º Trim.	110.3	108.9	107.2
	2º Trim.	110.8	105.5	108.2
	3º Trim.	111.3	111.5	109.9
	4º Trim.	112.2	112.6	110.7
1989	1º Trim.	115.3	113.7	111.1
	2º Trim.	117.3	114.6	112.0
	3º Trim.	116.7	115.0	113.5
	4º Trim.	115.3	115.3	114.2

Años		ESPAÑA	OCDE	CEE
1990	1º Trim.	118.9	115.8	114.3
	2º Trim.	115.5	116.7	114.6
	3º Trim.	115.4	118.0	115.8
	4º Trim.	114.9	117.0	114.9
1991	1º Trim.	114.0	116.0	115.9
	2º Trim.	115.1	115.9	114.7
	3º Trim.	115.2	116.7	114.6
	4º Trim.	115.3	115.3	114.2

De acuerdo con los datos anteriores puede afirmarse como durante el período analizado se distinguen dos fases claramente diferenciadas. La primera, que se extiende desde el inicio del mismo hasta, aproximadamente, el primer trimestre del año 1986, se caracteriza por una cierta monotonía en los procesos de crecimiento, con un índice muy ligado al valor inicial de medida. La segunda fase, que se inicia a partir de la indicada fecha hasta el final del período examinado,

presenta unos niveles de crecimiento del índice considerables, con una constancia ascendente en todo el plazo comprendido en el examen.

"Grosso modo", a pesar de que en el esquema seguido se hecha en falta un desglose sectorial mas pormenorizado, la conclusión que parece aceptable es la independencia de los fenómenos producción industrial y concentración empresarial, al menos de la medición que resulta de los valores anteriores del índice y de los datos de que disponemos de operaciones de fusión y escisión acogidas a la ley especial. Puede fundarse esta aseveración en diversos puntos entre los que podrían destacarse los siguientes:

- el inicio de los procesos de crecimiento de la producción industrial se produce con anterioridad a los momentos mas importantes, en términos cuantitativos, de la concesión de beneficios: períodos comprendidos entre los años 1988 y 1991.
- el número de operaciones acogidas a la legislación especial no guarda relación con aquel índice, manteniéndose una aceleración de los procesos de fusión y escisión en momentos de paralización de la actividad económica, por ejemplo años 1982, 1983 y 1984.

- de igual forma, cuando las operaciones de fusión y escisión presentan una importante ascensión en la concesión de bonificaciones en el Impuesto sobre Sociedades, el crecimiento subsiguiente de la actividad no refleja de modo alguno dicha influencia.

Ciertamente el análisis anterior no agota la totalidad de las variables que inciden en el problema. No se ha considerado el efecto de diferimiento que necesariamente ha de mediar entre la concentración y la manifestación de la mejora en las estructuras productivas, con mejora de los rendimientos, pero este elemento temporal tampoco parece que pueda ser el factor explicativo del inicio del proceso de crecimiento de la producción industrial -por ligazón a las operaciones de fusión anteriores-. Esta situación resulta mas evidente si se insiste en que las series de crecimiento del índice sí observan un paralelismo con las respectivas de los países de la CEE y de la OCDE, que se acompañan en el cuadro anterior. Si se adopta esta perspectiva resulta posible evidenciar la nítida relación que media entre las diferentes series temporales, lo que sería un importante argumento en favor de la vinculación de la producción industrial española a la del resto de los países de nuestro entorno y, consecuentemente, restaría

verosimilitud a la tesis que mantuviese la relación entre operaciones de fusión y evolución de la producción industrial. Refuerza la conclusión anterior la consideración de los datos referentes a los países de la Comunidad Económica Europea, en las que las diferencias son sustancialmente menores que cuando el análisis se amplía a terceros países no comunitarios dentro del ámbito de la OCDE.

#### 4. LOS PROCESOS DE FUSIÓN EN LA BOLSA DE VALORES.

Los datos de este epígrafe tienen sólo por objeto el de servir de contrapunto a las anteriores elaboraciones. Dicha misión viene determinada por la consideración del número de operaciones que se producen entre empresas con cotización en la Bolsa y por la revisión de las características que dichas operaciones revisten.<sup>93</sup>

El número de operaciones que a continuación se expone, según la agrupación de sectores económicos efectuada, resulta de la información suministrada a la

---

<sup>93</sup> La totalidad e los datos considerados en este epígrafe se recogen del trabajo de Martínez Serrano, J.A. y Sanchis Llopis, A. "Tendencias recientes en las fusiones y adquisiciones de empresas industriales". Rvta Economía Industrial Marzo/Abril 1990. Pag. 125 y ss.

Bolsa de Valores, en concreto la de Madrid, por aquellas empresas que, con cotización, han intervenido en una de estas operaciones, sea como absorbente, sea como absorbida. No se recogen, por lo tanto, operaciones entre empresas en las que ninguna de las entidades interesadas participe en la Bolsa madrileña. Dicha restricción se ve incrementada por la circunstancia que se recoge en el modelo en virtud de la cual no sólo los procesos de fusión se incluyen sino también las adquisiciones o toma de participación, operaciones absolutamente ajenas al estudio aquí pretendido. Con todas estos elementos que dificultan, ciertamente, toda generalización de los resultados del subsiguiente estudio, las operaciones pueden resumirse como sigue:

Sectores	1985	1986	1987	1988	1989
Industrial	1	1	1	7	3
Banca y Seguros	7	6	4	13	5
Construcción	0	0	1	5	4
Alimentación	2	2	0	2	2
Varios	2	2	1	4	6

Si se compara este cuadro con el realizado sobre los datos facilitados por el Ministerio de Economía y Hacienda, se comprueba la relativa equivalencia tanto en el número relativo como en la distribución por sectores económicos. Esta situación, puede permitirnos afirmar la inexistencia de distorsiones entre los resultados de ambos estudios, aunque la muestra analizada se haya seleccionado con arreglo a criterios distintos. De este modo, el hecho de que las empresas sean o no de cotización en bolsa, no resulta significativo para afrontar operaciones de fusión. En un segundo paso se evidencia el peso de las operaciones entre empresas del sector bancario respecto de las restantes en la última fase del período analizado, a semejanza de lo ocurrido con las acogidas a beneficios fiscales, como aspecto de mayor relieve en ambas distribuciones. Por lo tanto, puede mantenerse la existencia de una cierta representatividad de las empresas con cotización respecto del conjunto y, en consecuencia, abogar por una aplicación, con todas las reservas ciertamente, de los resultados obtenidos del estudio de las fusiones de las empresas con cotización en bolsa sobre todas. Siguiendo en este punto las conclusiones del trabajo realizado por Martínez Serrano y Sanchis Llopis <sup>94</sup> debe reiterarse,

---

<sup>94</sup> Op. cit. "Tendencias...", pag. 134.

ante todo, la dificultad de elaborar conclusiones generalizadoras para el conjunto de la industria, pudiendo extraerse, no obstante, los siguientes puntos:

- el menor tamaño de las empresas adquiridas, con un mayor deterioro de su liquidez en los momentos previos a la operación.
- la menor rentabilidad de las empresas absorbidas o adquiridas, con unas tasas de endeudamiento a corto plazo mas elevadas que las compradoras.

Ahora bien, estas características que se detectan en las operaciones examinadas con relación a las empresas con cotización en Bolsa, no deben diferir de las presentes en todas las fusiones que se producen, dado la semejanza de comportamientos de ambos estudios. Pero es mas, las citadas notas tampoco difieren de las comprobadas en otros países, con regulaciones legales diferentes a la nuestra, en los que los procesos de fusiones y de concentración empresarial han tenido un desarrollo importante en los años ochenta.

## 5. CONCLUSIONES EMPÍRICAS.

Una vez que nos hemos aproximado de forma cuantitativa al fenómeno de la concentración empresarial

a través de una de sus específicas modalidades cual es la de las operaciones de fusión y escisión de empresas, tenemos que detenernos e intentar extraer el significado de los datos existentes de la aplicación de la normativa en su momento vigente.

Dicha comparación resulta útil al intento de precisar si la norma española responde satisfactoriamente a la intención que confiesa o, por el contrario, desarrolla un conjunto de disposiciones cuyos efectos no fueron los inicialmente queridos por el legislador. A este efecto, retomemos los rasgos inicialmente considerados de la normativa como instrumento para la consecución de la mejora de las estructuras productivas y de beneficio para la economía nacional. Con ellos presentes, el interrogante se centra en determinar si la aplicación de estas disposiciones se ha producido en el contexto consciente y voluntario de mejora de dichas estructuras o, por el contrario, se ha desarrollado sin atender a las mismas. De los datos utilizados parece poder concluirse que los gastos fiscales incurridos consecuencia de las bonificaciones concedidas no constituyen un elemento significativo dentro de la política de concesión de beneficios, sin que parezca, asimismo, que revistan un carácter de acicate de la mejora de la estructura industrial. Dicha conclusión se

rompe en los últimos años del proceso examinado en los que la cuantía de bonificación se eleva en términos absolutos y relativos de forma considerable, al menos por lo que al Impuesto sobre Sociedades se refiere. Este incremento, muy significativo, no se corresponde con ninguna alteración del régimen vigente ni con las prácticas habituales de la concesión de los beneficios - aplicación de porcentajes de bonificación superiores a los anteriormente concedidos- por lo que resulta difícil achacar la mayor importancia cuantitativa a la propia norma en sí. La respuesta al crecimiento debe buscarse en la propia situación de la actividad económica en España y al movimiento generalizado de consecución por parte de la entidad empresarial de una estructura mas óptima para hacer frente a nuevas exigencias competitivas que se prevén mas azarosas.

De ello, necesariamente ha de surgir la pregunta sobre la vinculación de las operaciones de fusión nacionales a las pautas exteriores. En otras palabras, debe reflexionarse sobre la estrecha dependencia que los procesos seguidos en nuestro país tienen con relación a los fenómenos de integración empresarial, en los cuales el posicionamiento de las empresas europeas ante el mercado único no es, a su vez, mas que un reflejo de la tendencia generalizada a nivel mundial de fortalecer posiciones de dominio en el

mercado. Esta vinculación como ha podido comprobarse resulta mas plausible, a la luz de los anteriores datos que evidencia la interconexión de nuestros índices de crecimiento con los de los países de nuestro entorno.

Una respuesta favorable de esta índole privaría de eficacia a una política incentivadora de las fusiones desde instancias gubernamentales, por cuanto vendría a regular una realidad cuya causa se produce al margen de los deseos de la propia ley. No se trataría de impulsar determinadas fusiones en beneficio de la economía nacional, sino de regular las que se producen a instancias del mercado nacional y, cada día mas, internacional. Esta conclusión traería, por lo tanto, como colorario la relativa ineficacia de la ley fiscal de diciembre del 80 en la medida en que de los hechos parece desprenderse que la realización de las fusiones y escisiones sigue el cauce normal de las exigencias del mercado, sin que la existencia de un trato de favor a estas operaciones haya alterado el ritmo de su realización. De esta forma la normativa aplicable se muestra distorsionante de la actividad económica, al conceder importantes beneficios a determinadas empresas acogidas a la misma, sin que por sí consiga alterar las

tendencias normales de aquella actividad <sup>95</sup>. Por ello, y a esto se dedicarán las líneas correspondientes a las propuestas de modificación del régimen fiscal subsiguientes, será necesario reorientar la regulación fiscal para que admitiendo la realidad de la operatoria mercantil, sujeta a sus propias necesidades de orden económico financiero, no se produzcan quiebras de las reglas del mercado, consiguiendo, así, una neutralidad de la política fiscal que aparece a todas luces como necesaria.

En este contexto, es por lo que puede afirmarse que la norma del ochenta no ha cumplido el objetivo que pretendía: no ha sido tanto el origen de operaciones de fusión sino que ha venido a remolque de éstas, las cuales, a su vez, venían determinadas por la propias exigencias de la situación económica. De ahí, la inadecuación de sus normas, de modo que mas que

---

<sup>95</sup> A este respecto, Adiego, M. indica como conviene subrayar que el fin último de los procesos de fusión obedece a motivaciones de contenido económico: dotar a las empresas de la dimensión óptima para el desarrollo de la actividad empresarial, aunque del análisis de la situación española puede concluirse que a "... ese objetivo de carácter sustantivo suele superponerse la intención de aflorar plusvalías no contabilizadas al amparo de la ya mencionada Ley 76/80,...". Conclusión que incide en el despropósito del régimen, al constituir la ventaja fiscal concedida en un instrumento de distorsión de la actividad del mercado. Adiego, M. "la nueva regulación de las fusiones". Rvta Actualidad Financiera nº 2. 1991.

incorrección técnica de las soluciones que ofrece su  
lastre radica en haber escogido una opción errónea  
conforme se han sucedido los acontecimientos económicos.

## **CAPITULO V**

## **CAPITULO V**

### **PROPUESTAS DE UN NUEVO REGIMEN FISCAL.**

El objetivo que pretende conseguirse en el presente capítulo se centra en la enunciación de los rasgos, entendemos, mas adecuados que deben inspirar el régimen fiscal de las fusiones y escisiones de empresas en los momentos vigentes.

Dichos rasgos no son sino una consecuencia de las deficiencias que presenta la Ley 76/80 y su desarrollo reglamentario y administrativo. Esta ley sobre el régimen fiscal respondía a una clara actitud incentivadora que, de los datos examinados, no parece que haya surtido el efecto inicialmente pergeñado por el legislador. Para la consecución de la misma, se preveía la concesión de importantes beneficios fiscales en favor de las empresas que se acogiesen, ya que el régimen era voluntario, a su amparo y, en contrapartida, se sometía a las citadas entidades a un riguroso o, al menos, prolongado proceso de comprobación que en último extremo

constituía el medio para permitir la fiscalización de la Administración de las decisiones económicas de los entes particulares. La consecuencia era efectivamente la obtención por parte de las empresas intervinientes de beneficios fiscales, a salvo siempre de la incertidumbre que todo el mecanismo implicaba, acompañado de un grado de distorsión de la actividad económica general. Distorsión tanto por la diferente posición entre las empresas favorecidas y las restantes de la rama que no hubieran instado procesos similares, algunos de los cuales carecerían de suficiente fundamento económico distinto al de la propia obtención de los beneficios fiscales, como por los gastos fiscales que el modelo implicaba, cuya evaluación total resulta imposible por las razones ya apuntadas.

En este contexto es donde se plantea la necesaria superación de la Ley vigente por otra con arreglo a los siguientes principios.

#### 1. NEUTRALIDAD IMPOSITIVA.

Frente a las concepciones que en su día propugnaban la utilización de la política fiscal como un instrumento de intervención en la actividad económica para la consecución de los fines diseñados en cada momento por el

Gobierno de la Nación, hoy prevalece entre los tratadistas de Hacienda Pública la idea de la neutralidad de las normas fiscales como un valor en sí. En este sentido, la normativa reguladora del régimen fiscal de las fusiones y escisiones de empresas ha de buscar igualmente este principio. No se trata de lograr un equilibrio entre las plusvalías que se afloran y los beneficios que se conceden, como hacía la Ley 76/80, sino de conseguir que la operación mercantil se produzcan por sus mismas exigencias sin que la incidencia fiscal sea un estímulo ni un inconveniente a su producción.

El mecanismo para hacer posible este principio de neutralidad no era desconocido para el legislador de 1980 que lo configuró como el régimen aplicable cuando se trataba de regular las consecuencias que para los socios -personas físicas o jurídicas- de las sociedades intervinientes en el proceso la operación implicaba. Tanto allí, en su momento, como con carácter general, en la actualidad, el diferimiento de la carga tributaria es el medio mas sencillo y neutral de considerar la operación. No se trata de minorar la carga tributaria en el momento de la operación sino de reconocer que ésta, la fusión o la escisión, no significa una obtención de renta gravable o una traslación patrimonial por la que haya que hacer frente a una responsabilidad tributaria.

De esta forma, en el ámbito de los impuestos sobre la renta el modelo que se propugna atiende a la consideración de la operación, en cuanto que protegida, como un hecho no relevante, calculándose los posibles incrementos o disminuciones de valor en las sociedades sucesoras con arreglo al valor que los bienes hubieran tenido en las primigenias sociedades si la operación no se hubiese realizado. De este modo, las variaciones patrimoniales efectivamente contabilizadas, en su caso, no se integrarán en las respectivas bases imponibles. De igual forma, los socios de las respectivas entidades valorarán las participaciones recibidas con arreglo a los valores históricos que tenían las que se entregan a cambio, posponiéndose toda variación patrimonial al momento en el que se enajenen los nuevos títulos recibidos.

Esta misma solución resulta plenamente aplicable al Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, admitiéndose la inexistencia de una transmisión computable en éste cuando se produzca el cambio de titularidad correspondiente en virtud de la operación de fusión. La solución ya había sido propuesta doctrinalmente como se vió al analizar el régimen legal legal vigente -Ley 76/80-, por lo que no caben mas argumentos que los allí esgrimidos en su defensa.

Con todo, puede resumirse que neutralidad frente a intervencionismo es el principio que se pretende de la regulación sobre fusiones y cuya consecución implica el cambio mas radical en la consideración de la solución previamente adoptada.

## 2. SIMPLIFICACIÓN NORMATIVA.

El procedimiento de beneficiar ciertas operaciones de fusión de acuerdo con lo visto en el apartado anterior exigía el establecimiento de un minucioso conjunto de requisitos y garantías que tendían a garantizar que tales beneficios se aplicasen correctamente. Esta supervisión se traducía inexorablemente en el sustanciamiento de un largo y tedioso expediente administrativo en el que las diversas instancias de la Administración Pública interesadas se pronunciaban en orden a garantizar que se había producido la necesaria supervisión del proyecto de fusión en marcha. Los requisitos de ejercicio de la actividad empresarial por plazo temporal mínimo, la comprobación de que los valores actualizados no fuesen superiores a los del mercado, la permanencia de los elementos actualizados en el balance social durante los plazos mínimos, etc. son puntos, entre otros, de obligatoria observancia.

Por contra, una regulación que norme la operatoria sobre la creencia de que la mejor solución pasa por la consideración de que la carga tributaria debe trasladarse al futuro, haciendo irrelevante la operación en sí como generadora de cuotas tributarias, no requiere tal conjunto de requisitos. En esta concepción, las rentas tributables se producirán de la misma forma que lo hubieran hecho en la sociedad absorbida o escindida, sin que la beneficiaria goce de un mejor trato por el hecho de la operación de fusión o escisión, de modo que los requisitos exigibles no tendrán por que ser distintos de los planteados para el conjunto de las sociedades en su normal funcionamiento. En esta línea, el exponente mas relevante de la simplificación vendrá definido por la innecesariedad de un expediente "ad hoc" que sirva de garante del cumplimiento de las condiciones exigidas. Decidido por las sociedades interesadas la iniciación de un procedimiento de fusión o escisión con arreglo a la normativa mercantil, la fiscalidad -la Hacienda Pública mas correctamente- se limitará a comprobar la efectiva realización del proceso, supervisando que el mismo no constituye un supuesto de fraude de ley, es decir, que el mismo no sea mas que la utilización de una normativa -la de fusiones-, plenamente vigente, para la realización de una operación sin otra finalidad que la evasión o la defraudación fiscal.

En resumen, la segunda nota que reuniría una regulación como la propuesta sería la de simplificación. Esta mayor sencillez resulta de la menor exigencia de requisitos que serían necesarios en orden a garantizar su correcta aplicación y se traduciría no solo en la ausencia de aquéllos sino en la omisión del procedimiento administrativo necesario para la constatación de su verificación.

### 3. NO ESTANQUEIDAD TRIBUTARIA.

Con este término de tan fecundas connotaciones en el ámbito tributario quiere hacerse mención a la superación de la situación a la que la Ley 76/80 tuvo que hacer frente. Como ya se expuso en su momento, la normativa fiscal asumió en algunas ocasiones -en relación a la escisión en todas- el papel de norma sustantiva ante la cierta insuficiencia de la tradicional regulación mercantil al efecto. Publicada la Ley 19/89, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de Sociedades, se ha alterado el régimen vigente en diversos artículos del Código de Comercio y, muy sustancialmente, la regulación de las Sociedades Anónimas, lo que ha exigido la publicación de un texto refundido de tan

básica normativa en el que se incorporan muchas de las cuestiones litigiosas al fin resueltas por la primera de las normas citadas. De esta forma se levanta la carga que la legislación fiscal había tenido que soportar al venir limitadas muchas de sus soluciones por la falta de precepto habilitante o por la simple oposición de las normas mercantiles. Una vez que la institución perfila sus contornos con arreglo a la norma que esta realmente llamada a definirlos, la mercantil, la construcción fiscal puede prescindir de la enumeración de muchos de los requisitos que antes era imprescindible detallar y, por lo tanto, limitar su actividad a señalar cuáles son las consecuencias que en el plano puramente tributario se desprenden de la realización de las operaciones societarias. Dicha actividad comporta no sólo el aspecto cesante de no hacer una delimitación propia de la institución sino la asunción por parte de la esfera fiscal de la construcción mercantil. Se salva, de esta forma, la tentación de configurar las operaciones de fusión o escisión no como hechos ocurridos en el devenir de la vida de las sociedades sino como acontecimientos aislados en el desarrollo de éstas, debiendo ser sometidos a tributación como tales operaciones inconexas. Esta solución, vigente en un momento pasado, prescinde de la realidad en que la operación en sí consiste: no es una transmisión de una pluralidad de elementos aislados a

cambio de unos valores participativos en el capital de otras sociedades sino una sucesión universal en la posición de una sociedad por otra que asume sus titularidades jurídicas de forma global y en virtud de las disposiciones legales. Dicho posicionamiento de las esferas jurídicas mercantil y fiscal trae como fructíferas consecuencias, entre otras:

- la identidad de los criterios definitorios de las instituciones de fusión y escisión;
- la independencia de las soluciones adoptadas, de modo que manteniendo la identidad de definición, la norma fiscal prevé la no traslación a la base tributaria de las variaciones patrimoniales a que los procesos descritos den lugar; y
- la no imposición de distorsiones en la realidad económica empresarial al exigirse valoraciones contables exclusivamente motivadas por fenómenos fiscales de cálculo de las relaciones de canje de acciones.

Podría seguirse enumerando circunstancias similares a las anteriores pero todas ellas se resumen en los principios, ya comentados, de neutralidad impositiva y simplicidad normativa que permiten enunciar éste de no estanqueidad tributaria con el que no quiere sino ponerse

de relieve la insistencia de que la modificación que se propone de la regulación fiscal no se produzca de espaldas, o al menos al margen, de la construcción mercantil mas reciente.

No pueden cerrarse estas líneas sin reconocer que dicha regulación, que aquí hemos denominado como propuesta, no pertenece al mundo del porvenir sino que se encuentra dentro de las disposiciones en vigor desde el primero de enero de este año. Lo significativo de todo ello no es que esta nueva regulación recoja unas líneas mas o menos acordes con ciertas exigencias comunitarias o que venga a resolver algunas lagunas anteriormente existentes sino remarcar que su nuevo perfil obedece a un cambio de orientación de la política fiscal que al prescindir de una intención intervencionista en la actuación económica cambia el planteamiento de la regulación fiscal, haciendo innecesarias ciertas precauciones e inadecuadas ciertas soluciones. La sucesión de una a otra regulación se produce de forma discontinua porque cada una obedece a principios opuestos, estando los que inspiraron la primera de las soluciones comparadas desbordados por el desarrollo de la actividad empresarial. De ahí el cambio experimentado.

## **CAPITULO VI**

## **CAPITULO VI**

### **CONCLUSIONES**

Llegados a este punto, no procede sino exponer sucintamente las principales conclusiones del trabajo realizado.

**Primera.** La fusión y la escisión de empresas son una parte del conjunto de fenómenos que se producen en el normal devenir de las empresas. Estas, a semejanza de los organismos vivientes, experimentan necesidades de progresiva adaptación a su entorno, sufren las tensiones que todo crecimiento y desarrollo de un ser vivo genera. En este proceso de aclimatación a los requerimientos del entorno económico, las sociedades pueden adoptar una pluralidad de formas de reasignación de sus recursos de modo que éstos se empleen mejor y mas efectivamente. Dentro de todo este mecanismo, la fusión y, su natural contraparte, la escisión son una especialidad mas que revisten notas definitorias propias.

**Segunda.** La causa u origen de todos estos procesos de desenvolvimiento empresarial es precisamente

el entorno económico en el que se desarrollan las actividades que constituyen su objeto social. La sociedad no se mueve por pura iniciativa, sino que es la necesidad de hacer frente a los desafíos que condicionan la supervivencia de la misma como unidad económica autónoma la que impone la transformación. Las fusiones y las escisiones, al igual que todos los procesos de integración o desmembración empresarial, son el resultado de la tendencia de la empresa a mantenerse en el mercado en las mejores condiciones competitivas posibles, siendo las cambiantes situaciones de la actividad económica las que dictan el rumbo que ha de seguirse. De este modo, los procesos de fusión no son hechos aislados normalmente sino que se producen dentro de una dinámica nacional e internacional de toma de postura ante el conjunto de las entidades económicas restantes.

**Tercera.** Si las operaciones aquí consideradas tienen un origen y una explicación de contenido, básicamente, económico, su consecución no puede hacerse prescindiendo del concepto de "sociedad". La empresa es una realidad económica que puede ser abordada desde esta perspectiva, pero su configuración, aún en el mundo de las propias relaciones económicas, solo puede ser entendida en nuestros días dentro del concepto de sociedad como titular de distintas posiciones jurídicas

frente a terceros. Con esto, se pone de relieve que tales operaciones no pueden quedar al margen de una regulación normativa que las delimite y defina frente a otras posibles actuaciones sociales. Dicho proceder se efectúa en garantía de los propios socios, de los terceros que se relacionan con ellos y de cualesquiera otras personas que puedan ver afectados sus legítimos intereses.

Desde esta perspectiva, el pensamiento jurídico mercantil tradicionalmente ha regulado los procesos de fusión y escisión como operaciones que se suceden en el desarrollo social, a semejanza de la constitución, aumento y disminución de capital, transformación, etc., y al hacerlo así, las norma con carácter unitario, con unas características definitorias e individualizadoras frente a otras actuaciones de la empresa de contenido similar. De esta forma, se ha rechazado la idea de la fusión o la escisión como un mero conjunto de actos inconexos y cuyo resultado sería la atribución de diversos elementos patrimoniales a otras entidades a cambio de un precio satisfecho en especie: las participaciones sociales.

En consecuencia puede hablarse de un "instituto de la fusión", que explica esa variedad de relaciones que se producen en la fusión, de naturaleza patrimonial y social, como partes integrantes de una operación societaria que presenta como rasgos básicos la traslación

patrimonial mediante sucesión universal entre al menos, una sociedad que se extingue, y otra que entrega a cambio valores representativos de su capital.

**Cuarta.** En la medida en que viene afirmándose que la fusión y la escisión son operaciones de contenido económico con una definición o explicitación jurídica, resultan, de igual modo, susceptibles de generar hechos relevantes en el plano de la fiscalidad.

Efectivamente, ésta no ignora a las operaciones de fusión y escisión como realidades con incidencia fiscal. Aunque no ha sido aquí desarrollado, los diversos tributos ofrecen un tratamiento propio según el objeto imponible gravado en cada uno de ellos. Junto a ello, es la norma especial, que ha centrado nuestro interés, la que confiere a la operatoria empresarial unas notas más nítidas. La Ley 76/80 ha ido remarcando, tanto por vía interpretativa como por las sucesivas modificaciones en ella introducida, la base económica de la operación, reconociendo que es el substrato empresarial el que debe inspirar la solución que se adopte. La exigencia de un ejercicio efectivo de las actividades empresariales, la inclusión en su ámbito de aplicación del patrimonio del empresario individual, la vinculación de los beneficios concedidos al efectivo funcionamiento de la unidad económica son, entre otras, notas de la regulación fiscal que revelan la consideración de este legislador respecto

de las operaciones como hechos económicos de la vida de las empresas.

Por tanto, la empresa como unidad económico financiera aparece en el centro de atención de esta regulación fiscal frente a una conceptualización jurídica mercantil de la operación mas preocupada en regular y garantizar los intereses de todos los afectados en el proceso social.

**Quinta.** Asumida la transcendencia económica de las operaciones por la legislación fiscal, el tratamiento que la norma tributaria brinde a la institución dependerá de su propia definición, de los principios rectores del Ordenamiento Fiscal y de las propias directrices de la política fiscal que en cada momento se esté llevando a cabo. En esta consideración, la Ley 76/80 por la que se regula el régimen fiscal de las Fusiones de Empresas y su norma de desarrollo, conciben la fusión y la escisión como un momento oportuno de incidir en el desenvolvimiento de la marcha empresarial, encauzando los procesos económicos con la plausible intención de mejorar las condiciones económicas generales de la nación. Tan rotunda afirmación se instrumenta mediante la concesión de una reducción de la carga tributaria potencial de las empresas que intervienen en la fusión, lo que se traduce en un reparto social, vía incremento del gasto fiscal, de

esos beneficios concedidos a determinadas empresas. Su justificación no es otro que el interés nacional, sin el cual el sistema carecería de legitimidad.

Por tanto, la norma fiscal no solo reconoce la justificación económica de estas operaciones sino que por esa vinculación con el desarrollo empresarial y la marcha de la economía nacional ofrece ventajas fiscales sustanciales a las empresas intervinientes.

**Sexta.** La bondad de la solución fiscal apuntada dependerá no solo de la corrección técnica de la misma, sino que también habrá de someterse a un examen finalista. En este sentido, se trata de comprobar si la norma ha conseguido o no los objetivos que el legislador se encomendó. El interrogante que plantea este trabajo es, pues, fijar en que medida los procesos de fusión y escisión empresarial en España son una respuesta al incentivo fiscal. Si la correlación entre dichas operaciones y los beneficios fiscales otorgados fuese estrecha, tendría pleno sentido asumir el coste fiscal que el modelo plantea. Por el contrario, si no fuera posible establecer un nexo entre operaciones bonificadas y marcha de la economía, en términos nacionales, no resultaría defendible un modelo que reparte colectivamente un apoyo a la actividad empresarial, sin

que se traduzca en mejora de las condiciones económicas de la Nación.

La respuesta a esta interrogación, consecuencia de la verificación de los datos disponibles, no permite asegurar que el fenómeno de concentración empresarial - fusión o escisión- en nuestro país haya respondido a los incentivos fiscales concedidos. Las operaciones de fusión o escisión no han sido el resultado de la decisión nacional, concretada en la política del gobierno, sino que han surgido del propio desarrollo económico experimentado y a impulsos del mismo. Dicha conclusión encuentra su fundamento en las tres vías analizadas:

- el examen de los beneficios concedidos, su reparto por sectores económicos y su elevada concentración en algunos procesos individuales evidencian que la motivación de éstos puede explicarse más desde una óptica puramente empresarial, que desde el fomento y mejora de las estructuras productivas de España.
  
- la actividad industrial española no guarda una significativa unión con los procesos de fusión desarrollados y sí presenta una clara relación al alza y a la baja con la coyuntura internacional.

- el examen de las operaciones con trascendencia en la Bolsa de Valores madrileña centra más el motivo y justificación de las operaciones en ella llevadas a cabo en las condiciones empresariales, que en un influjo de la normativa fiscal.

De esta forma debe concluirse que, el beneficio fiscal concedido implica un coste social que no revierte en favor de la colectividad sino de las empresas destinatarias del mismo y , en consecuencia, debe afirmarse la falta de bondad del régimen fiscal especial en los términos analizados.

**Séptima.** El modelo diseñado por la ley fiscal del ochenta ha desplegado sus efectos durante algo mas que una década. Durante la misma se han producido importantes acontecimientos que, a la postre, han aconsejado su superación. De un lado, la efectiva integración en el marco de las Comunidades Europeas ha supuesto la necesidad de reconducir las soluciones jurídicas a cauces homogéneos con el conjunto de los restantes países, con una mas amplia y profunda regulación de la operación de fusión y escisión. De otro, la intensificación de la interdependencia económica obliga a ofrecer soluciones fiscales que no interfieran

los procesos de toma de decisiones, evitando beneficiar a sujetos concretos sin un interés nacional que salga fortalecido y eludiendo coartar la marcha normal de las sociedades por las restricciones fiscales que surjan en su proceso de concentración. De la confluencia de estas causas se deriva la conveniencia de sustituir un modelo diseñado para una situación económica concreta, cuyos efectos se revelan como progresivamente mas costosos e ineficaces en los términos expuestos, por otro mas capaz de hacer frente a las exigencias contemporáneas.

**Octava.** El diseño de una nueva regulación fiscal para las operaciones de fusión y escisión debe reconocer y ponderar como piedra angular de toda su construcción la motivación económica de las mismas.

Si aquéllas surgen a impulsos de la necesaria adaptación de la empresa a su entorno en una reasignación de sus recursos, la fiscalidad no debe suponer un obstáculo al proceso. Recobra, de esta forma, fuerza la idea de la neutralidad de la legislación fiscal sobre la realidad económica en la que incide. Por ello, la propuesta de regulación contenida en capítulos anteriores se centra en afirmar a la empresa, en cuanto que unidad económica financiera, como objetivo de la regulación fiscal, considerando que por la realización de alguno de estos procesos no debe derivarse una carga tributaria

para las sociedades intervinientes. La operación no debe suponer una alteración patrimonial gravable, sino que esta carga tributaria surgirá, en su caso, normalmente, cuando la sociedad sucesora realice las operaciones normales de su tráfico y se sitúe en la posición de la sociedad extinguida. La idea fundamental es, pues, la de considerar que la operación de fusión o de escisión no es en sí origen de responsabilidad tributaria.

Los tributos ni deben potenciar la decisión empresarial de readaptación de su dimensión a través de estos procesos de fusión y escisión ni deben suponer una restricción a su desarrollo.

De esta forma, el régimen fiscal que se propone, llamado a sustituir el modelo instaurado por la Ley 76/80, reconoce plenamente la naturaleza económica de las operaciones de fusión y escisión de empresas, su motivación económico financiera dentro de la realidad empresarial y la exigencia actual para que éstas puedan desarrollarse sin que la fiscalidad sea un elemento determinante de su producción. La distorsión que la fiscalidad previa introducía en el desenvolvimiento de la actuación empresarial no se traducía en una mejora de las estructuras económicas generales de la Nación sino en un elevado grado de incertidumbre que en nada beneficiaba la actuación económica. La regulación que se avanza, por el contrario, pretende garantizar una consideración mas

neutral de las operaciones mediante un diferimiento en el tiempo de la citada carga tributaria que se hará efectiva en el momento en el que lo hubiera sido para la sociedad si no hubiera mediado la operación en sí. De esta forma, las empresas podrán cubrir sus objetivos de acuerdo con sus propias exigencias de contenido económico sin que deban condicionar su desenvolvimiento a incentivos fiscales extraños al normal desarrollo de su actividad.

## **BIBLIOGRAFIA**

## BIBLIOGRAFÍA

ADIEGO, MARÍA

"La nueva regulación de las fusiones".  
Rvta. Actualidad Financiera nº2, 1991.

ALBIÑANA CILVETI, CÉSAR.

"La escisión de sociedades".  
Rvta. Hacienda Pública Española nº 94, 1985.

ARNAU ZOROA, FRANCISCO.

"Régimen fiscal de las fusiones, escisiones, aportación de activos y canje de valores (Derecho Español Ley 29/1991 / Directiva Comunitaria 90/434/CEE)".  
Rvta. Gaceta Fiscal nº 96, 1992.

BERNAL MIRA, JAVIER.

"Fusiones y adquisiciones de empresas".  
Rvta. CISS Tribuna Fiscal nº 5 y 6, 1991.

BERTRAN MENDIZABAL, FERNANDO.

"Aspectos jurídicos de las fusiones y adquisiciones de empresas".  
Fusiones y adquisiciones de empresas. Diálogos de economía. Ed. María de Molina. Madrid, 1978.

BERTRAN MENDIZABAL, FERNANDO / CLAR GARAU, RAIMUNDO.

"La escisión de sociedades".  
Rvta. Crónica Tributaria nº 37, 1982.

BOTELLA GARCIA LASTRA, CARMEN.

"Las fusiones y adquisiciones de empresas: el período impositivo".  
Rvta. Crónica Tributaria nº 54, 1984.

BOTELLA GARCIA LASTRA, CARMEN / GONZALEZ ROSELL, ANTONIO.

"Régimen fiscal de las fusiones y adquisiciones".  
Rvta. Escuela de Hacienda Pública nº 3.

BUENO CAMPOS, EDUARDO / CRUZ ROCHE, IGNACIO / DURAN HERRERA, JUAN JOSÉ.

"Economía de la empresa. Análisis de las decisiones empresariales".  
Ed. Pirámide SA. Madrid, 1980 2ª edición.

BURGOS, JOSE MANUEL / MARTINEZ, JOSE RAMÓN / OLABARRI, PABLO.

"La reforma de la Legislación mercantil".  
Ed. CDN Ciencias de la Dirección SA. Madrid 1990.

CADARSO GARGALLO, PEDRO.

"Régimen fiscal en favor de la concentración de empresas".  
Rvta. Española de Financiación y Contabilidad nº 37 y 38, 1982.

CARRERA GIRALT, JUAN.

"La Ley de Sociedades Anónimas y su interpretación por el Tribunal Supremo".

Ed. Cymys. Barcelona, 1976.

COLMENAR VALDES, SALVADOR.

"Las leveraged buys-out, las fusiones y la deducción de los gastos financieros".

Rvta. Impuestos nº 11, 1989.

CORONA MARTIN, RAFAEL / CORONA ROMERO, ENRIQUE.

"Principios contables y fiscalidad de las fusiones y escisiones de empresas".

AECA IV Congreso. Barcelona, Octubre 1987.

DE LA HUCHA CELADOR, FERNANDO.

"El nuevo régimen fiscal de las fusiones, escisiones, aportación de activos y canje de valores: estudio de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre".

Rvta. Crónica Tributaria nº 62, 1992.

DELGADO GONZALEZ, ANTONIO FRANCISCO.

"Beneficios fiscales en la fusión de empresas: el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana".

Rvta. Impuestos nº15 y 16, Agosto 1989.

DEPARTAMENTO DE CONTABILIDAD DE LA AEAP.

"La fusión de sociedades".

Rvta. Auditoría y Contabilidad.

DIBOUT, PATRICK / LE GALL, JEAN PIERRE.

"La tributación de las uniones entre sociedades en la Comunidad Europea".

Rvta. Derecho Internacional nº8. 1990.

DIEZ MONASTERIO, FÉLIX DE LUIS.

"La Directiva de la CEE sobre el régimen fiscal de las fusiones internacionales".

Rvta. Carta Tributaria (Monografías) nº128, Enero 1991.

DUQUE DOMINGUEZ, JUSTINO.

"La fusión en el proyecto de reforma de las sociedades de capital y su comparación con el derecho comunitario de la Tercera Directiva".

Rvta. Derecho Bancario y Bursátil nº 32.

DUQUE DOMINGUEZ, JUSTINO.

"La escisión de sociedades". En la obra "Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría".

Ed. Civitas. Madrid 1978

FERNANDEZ PIRLA, JOSÉ MARÍA.

"Perspectivas futuras de la empresa".

Jornada en el Colegio de Economistas de Madrid, 1 de octubre de 1991.

FERNANDEZ PIRLA, JOSÉ MARÍA.

"Economía y gestión de la empresa".

Ed. ICE. Madrid 1970.

GARCIA ORDAZ, MERCEDES / MARTINEZ LOPEZ, FRANCISCO.

"El papel de la Dirección de Información en la fusión de las entidades financieras".

Rvta. Actualidad Financiera nº 17, 1991.

GARRIGUES, JOAQUÍN / URÍA, RODRIGO.

"Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas".

Madrid 1976 3ª edición.

GONZALEZ, ÁNGEL LUIS.

"Aspectos fiscales y contables de la contabilización de los activos y el canje en las operaciones de fusión de sociedades".

AECA IV Congreso. Barcelona. Octubre 1987.

GONZALEZ CAYUELA, MARÍA DEL CARMEN.

"Escisión de sociedades: tratamiento fiscal".

Tesina de Licenciatura. Abril 1983.

GONZALEZ PARAMO, J.M. / ROLDAN, J.M. / SEBASTIAN, M.

"Aspectos de la política fiscal en España: 1985-1989".

Banco de España. Boletín Económico. Marzo 1992.

HUESCA BOADILLA, RICARDO.

"La fusión de sociedades en el ITP y AJD tras la aprobación de la nueva Ley de Sociedades Anónimas".

Rvta. Tribuna Fiscal nº 3. Enero 1991.

LARGO GIL, RITA.

"La información de los accionistas en la fusión de sociedades".

Rvta. Derecho Financiero y Hacienda Pública nº 202.

LED CAPAZ, JESÚS.

"La escisión de sociedades".

Rvta. Noticias CEE / CISS nº 14.

MARTINEZ SERRANO, JOSE ANTONIO / SANCHIS LLOPIS, AMPARO.

"Tendencias recientes en las fusiones y adquisiciones de empresas. Análisis económico financiero".

Rvta. Economía Industrial. Marzo-Abril 1990.

MASCAREÑAS PEREZ-IÑIGO, JUAN.

"Razones de las fusiones y adquisiciones de empresas".

Rvta. Actualidad Financiera nº 13. 1989.

MATEU-ROS CEREZO, RAFAEL.

"Régimen fiscal de la escisión de sociedades".

Rvta. Hacienda Pública Española nº 74. 1982.

MATEU-ROS CERREZO, RAFAEL.

"La fusión y la escisión como operaciones societarias sujetas a un régimen tributario especial (Aspectos financieros y bursátiles)", en la obra "Estudios sobre Tributación Bursátil" Capítulo XXI.

Ed. Civitas. Madrid 1987

MINISTERIO DE ECONOMIA Y HACIENDA.

"Memoria del Anteproyecto de Ley de adecuación de determinadas Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas".

MINISTERIO DE ECONOMIA Y HACIENDA.

Memoria Anual. Ejercicios 1985 / 1990.

MIÑARRO MONTOYA, RICARDO.

"Las fusiones de empresas y los impuestos indirectos".

Rvta. Actualidad Administrativa nº 21. Mayo 1989.

MUÑOZ DEL CAMPO, EUSEBIO.

"La concentración de empresas mercantiles en el Derecho Tributario Español".

Ed. Miñon SA. Valladolid 1987.

NAVARRO FERNANDEZ, GINÉS.

"Fiscalidad de las reducciones de capital en el IRPF y en el Impuesto sobre Sociedades".

Rvta. Impuestos nº 4. Febrero 1989.

ONRUBIA FERNANDEZ, JORGE.

"Régimen fiscal de las fusiones de empresas: una nota técnica".

Rvta. Actualidad Financiera nº 34. 1988.

ONRUBIA FERNANDEZ, JORGE.

"Supuesto práctico sobre el régimen fiscal de las fusiones de empresas".

Rvta Actualidad Financiera nº 10. 1990.

PABLOS ESCOBAR, LAURA / VALIÑO CASTRO, AURELIA.

"Normativa comunitaria en torno a la fusión y escisión de empresas".

Rvta. Actualidad Financiera nº 5. 1990.

PABLOS ESCOBAR, LAURA / VALIÑO CASTRO, AURELIA.

"Régimen fiscal de las fusiones de empresas".

Rvta. Actualidad Financiera nº 13. 1989.

PARDO CARMONA, MARIO.

"Doctrina administrativa sobre fusiones y escisiones de empresas".

Ed. Instituto de Estudios Fiscales. Documento de trabajo de la Secretaria de Estado de Hacienda nº 22. Octubre 1990.

PEREZ GOROSTEGUI, EDUARDO.

"Sobre la escisión de empresas".

Rvta. Actualidad Financiera nº 13. 1989.

REVELL, JACK.

"Las fusiones y el papel de los grandes bancos".

Rvta. Papeles de Economía Española nº 36. 1988.

RIVERO MENENDEZ, MARÍA DEL ROSARIO / RIVERO MENENDEZ, MARÍA JOSÉ / SANTOS PEÑALVA, JESÚS.

"La reacción de intercambio y el efecto sinergia en las fusiones de empresas".

Rvta. Actualidad Financiera nº 17. 1988.

ROJO RAMIREZ, ALFONSO.

"Contabilidad y fiscalidad de las fusiones de sociedades".

AECA IV Congreso. Barcelona 1987.

RUIZ ZAPATERO, GUILLERMO.

"La escisión de sociedades y el IVA".

Rvta. Impuestos nº 7. Abril 1989.

SAINZ MORENO, FEDERICO.

"Fusión de sociedades en régimen de acción concertada o de concentración de empresas".

Rvta. Derecho Mercantil nº 112. 1969.

SANCHEZ CALERO, FERNANDO.

"Propuesta de la Comisión de la CEE referente a las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas y su incidencia en la posición jurídica de los trabajadores de las sociedades fusionadas conforme al Derecho español".

Rvta. Noticias CEE / CISS nº 55 y 56.

SANCHEZ MIGUEL, MARÍA CANDELAS.

"Tercera Directiva del Consejo CEE relativa a la fusión entre sociedades anónimas (78/855/CEE)".

Rvta. Actualidad Financiera nº3. 1990.

SANCHEZ OLIVAN, JOSÉ.

"La fusión de sociedades. Estudio económico, jurídico y fiscal".

Ed. Edersa. Madrid 1987 2ª edición.

SANCHEZ OLIVAN, JOSÉ.

"Fusión de sociedades por absorción. Trascendencia fiscal de la diferencia entre el neto patrimonial aportado y el nominal de las acciones que se entregan a cambio".

Rvta. Derecho Financiero y Hacienda Pública, nº 202. 1989

SANCHEZ PINILLA, FEDERICO.

"Comentarios a las Leyes Financieras y Tributarias". Tomo XVIII, volumen segundo.

Ed. Edersa. Madrid 1984.

SANZ GADEA, EDUARDO.

"Régimen fiscal y contable de la fusión".

Ed. Centro de Estudios Financieros. Madrid 1989.

VILLA GIL, JOSE MARÍA.

"La armonización comunitaria en el ámbito de la imposición directa".

Ed. Instituto de Planificación Contable. Madrid 1988.

ZURDO RUIZ-AYUCAR, JUAN.

"El IVA en la cesión de empresas e industrias".

Rvta. Impuestos, nº 1. 1987