

LA DOBLE IMPOSICIÓN EN LA DIRECTIVA 2009/133/CE SOBRE OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN DE EMPRESAS Y EL MODELO DE CONVENIO DE LA OCDE EN EL MERCADO INTERIOR EUROPEO*

DOUBLE IMPOSITION ON THE COUNCIL DIRECTIVE 2009/133/EC
REGARDING CORPORATE RESTRUCTURING OPERATIONS AND THE OECD
MODEL CONVENTION WITHIN THE EUROPEAN INTERNAL MARKET
LA DOUBLE FICALITÉ DANS LA DIRECTIVE 2009/133/CE SUR OPÉRATIONS
DE RÉSTRUCTURATIONS DES ENTREPRISES ET LE MÔDELE D'ACCORD
DE LA OCDE DANS LE MARCHÉ INTÉRIEUR EUROPEEN

FRANCISCO MEDINA SUÁREZ**

RESUMEN

El presente estudio comprenderá la exposición de las consideraciones sobre los beneficios y aportaciones de la Directiva 2009/133/CE sobre fusiones, escisiones, aportaciones de activos y establecimientos permanentes y canje de valores, en relación al fenómeno de la doble imposición internacional en el contexto del mercado interior europeo. En particular, se realizará un análisis del ámbito de aplicación de la norma, sus presupuestos materiales, los límites que presenta la aplicación de la norma en estas cuestiones y las repercusiones que se derivan. Además, se realizará un estudio sobre la suficiencia o insuficiencia de las medidas comprendidas en la Directiva para evitar o eliminar la doble imposición y sus consecuencias, desde el prisma de los principios materiales de justicia tributaria, equidad y neutralidad en el marco del mercado interior europeo.

PALABRAS CLAVE: Doble imposición internacional – Impuestos – Fusiones – Escisiones – Aportaciones de activos – Unión Europea

ABSTRACT

This research expose the considerations made regarding the benefits and contributions of the Council Directive 2009/133/EC on mergers, divisions, transfers of assets and permanent establishments and exchange of shares, linked to the phenomenon of international double imposition in the European inner market context. Particularly, it analyse the scope of these norms, its material presumptions, the limits regarding its applicability and the repercussions arising from them. Additionally, it analyse the sufficiency or insufficiency of the measures included in the Council in order to avoid or eliminate double imposition and its consequences, from the perspective of the taxation principles of equity and neutrality in the European inner market.

* Artículo recibido el 9 de septiembre de 2015 y aceptado para su publicación el 27 de noviembre de 2015.

** Abogado. Doctorando de la Universidad Antonio de Nebrija. Correspondencia a: Correo electrónico fmedinas@alumnos.nebrija.es.

KEYWORDS: International double imposition – Taxation – Mergers – Divisions – Transfers of assets – European Union

RÉSUMÉ

Il s'agit d'un exposé concernant les bienfaits et contributions de la Directive 2009/133/CE sur fusions, divisions, apport d'actifs et établissements permanentes et échanges de valeurs par rapport au phénomène de la double fiscalité internationale dans le contexte du marché intérieur européen. Notamment, on va entamer une analyse du domaine de l'application de la règle, les présupposés matériels, les limites qu'on peut envisager dans l'application de la règle dans ces sujets et les effets. En outre, on va étudier la suffisance ou insuffisance des mesures comprises dans la Directive pour éviter ou exclure la double fiscalité et ses conséquences, à partir des principes matériels de justice fiscale, l'équité et neutralité dans le cadre du marché intérieur européen.

MOTS CLÉS: Double fiscalité internationale – Impôt Fusions – Divisions – Apport d'actifs – Union Européenne

1. LA DOBLE IMPOSICIÓN SOBRE LAS OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL EN LA UNIÓN EUROPEA

Las operaciones de reestructuración de empresas en el tráfico económico internacional y los escollos de naturaleza fiscal que se le presentan erigen una realidad insoslayable que los países miembros comunitarios deben abordar con la mayor eficacia posible. Aunque esta cuestión no es nueva, pues ya se planteó a finales de la década de los 60, el dinamismo de este tipo de reestructuraciones societarias exige una mayor atención por parte de los socios comunitarios para evitar la presencia de obstáculos de naturaleza fiscal y de cualquier otra índole sobre aquellas operaciones. Kergall señala la necesidad de conciliar la neutralidad fiscal y la lucha contra la evasión fiscal en operaciones de esta naturaleza¹.

Los problemas en la reestructuración de empresas² a escala comunitaria se han presentado fundamentalmente en el terreno jurídico, como en las disparidades de los regímenes legales societarios, donde se plantean distintas complejidades técnicas en las nociones de fusión³ y escisión⁴; las dificultades para solventar

¹ KERGALL, Y. (1987). "Transfert d'actifs vers et hors d'une juridiction fiscale". En: *Cahiers de Droit fiscal international*, IFA, p. 102.

² Sobre los conceptos de reestructuración y concentración, vid. NAVARRO EGEA, Mercedes (1997). *Fiscalidad de la reestructuración empresarial. La fusión y la escisión*. Madrid: Marcial Pons.

³ NAVARRO EGEA (1997); CORRIENTE CÓRDOBA, José Antonio (1979). "La fusión internacional de sociedades". *Anuario de Derecho Internacional*, pp. 323-334. El autor señala que algunas legislaciones prevén las fusiones interna e internacional. Por el contrario, otras solamente contemplan la fusión interna; otras admiten ciertas modalidades de fusión internacional, por ejemplo, la absorción de una sociedad extranjera por otra nacional, pero no el supuesto contrario. A la vez, otros ordenamientos jurídicos impiden de manera concienzuda cualquier fusión entre sociedades nacionales y foráneas mediante la implantación de dificultades de diversa índole; la regulación jurídica de los requisitos formales, materiales y patrimoniales para la fusión, las garantías para los accionistas o partícipes, y los acreedores, etc., varían sustancialmente entre los distintos ordenamientos jurídicos.

⁴ NAVARRO EGEA (1997); PINILLA NAVARRO, María; GUINOT ALMELA, María; LOMBA BLASCO, Pedro (1994). "Fusiones, escisiones, aportaciones no dinerarias y canje de valores". En: *Adaptación del Sistema Tributario*

conflictos sobre la ley aplicable a este tipo de operaciones⁵; la coexistencia de un sistema de representación de los trabajadores en las empresas previsto en Francia y Alemania, no reconocido en el resto de países comunitarios, y las dificultades de naturaleza fiscal ligadas a dichas operaciones. Este último se presentó como uno de los temas complejos debido a la variedad de cuestiones a considerar⁶, entre las que cabe destacar la pérdida de residencia de las sociedades absorbidas o escindidas transfiriéndose al exterior, en detrimento de los intereses de las soberanías fiscales implicadas en esas operaciones⁷.

Las condiciones análogas a las de un mercado nacional que exige el mercado interior europeo requieren que las operaciones de reestructuración de empresas puedan desarrollarse libremente, evitando distorsiones, restricciones o discriminaciones derivadas de disposiciones fiscales o de cualquier otra naturaleza, como es la doble imposición⁸, logrando la necesaria neutralidad fiscal⁹. Como afirman Carbó y Rodríguez¹⁰, el peso de las fusiones y escisiones internacionales a escala comunitaria supondrá la integración de los mercados de propiedad, de los mercados de directivos, de los mercados de capitales en la Unión Europea, lo que se traduce en el surgimiento de un verdadero acervo común europeo (en el sistema financiero) que permita la conquista de nuevos mercados y aumente el potencial de las empresas¹¹.

La consecución de este tipo de transacciones favorece la creación y reestructuración de los grupos de sociedades europeos en consonancia con los fundamentos recogidos en el preámbulo de la Directiva 2011/96/UE y la libre circulación de capitales, factores de producción, mayor productividad y mejora de la competitividad internacional de las empresas en el mercado interior europeo. Piénsese en el ejemplo de una sociedad, residente en España, que por razones de productividad

al Estado de Derecho, Pamplona: Asociación Española de Asesores Fiscales, pp. 237-268. Vid. las distintas modalidades de escisión desgranadas por los autores, en relación a la ley Nº 29/1991, referidas a la escisión simple, compleja y combinación de fusión y escisión.

⁵ CORRIENTE CÓRDOBA (1979).

⁶ NAVARRO EGEA (1997).

⁷ STEVANATO, Darío (2003). "Las reorganizaciones internacionales de empresas". En: *Curso de Derecho Tributario Internacional*, Bogotá: Temis, pp. 331-378.

⁸ En el mismo sentido, CUESTA CABOT, Gerardo (2011). "La corrección de la doble imposición en fusiones y escisiones: el tratamiento fiscal del fondo de comercio y otras cuestiones conexas". *Revista de Contabilidad y Tributación*, Nº 338, pp. 55-84; SÁNCHEZ JIMÉNEZ, María de los Ángeles (1995). *La doble imposición internacional en la Unión Europea. Especial consideración del Impuesto de Sociedades*. Madrid: La Ley; DE LUIS DÍAZ MONASTERIO GUREN, Félix (1991). "La Directiva de la C.E.E. sobre el régimen fiscal de las fusiones internacionales". *Carta Tributaria*, Nº 128, pp. 1-10.

⁹ Vid. LÓPEZ IRANZO, Fernando (1992). "La neutralidad fiscal en la nueva ley de las fusiones y escisiones de empresas". *Impuestos*, Nº 2, pp. 150-173.

¹⁰ CARBÓ VALVERDE, Santiago y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Francisco (2004). "Las fusiones y adquisiciones de entidades financieras en la Unión Europea: evidencia". *Cuadernos de Información Económica*, Nº 180, pp. 71-78.

¹¹ ESCRIBANO MARTÍNEZ, Alfredo (1973). "La fiscalidad de las fusiones empresariales fuera de España". *Hacienda Pública Española*, Nº 24-25, pp. 395-417.

y racionalización de sus activos decide escindir una rama de su actividad a otra entidad de nueva creación en el mismo país. Pues bien, la transmisión de esta rama de actividad a la nueva sociedad puede generar unas plusvalías produciendo un gravamen, en mayor o menor medida, por el impuesto sobre sociedades, así como en otras figuras impositivas como el impuesto sobre la renta de las personas físicas residentes y no residentes que recae sobre los socios, impuestos locales sobre las plusvalías¹², impuestos sobre transmisiones¹³⁻¹⁴, impuesto sobre el valor añadido¹⁵, entre otros¹⁶, cuyo coste impositivo puede mermar dicha operación de reestructuración empresarial¹⁷. Por ello, resultaría menester remover obstáculos de esta naturaleza por parte de los países comunitarios que permitan una mejor racionalización y planificación económica y mercantil de los efectivos de los grupos empresariales comunitarios.

Las plusvalías generadas en las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos y canje de valores pueden dar lugar al fenómeno de la doble imposición internacional repercutiendo negativamente en dichas operaciones, frustrando la ejecución de las mismas o localizando las empresas en aquellas jurisdicciones con un régimen fiscal más favorable, pero donde la localización de las empresas derivadas de las operaciones de concentración no serían altamente productivas ni se traduciría necesariamente en la mejora de la competitividad de aquellas. Nótese el ejemplo de una fusión por parte de la sociedad A, residente en España, con la sociedad B, residente en Francia. Algunos de los bienes de la sociedad francesa están situados en Portugal. En este caso, podría producirse un supuesto de doble imposición jurídica sobre los bienes situados en Portugal por parte de dicho país y por el Estado francés. Todo ello con independencia de que las autoridades españolas pudieran considerar que la transmisión de todos o parte de algunos de esos bienes se entiendan realizados en territorio español. En consecuencia, el fenómeno de la doble imposición jurídica podría quebrantar la operación de

¹² En España, estas operaciones serían gravadas por el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana previsto en los artículos 104 y siguientes del *Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales* (BOE de 9 de marzo de 2004 y corrección de errores de 13 de marzo).

¹³ Vid. BLÁZQUEZ LIDOY, Alejandro (2005). "Determinación en la norma aplicable en el régimen privilegiado de fusiones y escisiones: los cambios legislativos realizados después del proyecto de fusión o escisión y antes de la inscripción en el registro". *Revista de Contabilidad y Tributación*, Nº 263, pp. 53-92.

¹⁴ Aunque el artículo 19.2 del Real Decreto Legislativo Nº 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el *Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados* español (BOE de 20 de octubre de 1993), contempla estas operaciones como no sujetas, y el artículo 45.IA.24 dispone la exención de determinadas operaciones de reestructuración.

¹⁵ Artículos 4º y 7º de la ley Nº 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido española (BOE de 29 de diciembre de 1992 y corrección de errores de 8 de febrero de 1993).

¹⁶ Dependiendo de la configuración del sistema tributario de cada país.

¹⁷ NAVARRO EGEA (1997).

concentración empresarial evitando que la sociedad A pueda mejorar su productividad y competitividad.

Este tipo de operaciones requieren la presencia de normas fiscales neutras en el marco jurídico del mercado interior europeo que permitan que aquéllas se planifiquen y materialicen con la normalidad y el dinamismo que las exigencias del mercado precisen en cada momento. Y eliminar las distorsiones tributarias, en particular, las discriminaciones fiscales y dobles imposiciones derivadas de la diversidad de las legislaciones tributarias en los países comunitarios¹⁸ sobre estas operaciones de concentración de empresas¹⁹, en consonancia con las libertades de circulación que fundamentan el mercado interior²⁰.

2. LA DIRECTIVA 2009/133/CE DEL CONSEJO, DE 19 DE OCTUBRE DE 2009, RELATIVA AL RÉGIMEN FISCAL COMÚN APLICABLE A LAS FUSIONES, ESCISIONES, ESCISIONES PARCIALES, APORTACIONES DE ACTIVOS Y CANJES DE ACCIONES REALIZADOS ENTRE SOCIEDADES DE DIFERENTES ESTADOS MIEMBROS Y AL TRASLADO DEL DOMICILIO SOCIAL DE UNA SE O UNA SCE DE UN ESTADO MIEMBRO A OTRO

La Directiva 2009/133/CE (DOUE, L 310, de 25 de noviembre de 2009) es el resultado de la consolidación de las diferentes modificaciones²¹ de que fue objeto la “*Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990 relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros*”, cuya aprobación supuso un importante punto de partida para abordar el fenómeno de la doble imposición internacional que se producía en los procesos de concentración de empresas, además de facilitar aquéllos mediante un régimen fiscal común en el ámbito del mercado interior europeo.

No obstante lo anterior, los primeros antecedentes de la Directiva 2009/133/CE datan de finales de los años 60, concretamente, mediante la “*Propuesta de Directriz del Consejo concerniente al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones y aportaciones de activos entre sociedades de diferentes Estados miembros presentada por la Comisión al Consejo, en fecha 16 de enero de 1969*” (COM (69) 5 final del 15-1-1969. DOCE, C 39, de 22 de marzo de 1969) dentro del Programa de armonización fiscal presentado por la Comisión al Consejo el 8 de febrero de 1967 (“*Programme d’harmonisation fiscale. Communication de la Commission au Conseil faite*

¹⁸ NAVARRO EGEA (1997).

¹⁹ SOUSA SANTOS AGUIAR, Nina Teresa (2005). “La fiscalidad de los beneficios societarios y de los capitales en la Unión europea. Principios fundamentales”. *Revista de Contabilidad y Tributación*, N° 262, pp. 3-72.

²⁰ NAVARRO EGEA (1997).

²¹ Acta de adhesión de 1994, anexo I, punto XI.B.I.2 (D.O., C 241 de 29.8.1994); Acta de adhesión de 2003, anexo II, punto 9.7 (D.O., L 236 de 23.9.2003); Directiva 2005/19/CE del Consejo (D.O. L 58 de 4.3.2005); Directiva 2006/98/CE del Consejo, únicamente el punto 6 del anexo (D.O., L 363 de 20.12.2006).

le 8 février 1967). En dicha propuesta ya se ponía de manifiesto la necesidad de posibilitar en el mercado común europeo la creación de unas condiciones análogas a las de un mercado interior nacional para que los grupos de sociedades pudieran, llevar a cabo las fusiones, escisiones y aportaciones de activos que les interesaran, garantizando el buen funcionamiento del mercado común, así como instaurar reglas fiscales neutras respecto a la competencia que permite a las empresas adaptarse a las exigencias del mercado común, acrecentar su productividad y reforzar su posición competitiva en el plano internacional. Todo ello para que aquellas operaciones deban ser obstaculizadas por restricciones, desventajas o distorsiones dimanantes de las diferentes normas fiscales de los países comunitarios.

Entre los obstáculos señalados en aquella propuesta estaba la imposición de las plusvalías generadas con ocasión de las fusiones, escisiones o aportaciones de activos, presentándose necesario el establecimiento de un régimen fiscal común que, a la vez, salvaguarda los intereses financieros del país miembro de la sociedad que los aporta (artículo cuarto). El resultado normal de dichas operaciones sería que los elementos patrimoniales transferidos por la sociedad que los aporta quedarían afectados a un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria en el país miembro de la primera entidad, aplazando la imposición de las plusvalías correspondientes sobre dichos bienes hasta su realización efectiva. Además, se abordaban los obstáculos fiscales derivados del régimen fiscal aplicable a ciertas provisiones, reservas (artículo quinto) o pérdidas de la sociedad residente (artículo sexto), los problemas tributarios que se plantearían cuando una sociedad fuera partícipe de la otra (artículo octavo); o cuando los socios de la sociedad que los aporta canjearan sus títulos de ésta por los de la sociedad adquirente (artículo noveno), y la prohibición de la percepción de todo derecho sobre la permuta. A título meramente complementario, cabe resaltar que otro de los objetivos esenciales de dicha propuesta era la tributación exclusiva de los beneficios de los establecimientos permanentes en el país comunitario donde aquéllos se encontraban. Sin embargo, los socios comunitarios no acogieron finalmente dicha propuesta.

Tras la firma del Acta Única Europea y el objetivo perentorio de la creación del mercado interior europeo, además de la Directiva 90/435/CE y el Convenio 90/436/CEE, de 23 de julio de 1990, se aprobó la Directiva 90/434/CEE, que constituye el precedente inmediato de la Directiva 2009/133/CE, objeto del presente estudio. La aprobación de aquella norma supuso un importante avance en la imposición directa de las sociedades referidas a las operaciones de reestructuración de empresas en el contexto económico del mercado interior europeo recogiendo un amplio elenco de supuestos de concentración de empresas que permitiera la creación, reestructuración y planificación de los grupos de sociedades europeos mejorando su productividad y competitividad. Por añadidura, dentro del Derecho de sociedades europeo se han adoptado otras normas sobre operaciones de concentración de empresas como la “*Directiva 2005/56 de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital*” (D.O., L 310, de 25 de noviem-

bre de 2005) y la “*Directiva 1982/891 de 17 de diciembre*” (D.O., L 378 de 31 de diciembre de 1982); “*Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas*” (DOUE, L 110/1, de 29-4-2011); “*Sexta Directiva 82/891/CEE, de 17 de diciembre, relativa a la escisión de sociedades anónimas*” (D.O., L 378, de 31-12-1982), cuya génesis data de la década de los 60 con el primer proyecto de Sociedad Anónima Europea²².

Como ya se adelantara en líneas anteriores, la Directiva 90/434/CEE fue objeto de diversas modificaciones²³, razón por la cual se procedió a la codificación de todas ellas mediante la Directiva 2009/133/CE que entramos a estudiar a continuación.

2.1. Fundamento y finalidad de la Directiva 2009/133/CE: doble imposición y mercado interior europeo

Además de la necesidad de codificar las distintas modificaciones de la Directiva 90/434/CEE para brindar una mayor claridad y certidumbre al contribuyente europeo, la Directiva 2009/133/CE presenta unos objetivos y fundamentos esenciales íntimamente vinculados con la fiscalidad internacional de las operaciones de reestructuración de empresas y el fenómeno de la doble imposición.

Respecto a sus fundamentos, la norma comunitaria reconoce la necesidad de crear las condiciones análogas a las de un mercado nacional en el mercado interior europeo, garantizando su funcionamiento, para lo cual se presenta como necesario facilitar las operaciones de concentración de empresas, en particular, las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportación de activos y canje de acciones entre sociedades de los diferentes Estados miembros de la Unión Europea. A este fin, se pone de manifiesto la necesidad de que en dichas operaciones se eviten obstáculos derivados de restricciones, desventajas o distorsiones particulares derivadas de las normas fiscales de los diferentes países miembros comunitarios. El apartado 3 del preámbulo de la Directiva 2009/133/CE admite que aquellos obstáculos penalizan dichas operaciones en la actualidad, lo cual evidencia la necesidad de eliminarlos.

Todo lo anterior fundamenta la necesidad de que, a través de la Directiva 2009/133/CE, se adopten normas fiscales neutras para las operaciones de fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activo y canje de acciones, respecto a la competencia, con la finalidad de que las empresas puedan adaptarse a las decisiones del mercado interior, aumenten su productividad, refuercen su posición y aumenten su competitividad en el plano económico internacional. Sin

²² ESCRIBANO MARTÍNEZ (1973), pp. 413-414.

²³ Directiva 2005/19/CE del Consejo, de 17 de febrero, por la que se modifica la Directiva 90/434/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros (DOUE, L 58, de 4 de marzo de 2005 y corrección de errores en L 307, de 21 de noviembre de 2009); Directiva 2006/98/CE del Consejo, de 20 de noviembre, por la que se adaptan determinadas Directivas en el ámbito de la fiscalidad, con motivo de la adhesión de Bulgaria y Rumania (DOUE, L 363, de 20 de diciembre de 2006).

embargo, la norma comunitaria pone de manifiesto que dicho objetivo no podrá lograrse mediante la ampliación a escala comunitaria de los regímenes fiscales de reestructuración empresarial de los diferentes Estados miembros de la Unión Europea, debido a las disparidades existentes entre los distintos regímenes internos que podrían provocar distorsiones. Por esta razón, los apartados 6, 7, 8, 9 y 10 del preámbulo de la Directiva 2009/133/CE relacionan los instrumentos de los que deberá valerse dicha norma para alcanzar los objetivos perseguidos por la misma.

De este modo, se aboga por que las operaciones de fusiones, escisiones y aportaciones de activos tengan como resultado, bien la transformación de la sociedad transmitente en un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria de la aportación, bien en la incorporación de los activos de la sociedad transmitente a un establecimiento permanente de la sociedad adquirente. En íntima conexión con este aspecto, se fundamenta la necesidad de establecer un régimen de diferimiento de las plusvalías generadas como consecuencia de la enajenación de los elementos patrimoniales de la sociedad transmitente a la sociedad beneficiaria de aquellos, generándose la tributación cuando se realice la transmisión efectiva de aquellos elementos patrimoniales por parte de la entidad adquirente. Asimismo, se salvaguardan los supuestos en que las sociedades no residentes sean consideradas fiscalmente transparentes. También se pone de manifiesto la necesidad de abordar la tributación de los socios que adquieren la atribución de títulos de la sociedad beneficiaria en la sociedad adquirente, exonerándolos de tributación.

Y, además, se fundamenta la necesidad de definir un régimen fiscal determinado a las provisiones, reservas o pérdidas de las sociedades transmitentes en la sociedad beneficiaria²⁴⁻²⁵, así como regular las normas fiscales que surgen cuando una de las sociedades posee una participación en el capital de la otra.

²⁴ No obstante lo previsto en el artículo 10.1, párrafo primero, de la Directiva 2009/133/CE, habrá que analizar cada caso concreto. En la Consulta N° 1448-02 de SG de Impuestos sobre las Personas Jurídicas, de fecha 1 de octubre de 2002, respecto a la transmisión del derecho a la compensación de las bases imponibles negativas pendientes de compensar en el establecimiento permanente de la entidad no residente en el impuesto sobre sociedades español se esgrimió que “*La interpretación de estos preceptos debe hacerse a la luz de lo establecido en los artículos 6 y 10 de la Directiva 90/434/CEE de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, y de conformidad con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. De acuerdo con ello, en el supuesto de aportación de un establecimiento permanente situado en España, de una entidad residente en otro Estado miembro de la Unión Europea, y siempre que se trate de una operación realizada en el ámbito de la citada Directiva, hay que concluir que resultará aplicable lo previsto en el artículo 104.3 LIS, admitiendo que las bases imponibles negativas pendientes de compensación en la entidad transmitente puedan ser compensadas por la entidad adquirente. Por el mismo motivo, serán de aplicación, en todo caso, las limitaciones a la compensación de las bases imponibles negativas a que se refiere el citado artículo 104.3 de la LIS, de manera que las bases imponibles negativas pendientes no serán compensables en sede de la entidad adquirente cuando la entidad transmitente y la adquirente formen parte de un grupo de sociedades, en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, y dichas bases imponibles negativas hayan sido computadas en sede de la entidad transmitente, o bien cuando las pérdidas del establecimiento permanente hubieran sido computadas con anterioridad, o pudieran serlo en el futuro, por la entidad transmitente en su lugar de residencia*”. En el supuesto consultado, dado que la entidad adquirente y la transmitente formaban

Ligado intrínsecamente a los instrumentos expuestos en los apartados 6 a 10 del prefacio de la norma comunitaria, se encuentra la necesidad de salvaguardar los intereses financieros del Estado miembro de la sociedad transmitente, para lo cual se establece la necesidad de que los elementos enajenados por aquélla queden afectos a un establecimiento permanente radicado en dicho país o que el resultado de las operaciones de reestructuración de empresas desemboque en dicho establecimiento permanente en el que quedarían los activos afectados por la operación.

Como veremos en el estudio del fenómeno de la doble imposición internacional jurídica que se va a realizar a lo largo del presente trabajo, los fundamentos de la Directiva 2009/133/CE están estrechamente ligados a evitar las consecuencias nocivas de aquélla en las operaciones de fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canje de acciones.

Por otra parte, el objetivo fundamental de la norma es favorecer la concentración de empresas mediante la creación de unas condiciones análogas a las de un mercado nacional a través de la eliminación de cualquier penalización a la realización de aquéllas, entre las cuales está la eliminación de la doble imposición que representa un obstáculo al funcionamiento del mismo, mejorando, además, la competitividad de las empresas europeas en el plano económico mundial²⁶. De hecho, el apartado 14 de la Directiva 2009/133/CE pone de manifiesto que los Estados miembros

parte del mismo grupo, y las pérdidas del establecimiento permanente de la entidad transmitente han sido ya computadas por ella, conforme a lo que prevenía el artículo 104.3 del impuesto sobre sociedades español, vigente en aquel momento, la entidad adquirente no podrá compensar de nuevo dichas pérdidas. Sin embargo, en el supuesto de que el “referido cómputo en Holanda de las bases imponibles negativas generadas por el establecimiento permanente de la sociedad transmitente no sea definitivo y una vez que se haya producido su efectiva reversión fiscal como consecuencia de la posterior obtención de beneficios en España, el establecimiento permanente situado en España de la entidad adquirente sí podrá compensar las bases imponible negativas previamente obtenidas por el establecimiento permanente de la entidad transmitente, dentro de los plazos establecidos por el artículo 23 de la LIS”; “Se entenderá producida la mencionada reversión en Holanda de las pérdidas del establecimiento permanente de la entidad transmitente previamente computadas por el grupo fiscal holandés cuando los beneficios del establecimiento permanente de la entidad adquirente hayan generado, de forma efectiva, dicha reversión, para lo que será necesario que el saldo neto de los resultados obtenidos en España por todos los establecimientos permanentes del grupo fiscal situados en nuestro país sea positivo por importe igual al de las citadas pérdidas”.

²⁵ Vid. COMISIÓN (2003) Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo. Imposición de dividendos percibidos por personas físicas en el mercado interior; LÓPEZ RODRÍGUEZ, Juan (2005). “Comentarios a la Directiva del régimen fiscal de reorganizaciones empresariales”. *Crónica Tributaria*, Nº 116, pp. 81-112. El autor expone la debilidad de este precepto en tanto en cuanto los Estados miembros no están obligados a permitir compensar las bases imponibles negativas.

²⁶ En la misma línea, SÁNCHEZ JIMÉNEZ (1995); MONTAGNIER (1991), citado en SÁNCHEZ JIMÉNEZ (1995); CALDERÓN CARRERO, José Manuel y MARTÍN JIMÉNEZ, Adolfo (2010). “La Directiva de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones entre sociedades de diferentes Estados miembros”. En: *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*, Carmona, Néstor; Calderón, José Manuel; Martín, Adolfo y Trapé, Montserrat (Coords.), Valencia: Ciss, pp. 1157-1199. Estos autores se referían a la Directiva 90/434/CEE.

deberán adoptar las medidas necesarias para evitar que se produzca el fenómeno, si las disposiciones de dicha norma comunitaria no lo alcanzaran. No obstante, hay autores²⁷ que señalan que la norma aborda los obstáculos más inmediatos (*short-term tax problems*) que se presentan en las operaciones de reestructuración de empresas, pero no los que pueden surgir a largo plazo (*long-term tax problems*). Para ello, se aplica un régimen de diferimiento sobre las plusvalías generadas en tales operaciones. Y, al mismo tiempo, se salvaguardan los intereses financieros de los Estados miembros donde radican las sociedades transmitentes de los elementos patrimoniales en dichas operaciones.

En consecuencia, establecer un régimen fiscal común que favorezca las operaciones de reestructuración de empresas, evitando o eliminando la doble imposición, representa uno de los objetivos instrumentales de la Directiva 2009/133/CE, para lograr el objetivo principal de la misma, consistente en facilitar las operaciones de concentración empresarial en el mercado interior europeo, eliminando los obstáculos y penalizaciones existentes. Todo esto nos obliga a abordar su análisis para poder discernir, en su caso, la eficacia de la norma comunitaria en aquellas operaciones en el contexto del mercado interior europeo.

2.2. *Ámbito objetivo de la Directiva 2009/133/CE y doble imposición*

El ámbito objetivo de la norma viene establecido en su artículo 1º, que comprende los supuestos de fusiones²⁸, escisiones²⁹, escisiones parciales³⁰, aportaciones

²⁷ CALDERÓN y MARTÍN (2010), p. 1160.

²⁸ Definida en el artículo 2.a) mediante tres supuestos: “i) una o varias sociedades transfieren a otra sociedad ya existente, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, la totalidad de su patrimonio, activo y pasivo, mediante la atribución a sus socios de títulos representativos del capital social de la otra sociedad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10% del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos títulos deducido de su contabilidad; ii) dos o más sociedades, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, transfieren a una sociedad constituida por ellas la totalidad de su patrimonio, activo y pasivo, mediante la atribución a sus socios de títulos representativos del capital social de la nueva sociedad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10% del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos títulos deducido de su contabilidad; iii) una sociedad transfiere, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, el conjunto de su patrimonio, activo y pasivo, a la sociedad que posee la totalidad de los títulos representativos de su capital social”.

²⁹ El artículo 2.b) la define como “la operación por la cual una sociedad transfiere a dos o más sociedades ya existentes o nuevas, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, la totalidad de su patrimonio, activo y pasivo, mediante la atribución a sus socios, con arreglo a una norma proporcional, de títulos representativos del capital social de las sociedades beneficiarias de la aportación y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10% del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos títulos deducido de su contabilidad”.

³⁰ El artículo 2.c) la define como “la operación por la cual una sociedad transfiere a una o varias sociedades ya existentes o nuevas, sin ser disuelta, una o varias ramas de actividad, manteniendo al menos una rama de actividad en la sociedad transmitente, mediante la atribución a sus socios, con arreglo a una norma proporcional, de títulos representativos del capital social de las sociedades beneficiarias de la aportación y, en su caso, de una

de activo³¹ y canje de acciones³² donde intervienen sociedades de dos o más países miembros de la Unión Europea. Cada una de esas operaciones viene definida en el artículo 2º de dicha norma, de lo que nos ocuparemos al estudiar los requisitos materiales que deben darse en cada una de las operaciones para que la norma comunitaria pueda ser aplicable, evitando así la producción del fenómeno de la doble imposición jurídica.

Por otra parte, el ámbito objetivo de la Directiva 2009/133/CE también se refiere a los cambios de domicilio social de un Estado miembro a otro por parte de sociedades anónimas europeas y sociedades cooperativas europeas.

2.2.1. Supuestos de imposición

Reconociendo la complejidad que pueden revestir las operaciones de concentración de empresas en la praxis económica actual, tanto en el mercado mundial como en el contexto del mercado interior europeo, en principio, podría afirmarse que las operaciones de fusión, escisión, escisión parcial, aportación de activos y canje de acciones previstas en la Directiva 2009/133/CE son lo suficientemente amplias como para cubrir la mayor parte de estas operaciones, evitándose así que se produzca el fenómeno de la doble imposición, sin perjuicio de poder incardinar otras operaciones de concentración empresarial análogas o similares en la acepción de aquéllas, siempre que cumplan los requisitos esenciales exigidos para la norma comunitaria en cada modalidad de operación concreta. Aunque ello no obsta el planteamiento por parte de algunos autores³³ de dudas sobre determinados aspectos de alguno de los conceptos, como el canje de acciones.

Los supuestos de doble imposición comprendidos en el ámbito objetivo de la Directiva 2009/133/CE se centran exclusivamente en la modalidad de doble imposición jurídica. Además, la norma focaliza su ámbito objetivo al momento concreto en que se producen las operaciones de fusión, escisión, escisión parcial, aportación

compensación en dinero que no exceda del 10% del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos títulos deducido de su contabilidad”.

³¹ El artículo 2.d) la define como “*la operación por la cual una sociedad aporta, sin ser disuelta, a otra sociedad la totalidad o una o más ramas de su actividad, mediante la entrega de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria de la aportación*”.

³² El artículo 2.e) lo define como “*la operación por la cual una sociedad adquiere una participación en el capital social de otra sociedad que le permite obtener la mayoría de los derechos de voto de dicha sociedad o, si ya dispusiere de dicha mayoría, adquirir una mayor participación mediante la atribución a los socios de la otra sociedad, a cambio de sus títulos, de títulos representativos del capital social de la primera sociedad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10% del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos títulos deducido de su contabilidad*”.

³³ CALDERÓN y MARTÍN (2010), pp. 1167-168. Los autores plantean la falta de claridad sobre si el canje de acciones comprende solamente los supuestos en que la sociedad beneficiaria adquiera el control de la entidad transmitente o si permite todas las transacciones de canje comprendidas en la definición, abogando los autores por este último posicionamiento.

de activos y canje de acciones, a excepción de aquellos supuestos de cesión de títulos representativos del capital social de la entidad beneficiaria por parte de los socios, con carácter previo o posterior a aquellas operaciones de reestructuración empresarial. Esto significa que la norma no contiene ningún precepto tendiente a evitar la doble imposición internacional económica que podría producirse en las operaciones de concentración de empresas. En concreto, cuando se realiza la distribución de beneficios con cargo a los elementos patrimoniales recibidos por parte de la entidad beneficiaria de la operación de reestructuración empresarial a sus socios.

Piénsese en el ejemplo de una sociedad A, residente en España, que transfiere la totalidad de su patrimonio como consecuencia de la fusión a la sociedad B, residente en Alemania. Aquellos elementos patrimoniales quedan afectos a un establecimiento permanente situado en España. El valor contable de dichos elementos patrimoniales es de 100.000 € con una plusvalía latente de 180.000 €. Dos años después, la sociedad B transfiere parte de aquellos elementos patrimoniales obteniendo un beneficio neto dimanante de la diferencia entre el valor fiscal y el valor contable de 40.000 €. Sobre dicho importe, los socios de la entidad B deberán practicar una deducción por doble imposición que se habría producido sobre los beneficios no distribuidos imputables a aquellos elementos patrimoniales por la sociedad a la sociedad B adquirente, evitando de ese modo un exceso de imposición sobre aquellos³⁴⁻³⁵⁻³⁶. En consecuencia, estos supuestos de doble imposición internacional económica no son abordados en ningún precepto de la Directiva 2009/133/CE.

³⁴ Un ejemplo lo tenemos en el artículo 21.3 de la ley N° 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades española, que dispone: “Estará exenta la renta positiva obtenida en la transmisión de la participación en una entidad, cuando se cumplan los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo. El mismo régimen se aplicará a la renta obtenida en los supuestos de liquidación de la entidad, separación del socio, fusión, escisión total o parcial, reducción de capital, aportación no dineraria o cesión global de activo y pasivo. El requisito previsto en la letra a) del apartado 1 de este artículo deberá cumplirse el día en que se produzca la transmisión. El requisito previsto en la letra b) del apartado 1 deberá ser cumplido en todos y cada uno de los ejercicios de tenencia de la participación. No obstante, en el caso de que el requisito previsto en la letra b) del apartado 1 no se cumpliera en alguno o algunos de los ejercicios de tenencia de la participación, la exención prevista en este apartado se aplicará de acuerdo con las siguientes reglas: a) Respecto de aquella parte de la renta que se corresponda con un incremento neto de beneficios no distribuidos generados por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de la participación, se considerará exenta aquella parte que se corresponda con los beneficios generados en aquellos ejercicios en los que se cumpla el requisito establecido en la letra b) del apartado 1. b) Respecto de aquella parte de la renta que no se corresponda con un incremento neto de beneficios no distribuidos generados por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de la participación, la misma se entenderá generada de forma lineal, salvo prueba en contrario, durante el tiempo de tenencia de la participación, considerándose exenta aquella parte que proporcionalmente se corresponda con la tenencia en los ejercicios en que se haya cumplido el requisito establecido en la letra b) del apartado 1. En el caso de transmisión de la participación en el capital o en los fondos propios de una entidad residente o no residente en territorio español que, a su vez, participara en dos o más entidades respecto de las que sólo en alguna o algunas de ellas se cumplieran los requisitos previstos en las letras a) o b) del apartado 1, la exención prevista en este apartado se aplicará de acuerdo con las siguientes reglas: 1.º Respecto de aquella parte de la renta que se corresponda con un incremento neto de beneficios no distribuidos generados por las entidades indirectamente participadas durante el tiempo de tenencia de la participación, se considerará exenta aquella parte de la renta que se corresponda con los beneficios generados por las entidades en las que se cumpla el requisito establecido en la letra b) del apartado 1. 2.º Respecto

Aunque el objetivo esencial de la Directiva 2009/133/CE es facilitar la realización de las operaciones de reestructuración empresarial, en el momento en que se producen, mediante la supresión de la doble imposición que, en principio, se conseguiría con el régimen general establecido en la norma³⁷, aquélla no contempla los supuestos de doble imposición internacional económica que afecta a los beneficios no distribuidos por parte de la entidad transmitente que hayan sido enajenados a la sociedad adquirente con posterioridad, al formar parte de aquellos elementos patrimoniales. Del mismo modo que la norma se ocupa de cuestiones similares referidas a las provisiones, reservas o amortizaciones, hubiera sido deseable contemplar el derecho de los socios a aplicar una deducción por doble imposición internacional económica por los beneficios obtenidos de la entidad beneficiaria imputables a los elementos patrimoniales transferidos. Dicha omisión delega la cuestión a la legislación tributaria nacional de los diferentes países comunitarios a la Directiva 2011/96/UE o a una futura revisión de la Directiva 2009/133/CE.

2.2.1.1. La doble imposición en las fusiones, escisiones y aportaciones de activos

Centrándonos en la casuística comprendida en el ámbito de aplicación de la norma que puede producir el fenómeno de la doble imposición jurídica, el artículo

de aquella parte de la renta que no se corresponda con un incremento neto de beneficios no distribuidos generados por las entidades indirectamente participadas durante el tiempo de tenencia de la participación, se considerará exenta aquella parte que proporcionalmente sea atribuible a las entidades en que se haya cumplido el requisito establecido en la letra b) del apartado 1. La parte de la renta que no tenga derecho a la exención en los términos señalados en este apartado se integrará en la base imponible, teniendo derecho a la deducción establecida en el artículo 31 de esta ley, en caso de proceder su aplicación, siempre que se cumplan los requisitos necesarios para ello. No obstante, a los efectos de lo establecido en la letra a) del apartado 1 del citado artículo, se tomará exclusivamente el importe efectivo de lo satisfecho en el extranjero por razón de gravamen de naturaleza idéntica o análoga a este Impuesto, por la parte que proporcionalmente se corresponda con la renta que no tenga derecho a la exención correspondiente a aquellos ejercicios o entidades respecto de los que no se haya cumplido el requisito establecido en la letra b) del apartado 1 de este artículo, en relación con la renta total obtenida en la transmisión de la participación". También pueden verse los apartados 4 y 5 del mismo precepto.

³⁵ FABRA VALLS, Modesto (2005). "Contraste entre la Directiva sobre matrices y filiales y las medidas para evitar la doble imposición económica por dividendos en el impuesto sobre sociedades español". *Noticias de la Unión Europea*, Nº 244, pp. 71-90; SÁNCHEZ JIMÉNEZ (1995); COMISIÓN (2003); TERRA y WATTEL (2002), citados en LÓPEZ RODRÍGUEZ (2005). CALDERÓN y MARTÍN (2010) parecen referirse a esta cuestión, cuando afirman que no abordan las cuestiones que se plantean a nivel de accionista, cuando, por ejemplo, se pasa de accionista de una entidad residente a una sociedad no residente. Vid. NAVARRO EGEA (1997); CUESTA CABOT (2011); LEFEBVRE, Francis (2008). *Memento práctico Francis Lefebvre: Reorganización empresarial (fusiones) 2009-2010: escisiones, canje de valores, aportaciones no dinerarias de negocios, otras operaciones protegidas*. Madrid: Francis Lefebvre; BERCHE MORENO, Eduardo (1995). *Manual de impuestos directos*. Madrid: CISS; SÁNCHEZ OLIVÁN, José (2007). *La fusión y la escisión de sociedades, aportaciones de activos y canje de valores, cesión global del activo y del pasivo: (estudio económico, jurídico, fiscal y contable)*. Madrid: Centro de Estudios Financieros.

³⁶ Vid. artículo 88 de la ley Nº 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades española.

³⁷ Haciendo abstracción de las excepciones contenidas en la misma.

4º de la Directiva 2009/133/CE dispone que en las operaciones de fusión, escisión o escisión parcial³⁸ no se producirá gravamen alguno sobre las plusvalías que resultaran de la diferencia entre el valor real³⁹ de los elementos de activo y pasivo transferidos y su valor fiscal o también conocido como valor de mercado⁴⁰. Para ello, los elementos de activo y pasivo definidos por el artículo 4.2.b) de dicha norma, objeto de la transmisión, deberán quedar vinculados a un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria en el Estado miembro de la sociedad transmitente. Luego, si una sociedad ST, residente en España, transmite la totalidad de sus elementos patrimoniales de activo y pasivo, algunos de los cuales se encuentran, por ejemplo, en Francia, con motivo de una fusión a la sociedad BF adquirente de los mismos, residente en Italia, la inaplicación de la Directiva 2009/133/CE daría lugar a una doble imposición jurídica al producirse, de un lado, la yuxtaposición de criterios de sujeción impositiva por parte de España al aplicar el criterio personal de tributación de los beneficios mundiales de la entidad transmitente sometiendo a exacción las plusvalías derivadas de aquellos elementos patrimoniales, y, de otro, Francia podría someter a tributación parte de esas plusvalías al aplicar el principio de territorialidad sobre los bienes de la sociedad transmitente que se hallan en territorio francés. Sin embargo, al aplicarse la Directiva 2009/133/CE a aquel supuesto de fusión, se evitaría el fenómeno de la doble imposición jurídica, al quedar exentas de tributación las plusvalías que, en su caso, se hubieran generado⁴¹; difiriendo la exacción a un momento posterior.

Aunque el artículo 4.2.b), al definir los elementos del activo y pasivo transferidos, exige que éstos queden afectos a un establecimiento permanente en el Estado miembro de la sociedad transmitente para salvaguardar los intereses financieros

³⁸ Resulta conveniente ser cauteloso con esta modalidad de concentración empresarial por las particularidades de cada caso concreto que pueden dejar la operación fuera del ámbito de aplicación de la norma comunitaria. Vid. *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto Andersen og Jensen ApS & Skatteministeriet C-43/00*, de fecha 15 de enero de 2002, donde se dictaminó que el artículo 2º, letras c) e i), de la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, ya derogada, pero igualmente vigente en la actual Directiva 2009/133/CE, debe interpretarse en el sentido de que la aportación de activos comprendida en la norma europea no se produce cuando una operación prevé que la sociedad transmitente retendrá el capital de un préstamo de elevada cuantía suscrito por ésta y transferirá a la entidad beneficiaria de la aportación las obligaciones correspondientes al mismo. Resultará de escasa importancia que la sociedad transmitente conserve un reducido número de acciones de una sociedad tercera.

³⁹ Se refiere al valor contable de los elementos de activo y pasivo.

⁴⁰ El artículo 4.2.a) de la norma define el valor fiscal como el que se habría utilizado para calcular los beneficios o pérdidas a integrar en las imposables del impuesto sobre la renta, los beneficios o las plusvalías de la sociedad transmitente si dichos elementos patrimoniales se hubieran vendido el momento de la operación de reestructuración empresarial, es decir, por el valor que se hubieran podido transmitir aquéllos en condiciones normales de mercado.

⁴¹ En la misma línea, SÁNCHEZ JIMÉNEZ (1995).

de aquel país, la Directiva 2009/133/CE no ofrece ningún concepto del mismo. Sería recomendable que la norma ofreciera una noción completa de establecimiento permanente⁴², aquel comprende un concepto de contenido complejo que, en muchas ocasiones, puede presentar problemas para determinar su existencia. Pudiendo presentarse supuestos candentes, en virtud de los cuales el país miembro de la entidad transmitente pudiera entender que los elementos patrimoniales de activo y pasivo no han quedado afectados a un establecimiento permanente, lo que conllevaría a la inaplicación de la Directiva 2009/133/CE o a retirar los beneficios concedidos en la operación de reestructuración empresarial, pudiendo dar lugar a fenómenos de doble imposición jurídica. La existencia o no de establecimiento permanente suele definirse de forma amplia y no excluyente por parte de las distintas soberanías fiscales. Esto significa que el problema más común que suele presentarse para el contribuyente es que las jurisdicciones fiscales tienden a concebir el establecimiento permanente de la forma más amplia posible, y no al contrario. Sin embargo, la inexistencia de un establecimiento permanente beneficiaría los intereses financieros de las soberanías fiscales europeas y, en consecuencia, podrían surgir colisiones con las estrategias operativas lícitas de concentración empresarial de los grupos societarios europeos.

Por añadidura, cabe señalar que, en el anexo de la “*Propuesta de Directriz del Consejo concerniente al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones y aportaciones de activos entre sociedades de diferentes Estados miembros presentada por la Comisión al Consejo*”, de fecha 16 de enero de 1969, se llegó a ofrecer una definición de establecimiento permanente que en esencia venía a coincidir con la prevista en el Modelo de Convenio de la OCDE. En la actualidad, la laguna que presentaría la Directiva 2009/133/CE deberá colmarse mediante los convenios de doble imposición suscritos entre los Estados miembros afectados por la operación de concentración de empresas.

Siguiendo con el examen del artículo 4º de la Directiva 2009/133/CE, el régimen de exención diferida contemplado en el artículo 4.1 es extensible, aún en el caso de que la sociedad transmitente, no residente, sea calificada como transparente, a efectos fiscales, por un Estado miembro donde se encuentren los socios beneficiarios o afectados en dicha operación. En consecuencia, los socios de dicha entidad calificada como transparente no serán sometidos a exacción por las rentas beneficios o plusvalías generadas en las operaciones de fusión, escisión o escisión parcial, a causa de lo previsto en el artículo 4.3 de la meritada norma comunitaria.

Finalmente, las plusvalías generadas por las operaciones de aportación de activos también se benefician del régimen de exención por diferimiento previsto en los artículos 4º, 5º y 6º, y de lo dispuesto en el artículo 9º de la Directiva 2009/133/CE,

⁴² Del mismo parecer, SÁNCHEZ JIMÉNEZ (1995); CALDERÓN y MARTÍN (2010). Al menos, eso parece colegirse cuando afirman la extrañeza de que la norma no ofrezca una noción de establecimiento permanente.

evitando igualmente el fenómeno de la doble imposición en los mismos supuestos anteriormente reseñados de las fusiones y escisiones⁴³.

2.2.1.2. La doble imposición sobre la anulación de las participaciones

El artículo 7º de la Directiva 2009/133/CE contempla un supuesto específico de exención no diferida, que evita que se produzca la doble imposición jurídica. Se refiere a las plusvalías generadas por la anulación de las participaciones en las operaciones de fusión, escisión o escisión parcial. Piénsese en el ejemplo de una sociedad BF, residente en Alemania, que participa al 20% una sociedad ST, residente en España. Con motivo de una escisión, la sociedad ST transfiere la totalidad de su patrimonio, activo y pasivo, a la entidad BF, antes reseñada, y a otra sociedad BA. Como consecuencia de dicha escisión, la participación del 20% que la sociedad BF ostentaba sobre la entidad ST se anula, produciéndose una plusvalía por la diferencia entre el valor de las acciones o participaciones que figuraba en su balance y los elementos de activo y pasivo que han pasado a formar parte de su patrimonio societario. En este caso, el Estado español podría someter a gravamen esta plusvalía al entender que la misma se ha producido en su territorio por aplicación del criterio real de asignación impositiva. Y, a su vez, Alemania podría someter a exacción dicha plusvalía al ser la sociedad BF residente fiscal, en aquel país, debiendo tributar por la obligación personal de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos por la totalidad de sus beneficios mundiales. Luego, la exención prevista en el artículo 7.1 de la Directiva 2009/133/CE evita que pueda producirse el fenómeno de la doble imposición jurídica en estos casos⁴⁴.

No obstante lo anterior, el artículo 7.2 de la Directiva 2009/133/CE prevé la posibilidad de que los Estados miembros puedan establecer excepciones a lo previsto en el apartado 1 de dicho precepto, cuando la participación de la sociedad beneficiaria sobre la entidad transmitente sea inferior al 15%. A partir del 1 de enero de 2009, dicho porcentaje quedaría reducido al 10%. Con lo cual, en estos casos, podría producirse la doble imposición jurídica, conforme se ha expuesto en el ejemplo anterior, la cual deberá evitarse mediante los métodos previstos en los convenios de doble imposición⁴⁵ y la legislación interna de los países comunitarios implicados en las operaciones de reestructuración societaria. Todo esto sin obviar que estas facultades de imposición concedidas por los países, en esos casos, podrían suponer una discriminación en detrimento de las pequeñas y medianas empresas que, a través de este tipo de operaciones, podían incrementar su potencial, su

⁴³ En la misma línea, SÁNCHEZ JIMÉNEZ (1995).

⁴⁴ En el mismo sentido, SÁNCHEZ JIMÉNEZ (1995); RUIZ HIDALGO, Carmen (2002). *Tributación de la empresa en la Unión Europea*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

⁴⁵ Vid. el epígrafe 3.3. del presente trabajo, referido al reparto de los derechos de exacción y las medidas para evitar la doble imposición en el Modelo de Convenio de la OCDE.

competitividad y productividad frente a los grupos societarios europeos de mayor envergadura que, normalmente, suelen tener una mayor participación dentro del grupo en el que se van a desarrollar las operaciones de reestructuración societaria. Por ello sería conveniente evitar este tipo de discriminaciones que podrían transgredir los fundamentos y objetivos de la norma comunitaria, produciendo supuestos de doble imposición y quebrantando, en determinados casos, la viabilidad de este tipo de operaciones.

*2.2.1.3. La doble imposición sobre los socios de las entidades reestructuradas.
Canje de acciones*

El artículo 8º de la Directiva 2009/133/CE comprende los supuestos de doble imposición internacional jurídica que pueden producirse sobre los socios de las entidades intervinientes en las operaciones de fusión, escisión o canje de acciones. El apartado 1 del artículo 8º dispone que la atribución de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria o dominante a un socio de la entidad transmitente con motivo de la fusión, escisión o canje de acciones no dará lugar a la aplicación de impuesto alguno sobre las rentas, beneficios o plusvalías que se generaran en dichos socios, ya sean personas físicas, jurídicas, residentes o no residentes⁴⁶. Sánchez⁴⁷ entiende que el fenómeno de la doble imposición podría producirse, cuando el socio pudiera ser considerado residente fiscal, al menos en dos países, generándose el solapamiento de los criterios personales de asignación impositiva por una definición diferente en cada soberanía fiscal. Esto es, la doble imposición por su condición de doble residente en los países implicados en la operación de reestructuración empresarial que, en el caso de las personas físicas, en principio, quedaría resuelto por lo previsto en el artículo 4º del Modelo de Convenio de la OCDE.

No obstante, la doble imposición también podría producirse por la coyuntura de los criterios personal y real. Piénsese en el ejemplo de un socio A, residente en Italia, que posee títulos el capital social de una sociedad ST, residente en España. Con motivo de una fusión, la sociedad ST transfiere la totalidad de su patrimonio activo y pasivo a la entidad BF, residente en Francia. De lo cual, el socio A recibe las participaciones correspondientes derivadas de la fusión en la entidad BF. Pues bien, en principio, las plusvalías que pudieran generarse por la atribución al socio A de los títulos en el capital social de la sociedad BF podrían tributar en su país de residencia, es decir, Italia, por la obligación personal de contribuir por su riqueza mundial, y en España, por aplicación del principio de territorialidad, al entenderse que la transmisión de dichas participaciones sociales se realizó en territorio español.

⁴⁶ STEVANATO (2003).

⁴⁷ SÁNCHEZ JIMÉNEZ (1995), pp. 179-180.

Sin embargo, la exención prevista en el artículo 8.1 de la Directiva 2009/133/CE evita que se produzca este supuesto de doble imposición jurídica.

Por su parte, el artículo 8.2 de la Directiva 2009/133/CE prevé la exención impositiva sobre las rentas, beneficios o plusvalías generadas en favor del socio de la sociedad transmitente al que se le haya atribuido participaciones en el capital social de la entidad beneficiaria con motivo de una escisión parcial. Con lo cual, en esta modalidad de concentración de empresas, también se evitaría la doble imposición internacional jurídica sobre los socios mediante la misma casuista expuesta en los párrafos precedentes.

Los casos descritos en los apartados 1 y 2 del artículo 8º de la Directiva 2009/133/CE, en el que dicha norma evita que pueda producirse la doble imposición, también alcanzarían a aquellos supuestos en los que los socios de las entidades intervinientes en la reestructuración empresarial fueran calificadas como transparentes, a efectos fiscales, a tenor de lo previsto en el apartado 3 del mencionado artículo 8º.

No obstante, la Directiva faculta a los países comunitarios a gravar los beneficios resultantes de la cesión ulterior de los títulos por los socios, así como la cesión de aquéllos, con carácter previo a la adquisición de los nuevos títulos representativos en el capital social de la sociedad beneficiaria (ex apartado 6 del artículo 8º); cuando no atribuya a los títulos recibidos un valor fiscal más elevado que el que tuviesen los títulos canjeados inmediatamente antes de la fusión, la escisión o el canje de acciones; o, si el socio no atribuyera a la totalidad del lote de los títulos recibidos y los que posea en la sociedad transmitente, un valor fiscal más elevado que el que tuviesen inmediatamente, antes de la escisión parcial los poseídos en la sociedad transmitente (apartados 4 y 5 del artículo 8º)⁴⁸.

Los dos últimos apartados, 8 y 9, del artículo 8º, señalan dos excepciones. Por un lado, el apartado 8 dispone que, si en la legislación de un Estado miembro en el que uno de los socios fuera residente, éste pudiera optar por un tratamiento jurídico-tributario distinto del previsto en los apartados 4 y 5 del mismo precepto⁴⁹, lo previsto en los apartados 1, 2 y 3 no se aplicaría a los títulos respecto de los que el socio haya ejercido su derecho de opción. Es decir, si el socio al que se le atribuyen títulos en el capital social de la sociedad beneficiaria contabilizara aquéllos por un valor fiscal más elevado que el que tuvieran inmediatamente, antes

⁴⁸ La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto C 285/07, Finanzamt Stuttgart-Körperschaften & Bundesministerium der Finanzen, de 11-12-2008, declaró “*El artículo 8, apartados 1 y 2, de la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, se opone a la normativa de un Estado miembro con arreglo a la cual un canje de acciones da lugar a un gravamen a los socios de la sociedad dependiente de las plusvalías de transmisión correspondientes a la diferencia entre el coste inicial de adquisición de las participaciones transmitidas y su valor venal, a menos que la sociedad dominante recoja el valor contable histórico de las participaciones transmitidas en su propio balance fiscal*”.

⁴⁹ Los apartados 4, 5 y 6 de dicho precepto son igualmente aplicables a las aportaciones de activos.

de que se produjera la transmisión, según lo que previera un régimen tributario específico previsto en su país de residencia, no podría beneficiarse de las medidas previstas en los apartados 1, 2 y 3, que exoneran de tributación las rentas, beneficios o plusvalías derivadas de dicha atribución de acciones o participaciones pudiendo generarse un caso de doble imposición jurídica⁵⁰.

A este respecto, algunos autores⁵¹ señalan que la propuesta originaria de modificación⁵² de la Directiva 90/435/CE contenía unos apartados 10 y 11 que, finalmente, no fueron introducidos, los cuales tenían como finalidad esencial eliminar la doble imposición internacional económica referida a los supuestos en que la sociedad adquirente valorara los títulos recibidos por el valor real de los atribuidos a los socios. Y, si la entidad beneficiaria entregara a los socios los títulos que tenía en autocartera, los recibidos mantendrían el valor de los que tenía en autocartera. De este modo, en los casos de aumento de capital por la sociedad adquirente, el mayor valor atribuido a los títulos no sería relevante, y en los casos de entrega de acciones de autocartera a los nuevos socios, no se produciría plusvalía alguna. Al eliminarse estos apartados en la modificación final, sostienen que dicha cuestión se delega en las legislaciones tributarias nacionales⁵³.

No obstante, esta excepción contenida en la norma comunitaria está condicionada a que el socio no cumpla los requisitos materiales exigidos en la misma, es decir que la posibilidad de que el socio evite o no soportar una doble imposición en todo o en parte de sus rentas, beneficios o plusvalías dependerá de la voluntad de aquél en acogerse a los beneficios de la norma comunitaria o, si lo estimara conveniente para sus intereses, ejercer el derecho de opción que, en su caso, pudiera brindarle el sistema jurídico fiscal en su país de residencia. Lo cual dista de lo que podría ser una excepción jurídica-material imperativa, que facultara a los Estados miembros a no aplicar aquellas medidas contenidas en la Directiva 2009/133/CE que podrían permitir que el socio evitara que se produjera la doble imposición internacional jurídica sobre sus rentas, beneficios o plusvalías.

Y, finalmente, por otro lado, el artículo 8.9 de la Directiva permite la no aplicación del régimen de diferimiento a los socios previsto en los apartados 1, 2 y 3

⁵⁰ Nótese el ejemplo de la entidad AB a quien se le atribuyen títulos con un valor fiscal de 1.000 €, a razón de 100 € por título, de la sociedad BT, beneficiaria de una escisión de la sociedad ST. Pues bien, si como consecuencia de la aplicación de un régimen fiscal especial previsto en el sistema tributario de su país de residencia, el socio AB contabilizara tres de sus títulos por un valor fiscal de 200 € cada uno, la Directiva 2009/133/CE no le sería aplicable en proporción a dichos títulos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 8.8 de dicha norma comunitaria. Con lo cual, el socio AB podría soportar los efectos nocivos de la doble imposición jurídica, respecto de aquellas rentas, beneficios o plusvalías derivadas de la operación de reestructuración empresarial en proporción a aquellos tres títulos contabilizados por un valor fiscal superior al que tenían con carácter previo a la operación de escisión.

⁵¹ CALDERÓN y MARTÍN (2010), p. 1182.

⁵² Refiriéndose a la modificación introducida por la Directiva 2005/19/CE del Consejo, de 17 de febrero.

⁵³ CALDERÓN y MARTÍN (2010), pp. 1182-1183.

del mismo precepto en las operaciones de fusión, escisión y canje de acciones, en lo referido a las compensaciones en dinero que se les hayan entregado, dado que dichos importes no se han diferido, con lo cual, procedería su exacción⁵⁴.

2.2.1.4. Doble imposición y aportación de establecimientos permanentes

El artículo 10 de la Directiva 2009/133/CE comprende otro supuesto de doble imposición jurídica, referido a la aportación de un establecimiento permanente. Para este supuesto, la norma comunitaria dispone que el Estado miembro de la sociedad transmitente renuncie a los derechos de imposición sobre la aportación de dicho establecimiento permanente, si éste se encuentra situado en otro país comunitario distinto. A su vez, aquel precepto también dispone que el Estado miembro donde se encuentre el establecimiento permanente, así como el país donde radique la sociedad beneficiaria de la aportación de activos, aplicarán las disposiciones contenidas en la Directiva 2009/133/CE, como si se tratara del Estado miembro de la sociedad transmitente. Supongamos que la sociedad ST, residente en España, realiza una aportación de activos a la sociedad BF, residente en Alemania. Parte de los activos de dicha operación comprenden un establecimiento permanente radicado en Francia. Luego, en principio, haciendo abstracción de la Directiva 2009/133/CE, dicha operación podría verse mermada al producirse una doble imposición jurídica sobre la transmisión del establecimiento permanente, dado que España gravaría la aportación de dicho residente permanente por la aplicación del principio personal de residencia aplicable a la sociedad ST por sus beneficios mundiales. Por su parte, Francia sometería a gravamen dicha transmisión, en virtud del principio de territorialidad de las rentas, beneficios o plusvalías generadas en su territorio. Sin embargo, la aplicación del artículo 9º de la Directiva 2009/133/CE impedirá que dicha operación de concentración de empresas se vea afectada por el fenómeno de la doble imposición al renunciar dicho país al gravamen de la operación. Del mismo modo, este precepto regula las mismas consecuencias jurídico-tributarias de exonerar de gravamen dicha aportación del establecimiento permanente, si éste se encontrara en el país de la sociedad beneficiaria. Luego, las medidas contenidas en este primer apartado del artículo 10 evitarían que se produjera la doble imposición jurídica⁵⁵.

Por otra parte, el apartado 2 del artículo 10 de la Directiva 2009/133/CE prevé la posibilidad de que aquellos Estados miembros que apliquen el sistema de beneficios globales donde radique la sociedad transmitente puedan gravar los beneficios o ganancias de capital del establecimiento permanente derivados de las operaciones de fusión, escisión, escisión parcial o aportación de activos, siempre

⁵⁴ Los artículos 80.3 y 81.2 de la ley Nº 27/2014 del impuesto sobre sociedades español somete a exacción tales compensaciones en metálico.

⁵⁵ En la misma línea, SÁNCHEZ JIMÉNEZ (1995).

que permitan la deducción del impuesto que se había aplicado en el país miembro de situación de dicho establecimiento permanente, admitiendo tal deducción de la misma forma y por idéntico importe que si aquel impuesto se hubiera aplicado y pagado, de no ser por la aplicación de la Directiva 2009/133/CE.

La introducción de este apartado 2 del artículo 10 de dicha norma erige una excepción no solamente al primer apartado de dicho precepto, sino al régimen general de la Directiva 2009/133/CE⁵⁶. Con lo cual, la aplicación de esta excepción se podrá realizar por la totalidad de los países miembros comunitarios en cuanto todos ellos aplican el principio personal de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos por la renta y patrimonio mundial de sus residentes fiscales. Si bien deberán aplicar las medidas pertinentes para evitar que se produzca el fenómeno de la doble imposición internacional jurídica, conforme a los mecanismos previstos en su legislación interna del mismo modo y en igual cuantía a la que se hubiera aplicado y recaudado en el país en que se hallare el establecimiento permanente.

Como afirma Sánchez⁵⁷, este apartado constituye una regla general no solamente al artículo 10 sino al régimen general de la Directiva, lo cual encuentra el riesgo de que los países comunitarios configuren sus respectivas legislaciones fiscales domésticas para considerar residentes fiscales a las sociedades transmitentes procediendo a la exacción de las plusvalías generadas por la transmisión del establecimiento permanente en las operaciones de fusión, escisión, escisión parcial o aportación de activos.

Debemos concluir que la excepción introducida en el artículo 10.2 de la Directiva 2009/133/CE debiera ser objeto de reflexión, mediante la rigidez en los requisitos que permiten su aplicación y mediante una ampliación de las definiciones contenidas en el artículo 2º, introduciendo una definición comunitaria de “sociedad de un Estado miembro”, al menos a los efectos de la presente Directiva.

2.2.1.5. Doble imposición, reestructuración societaria y régimen de transparencia fiscal

La Directiva 2009/133/CE también prevé disposiciones aplicables a aquellos supuestos en los que la sociedad transmitente o la sociedad beneficiaria puedan ser consideradas como transparentes, a efectos fiscales, y, en consecuencia, la aplicación o no de las disposiciones de dicha norma, que puedan evitar supuestos de doble imposición internacional jurídica en las operaciones contempladas en su ámbito objetivo.

El artículo 11.1 de la Directiva dispone que, cuando un Estado miembro otorgue a una sociedad transmitente o dominada, no residente, la condición de transparente, a efectos fiscales, podrá no aplicar las disposiciones de dicha norma al someter a tributación a las personas que posean una participación directa

⁵⁶ En el mismo sentido, SÁNCHEZ JIMÉNEZ (1995).

⁵⁷ SÁNCHEZ JIMÉNEZ (1995), pp. 184-185.

o indirecta en dicha sociedad por las rentas, beneficios y plusvalías procedentes de las operaciones de concentración de empresas. Sin embargo, el apartado 2 de dicho precepto dispone que, en tal caso, el país miembro que ejerza la acción contemplada en el apartado 1 deberá admitir la deducción del impuesto que se hubiera aplicado a la sociedad considerada como transparente, a efectos fiscales, por sus rentas, beneficios o plusvalías, del mismo modo y en igual importe, por el que el otro Estado miembro lo habría hecho si hubiera aplicado los impuestos y lo hubiera recaudado.

Puede observarse que la norma no pretende desproteger, en términos absolutos, los supuestos en que alguno de los países miembros calificara como sociedad transparente, a efectos fiscales, a la sociedad transmitente, no residente, sino que aquél deberá aplicar las medidas pertinentes para evitar el fenómeno de la doble imposición. El supuesto más común previsto en este artículo sería, por ejemplo, el de un socio, residente en España, que recibe títulos representativos del capital social de una sociedad beneficiaria también residente en España. Sin embargo, el ordenamiento de España considera que la sociedad transmitente ST, residente en Italia, es transparente, a efectos fiscales. En tal caso, España deberá conceder al socio residente en su país una deducción por el impuesto que aquél hubiera tenido que pagar en el país italiano, del mismo modo e importe que aquél hubiera aplicado y recaudado.

Siguiendo la casuística contenida en el artículo 11.1 y 2 de la Directiva 2009/133/CE, un ejemplo de doble imposición jurídica sería el de una sociedad transmitente ST, residente en Italia, que es considerada como transparente por el país comunitario de la sociedad beneficiaria SB, por ejemplo, España, y también por Francia donde reside uno de los socios de la entidad ST que pasaría a serlo de la sociedad SB. La aplicación de los apartados 1 y 2 del artículo 11 de la Directiva 2009/133/CE supondrá que Francia podrá someter a tributación a sus socios residentes por las plusvalías generadas, como consecuencia de la atribución de los títulos en la participación del capital social de la sociedad beneficiaria SB por aplicación del principio personal de contribuir por su renta y patrimonio mundial. Y, a la vez, España podría someter a exacción esas plusvalías por la aplicación del criterio real de asignación positiva, produciéndose así una doble imposición jurídica. Sin embargo, el apartado 2 del artículo 11 dispone que Francia deberá aplicar al socio residente francés una deducción equivalente al impuesto que aquél habría pagado en el Estado italiano y, al mismo tiempo, España deberá concederle otra deducción en las mismas condiciones. Luego, la aplicación de esas medidas podría evitar que se produjera la doble imposición internacional jurídica sobre las plusvalías referidas, haciendo abstracción de la suficiencia o no de las deducciones concedidas al socio francés, si el impuesto italiano que aquél hubiera debido soportar es superior o inferior al que efectivamente ha soportado en España e Italia.

Por otra parte, el artículo 11.3 de la Directiva 2009/133/CE prevé el caso opuesto, es decir que fuera la sociedad beneficiaria o dominante, no residente, la que hubiera sido considerada como transparente, a efectos fiscales por otro Estado

miembro. En este caso, faculta al país comunitario que hubiera realizado dicha evaluación y calificación para no aplicar las disposiciones contenidas en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 8º de dicha norma comunitaria. Aunque el artículo 8.4 de la misma prevé que dicho Estado miembro pueda otorgar a los socios de la entidad beneficiaria calificada como transparente, a efectos fiscales, el mismo trato fiscal que hubiera aplicado a aquéllos, si dicha empresa residiera en ese Estado miembro.

En consecuencia, la facultad ejercida por cualquier Estado miembro que otorga el artículo 8.3 de la Directiva 2009/133/CE podría generar la inaplicación de dicha norma y, en ciertos casos, que puedan presentarse diversos supuestos de doble imposición jurídica. Piénsese en el ejemplo de una operación de aportación de activos por parte de la sociedad ST, residente en Italia, a la sociedad SB, residente en España. Además, se da la circunstancia de que algunos de los activos objeto de la transmisión están situados en Francia. Pues bien, si Italia, tras evaluar las características jurídicas de la sociedad SB, entendiera que ésta es una entidad transparente, a efectos fiscales, el Estado italiano podría aplicar el impuesto personal sobre los socios beneficiarios por dicha operación de reestructuración empresarial allí residentes, en virtud de la aplicación del principio personal de residencia que le haría tributar por su riqueza mundial; y, por otro lado, Francia también haría tributar aquellas plusvalías por la aplicación el principio de territorialidad, al haberse realizado la enajenación de parte de los activos en su jurisdicción. Luego, al resultar inaplicable la Directiva 2009/133/CE, de acuerdo a lo previsto en su artículo 8.3, se produciría una doble imposición jurídica en la operación de aportación de activos, sin que el Estado miembro que ha calificado a la sociedad beneficiaria como transparente tenga la obligación *ex lege* de evitar el fenómeno de la doble imposición o, en su caso, intentar paliar o eliminar el efecto del gravamen recaído sobre los nuevos socios de la entidad beneficiaria.

La evaluación y calificación jurídica por parte de un Estado miembro sobre la condición de una sociedad como transparente, a efectos fiscales, se presenta como uno de los principales instrumentos que ofrece el artículo 11.4 de la Directiva 2009/133/CE para no aplicar las disposiciones contenidas en la misma pudiendo, en tal caso, producirse supuestos de doble imposición internacional jurídica. La plena independencia y exclusividad con que cada país miembro actúa en el ejercicio de sus facultades y competencias soberanas puede generar distorsiones y discriminaciones por la distinta calificación que cada jurisdicción puede otorgar a una modalidad societaria u otra. Aunque debe reconocerse la necesidad de que los países comunitarios salvaguarden sus intereses financieros, resultaría necesario introducir una definición de lo que debe entenderse por sociedad transparente, a efectos fiscales, en el artículo 2º de dicha norma, ofreciendo mayor certidumbre y seguridad jurídica a los contribuyentes que operan en el mercado interior europeo. Todo ello, en aras de evitar restricciones en la aplicación de la Directiva, con las consiguientes distorsiones en la localización de capitales, competitividad y productividad de las empresas y los perjuicios económicos que la aplicación de

dicha norma les puede deparar. Por el momento, la Directiva 2009/133/CE ha intentado enmendar esta deficiencia mediante la aplicación del método del *tax sparing*, como se verá más adelante.

2.2.1.6. La doble imposición en los traslados de domicilio social de las SE y SCE

La *Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades, asunto Centros C-212/97, de 9-3-1999*, reconoció el derecho a la libertad de establecimiento y de localización del domicilio social para todas las formas de sociedad, y que dicho gravamen supone un quebrantamiento de las libertades fundamentales del mercado interior europeo⁵⁸.

No obstante, los artículos 12 a 14 de la Directiva 2009/133/CE regulan la exención del gravamen en los cambios de domicilio por parte de las sociedades anónimas europeas (*Societas Europaea* o SE), reguladas en el Reglamento (CE) N° 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE), y sociedades cooperativas europeas (SCE), reguladas en el Reglamento (CE) N° 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE). Esencialmente, se trata de evitar que el traslado del domicilio social de estas sociedades a otros Estados miembros se califique como una disolución de dichas corporaciones con el consiguiente gravamen de las plusvalías que podría producirse a sus socios (ex artículo 8.1 del Reglamento (CE) N° 2157/2001 y artículo 7.1 Reglamento (CE) N° 1435/2003), ni la creación de nuevas entidades en el país destino del traslado. Hay autores⁵⁹ que apuntan a la posibilidad de que se produzca un caso de doble residencia, produciéndose la doble imposición, cuando se da el caso en que la misma SE traslade su domicilio social a otro Estado miembro, entendiendo el Estado de salida y el de recepción que el domicilio social radica en sus territorios. Sin embargo, en la medida en que el traslado de domicilio social lleve aparejada la sede de dirección efectiva (conceptos no necesariamente coincidentes en los diferentes Estados miembros con el administración central), se evitará la doble residencia por aplicación de lo previsto en el artículo 4.3 del Modelo de Convenio de la OCDE, generalmente introducido por la mayoría de los Estados en sus convenios de doble imposición. Por añadidura, cabría afirmar la posibilidad de que se produjera otro caso de doble imposición jurídica, por ejemplo, cuando una misma SCE cambiara de domicilio social durante el mismo período impositivo en más de una ocasión.

⁵⁸ LÓPEZ RODRÍGUEZ (2005), también cita la *Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto C-9/02, Hughes de Lasteyrie du Saillant, de 11-3-2004*; CALDERÓN y MARTÍN (2010), quienes citan la *Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto C-470/04, N.*; HORTALÁ I VALLVÉ, Joan (2007). *Comentarios a la red española de convenios de doble imposición*. Navarra: Thomson Aranzadi.

⁵⁹ CALDERÓN y MARTÍN (2010), p. 1170.

En principio, los eventuales supuestos de doble imposición contenidos en los preceptos reseñados parecen revestir menor complejidad, a la hora aplicar la Directiva, razón por la cual no ahondaremos en este tema⁶⁰.

2.2.2. Límites a la aplicación de la Directiva 2009/133/CE. *Aplicación de las cláusulas antiabuso*

El artículo 15.1.a) de la Directiva 2009/133/CE faculta a los Estados miembros a no aplicar, en todo o en parte, las disposiciones previstas en los artículos 4º a 14 de la misma o a retirar, total o parcialmente, el beneficio derivado de su aplicación, cuando alguna de las operaciones contempladas en el artículo 1º tuviera como objetivo principal o este constituyera uno de los principales el fraude o la evasión fiscal. El precepto reseñado establece que las operaciones de concentración empresarial que no se realicen por motivos económicos válidos como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades constituyen una presunción de que la operación tiene como objetivo principal o como uno de los fundamentales el fraude o la evasión fiscal. En este orden, no cabe objetar que la norma comunitaria otorgue facultades a los países comunitarios para no aplicar la Directiva en aquellos supuestos en que las operaciones de reestructuración realizadas por las empresas europeas tengan por objeto el fraude o la evasión fiscal, salvaguardando de este modo los intereses financieros de aquéllos.

El objetivo y finalidad del artículo 15 de la Directiva 2009/133/CE reviste un gran mimetismo con el artículo 1.2 de la Directiva 2011/96/UE (DOUE, L 345, de 29 de diciembre de 2011) donde también se dispone la inaplicación de la norma, si el “propósito principal o uno de sus propósitos principales la obtención de una ventaja fiscal que desvirtúe el objeto o la finalidad de la presente Directiva”, o cuando no existan “razones comerciales válidas que reflejen la realidad económica”; y con el artículo 5º Directiva 2003/49/CE (DOUE, L 157, de 26 de junio de 2003) que prevé idénticas consecuencias, cuando la “transacción cuyo móvil principal o uno de cuyos móviles principales sea el fraude fiscal, la evasión fiscal o el abuso”. Por ello, entendemos que la inaplicación de la Directiva 2009/133/CE debe realizarse con carácter restrictivo, examinando y justificando con la debida precisión cada caso concreto⁶¹⁻⁶², evitando introducir

⁶⁰ Aunque pueden resultar de interés los comentarios de CALDERÓN y MARTÍN (2010), pp. 1185-1188 sobre esta cuestión.

⁶¹ GÓMEZ VERDESOTO, Matta (1999). “Concepto comunitario de fraude o evasión fiscal en relación con las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos y canje de valores: a propósito de la STSJCE de 17 de julio de 1997”. *Impuestos*, N° 1, pp. 75-95.

⁶² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto A. C-28/95, Leur-Bloem & Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2, de 17-7-1997, referido a la Directiva 90/343/CEE, falló en el sentido de que el artículo 2º no exige que la sociedad dominante, en el sentido de la letra h), explote por sí misma una empresa, ni que exista una integración duradera, desde el punto de vista financiero y

trabas en el ejercicio de las libertades fundamentales del mercado interior⁶³⁻⁶⁴, sin que proceda aplicar meras presunciones o justificaciones abstractas que traten de privar de efectos la norma comunitaria.

Esas medidas deberán perseguir una finalidad legítima y adecuada, ser proporcionadas⁶⁵, sin discriminaciones y no vulnerar derechos esenciales de los contribuyentes afectados, evitando aplicar mecanismos de elusión de inaplicación de la norma comunitaria, asumiendo, la carga de la prueba y justificación del propósito y objetivo de cada operación. Y que los impuestos que, en su caso, trataran de evadirse, a efectos de aplicar las normas o cláusulas antiabuso se refieran expresamente a los comprendidos en el ámbito de la Directiva, la cual, debe señalarse, no comprende todos los impuestos y tributos que pueden devengarse con motivo

económico, en una misma entidad, de la actividad empresarial de dos sociedades. El hecho de que una misma persona física, que era socia única y directora de las sociedades dominadas, pase a ser socia única y directora de la sociedad dominante, no impide calificar la operación de fusión por canje de acciones; sobre el artículo 11 de la misma norma consideró que la misma debe interpretarse en el sentido de que “*para comprobar si la operación contemplada tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal, las autoridades nacionales competentes deben proceder, en cada caso, a un examen global de dicha operación. Tal examen debe ser susceptible de control jurisdiccional. Conforme a la letra a) del apartado 1 del artículo 11 de la Directiva, los Estados miembros pueden establecer que el hecho de que la operación contemplada no se haya efectuado por motivos válidos constituye una presunción de fraude o de evasión fiscal. A ellos les corresponde determinar los procedimientos internos necesarios para tal fin, respetando el principio de proporcionalidad. No obstante, el establecimiento de una norma de alcance general que prive automáticamente de la ventaja fiscal a determinadas categorías de operaciones fiscales basándose en criterios como los mencionados en la respuesta a la segunda cuestión, letra a), tanto si se ha producido efectivamente una evasión o un fraude fiscal, como si no, excedería de lo necesario para evitar dicho fraude o evasión fiscal e iría en detrimento del objetivo perseguido por la Directiva*”; y, sobre el concepto de “motivo económico válido” previsto en el artículo 11 de la Directiva 90/434 (actual artículo 15.1.a) “*debe interpretarse en el sentido de que es más amplio que la búsqueda de una ventaja puramente fiscal, como la compensación horizontal de pérdidas*”.

⁶³ CALVO VÉRGEZ, Juan (2011). “Régimen fiscal especial aplicable en el impuesto sobre sociedades a las aportaciones no dinerarias de ramas de actividad y de canje de valores: su compatibilidad con los principios de libertad de establecimiento y de libre circulación de capitales”. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Nº 21, pp. 44-53. El autor pone de manifiesto algunas trabas previstas en los artículos 83.5 y 87.1 del derogado Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades español (BOE de 11 de marzo de 2004 y corrección de errores de 25 de marzo), en el que, para las operaciones de aportaciones no dinerarias especiales de participaciones, se exigía la necesidad de la condición de residente español de la entidad que recibe la aportación, así como la participación mínima del 5% de la entidad receptora, tras la aportación, en consonancia con la doctrina de la Dirección General de tributos, entre otras, la consulta, de fecha 3 de abril de 2009. Dichos requisitos no se encuentran contemplados en la normativa comunitaria.

⁶⁴ ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, César (1994). “La actividad económica en la Ley Tributaria de Fusiones y Escisiones Empresariales”. *Crónica Tributaria*, Nº 71, pp. 31-36. En relación a la ya derogada ley Nº 29/91, el autor denunciaba los impedimentos contenidos en la misma para no aplicar el régimen de diferimiento del gravamen en los incrementos y disminuciones patrimoniales en los elementos patrimoniales no afectos a actividades económicas en la sociedad transmitente e incidiendo en la determinación de las “ramas de actividad”, en contraposición a la jurisprudencia comunitaria citada por el autor, a saber, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Commerz Credit Bank*, de 13 de octubre de 1992.

⁶⁵ LÓPEZ RODRÍGUEZ (2005).

de la operación de concentración, sino esencialmente los impuestos que gravan a las sociedades y los socios⁶⁶.

Un ejemplo empírico sobre estas consideraciones se puso de manifiesto en el estudio sobre la modificación de la Directiva 90/434/CEE, donde la Comisión⁶⁷ tuvo que salir al paso de algunas prácticas llevadas a cabo por algunos países miembros que, mediante la aplicación de cláusulas antiabuso, estaban exigiendo que las acciones recibidas como consecuencia de una aportación o de un canje se mantengan en poder del adquirente durante un período de entre tres y siete años, al entender que las transmisiones instantáneas de los títulos podrían constituir un abuso en el sentido del artículo 11 de la Directiva. En este sentido, la Comisión recordó la doctrina de la Corte comunitaria en el asunto *Leur-Bloem*, C-28/95⁶⁸. Otro ejemplo lo constituye la compensación en dinero en una operación de canje de acciones mediante una distribución de dividendos por la sociedad dominante cuyo único motivo económico válido era el ahorro fiscal, según estimó la Corte europea, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto C-321/05, *Kofoed*, de 5-7-2007⁶⁹. O los casos de las fusiones apalancadas, que presentan numerosas ventajas⁷⁰, y que ha precisado el análisis, caso por caso, a la hora de aplicar o no la Directiva comunitaria sobre reestructuración de empresas

⁶⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-352/08, *Zwijnenburg*, de 20 de mayo de 2010, comentada por SANZ CLAVIJO, Alfonso (2012) “¿Cuál es el fraude fiscal exigido por el artículo 11.1 letra a) de la Directiva de fusiones, escisiones, etc. para poder aplicarse la norma antiabuso que esta disposición contiene?”. *Noticias de la Unión Europea*, Nº 332, pp. 97-102. Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto C-255/02 *Halifax & Leeds Permanent Development Services Ltd plc*, de 21 de febrero de 2006; Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto C-196/04 *Cadbury Schweppes plc & Cadbury Schweppes Overseas Ltd*, de 12 de septiembre de 2006; Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto F.W.L. de Groot & Staatssecretaris van Financiën, C-385/00, de fecha 12 de diciembre de 2002; Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto C-212/97, *Centros Ltd & Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, de 9 de marzo de 1999.

⁶⁷ COMISIÓN (2003), p. 8.

⁶⁸ Vid. los comentarios a dicha sentencia en CALDERÓN y MARTÍN (2010).

⁶⁹ MENÉNDEZ GARCÍA, Gerardo (2009). “Concepto de ‘compensación en dinero’ y posible existencia de un ‘abuso de derecho’ en un canje de valores inmediatamente seguido de una distribución de dividendos por la sociedad dominante: [STJCE *Kofoed*, de 5 de julio de 2007 (As. C-321/05)]”. *Noticias de la Unión Europea*, Nº 290, pp. 53-63.

⁷⁰ FALCÓN Y TELLA, Ramón (2014). “Tratamiento fiscal de las fusiones posteriores a una adquisición apalancada (leveraged buyout): San 16 octubre 2013”. *Revista Quincena Fiscal*, Nº 3, pp. 9-15. a) el apalancamiento permite tomar el control de la empresa con una inversión reducida; b) la empresa incrementará sustancialmente los beneficios del capital invertido, dado que el apalancamiento tiene un efecto multiplicador en la ganancia; c) las entidades que han financiado la adquisición garantizan el cobro de la deuda con los activos de la empresa adquirida; d) la operación de fusión permite que el pago de la deuda se abone por la propia empresa adquirida; e) la entidad absorbente no soporta el coste fiscal de los repartos de dividendos que habría necesitado para hacer frente a la deuda contraída por la operación, aunque si el lote adquirido fuera superior al 5%, dicho coste no existiría, al aplicarse una deducción del 100%; f) la empresa adquirida rebaja sustancialmente los costes tributarios al deducir como gastos los intereses financieros derivados del préstamo y la amortización del fondo de comercio nacido de la fusión.

atendiendo al verdadero motivo económico⁷¹. A este último respecto, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-126/10, Foggia-SGPS, de 10-11-2011, rechazó como motivos económicos válidos, en el asunto en cuestión, el ahorro de los costes resultantes de la reducción de los gastos administrativos y de gestión mediante la desaparición de la sociedad absorbida, dado que es inherente a toda operación de fusión por absorción en la medida en que esta última implica, por definición, una simplificación de la estructura del grupo. Admitió que (apartado 47) *“nada se opone, en principio, a que una operación de fusión que lleve a cabo una reestructuración o una racionalización de un grupo que permita reducir los gastos administrativos y de gestión de éste pueda tener motivos económicos válidos. No obstante, ése no es el caso de una operación de absorción, como la controvertida en el litigio principal, en el que parece resultar que, habida cuenta de la amplitud de la ventaja fiscal que se pretende obtener, a saber más de 2 millones de euros, el ahorro realizado por el grupo de que se trata en términos de costes estructurales es completamente marginal”*⁷². Coincidiendo con este último autor, la Corte comunitaria adoptó una posición de mayor enjundia, a la hora de estimar si un motivo económico es o no válido, ponderando los efectos jurídico-económicos de la operación con otros objetivos (aprovechamiento de ventajas fiscales) en un contexto de posible fraude o evasión fiscal. Lo cual muestra un posicionamiento objetivo cuya apreciación gravita en torno a los objetivos y fundamentos de la norma comunitaria⁷³. En este orden, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea recordó el *“principio general del Derecho de la Unión según el cual está prohibido el abuso de derecho. La aplicación*

⁷¹ FALCÓN Y TELLA (2014). El autor cita algunas resoluciones judiciales como la de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, en línea de principio, a la hora de analizar la posibilidad de que la fusión se acoja al régimen de diferimiento de las plusvalías, las *Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2012 (recurso 4299/2010) y de 25 de abril de 2013 (recurso 5431/2010)* afirman que *“las fusiones apalancadas pueden perseguir objetivos diversos, no solamente fiscales, como, por ejemplo, facilitar la reorganización empresarial; mejorar la gestión del capital empresarial, evitando la sobrecapitalización, o armonizar los intereses de la propiedad y de la gestión”*. Luego, debe analizarse cada caso concreto para poder determinar objetivamente *“cuáles son los objetivos designios perseguidos por la operación para determinar si los fiscales son los preponderantes, puesto que sólo si se llega a esa convicción podrá concluirse que la fusión apalancada no se realizó por motivos económicos válidos”*. En ambos casos, no se estimó aplicable el régimen especial, dado que estos eran las finalidades alegadas, la simplificación administrativa, el ahorro de costes y la exigencia de llevar a término la fusión, en virtud de las obligaciones contraídas en el contrato de préstamo que permitió la adquisición. Es evidente que los dos primeros motivos no tienen entidad suficiente, en consonancia con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto Foggia, de 10 de noviembre de 2011, apartados 48 y 49. En consecuencia, si se admitieran como motivos económicos válidos, habría que admitir la mayoría de las operaciones de concentración de empresas, aunque llevaran aparejadas motivos económicos verdaderamente no válidos. Respecto al tercer motivo aducido, referido al cumplimiento adquirido con el banco prestamista, más que un motivo económico válido, se trataría de una consecuencia inherente a la fórmula empleada.

⁷² Con mayor profusión es tratada por CALDERÓN CARRERO, José Manuel (2012). *“Una vuelta de tuerca a la interpretación europea de la cláusula antiabuso de la ‘directiva de fusiones’: ¿hacia motivos económicos válidos de ‘alto voltaje’? Revista de Contabilidad y Tributación, N° 347, pp. 5-40.*

⁷³ En el mismo sentido, LANG (2011), citado en CALDERÓN CARRERO (2012).

de estas normas no puede extenderse hasta llegar a cubrir prácticas abusivas, esto es, operaciones que no se realicen en el marco de transacciones comerciales normales, sino únicamente para beneficiarse abusivamente de las ventajas establecidas en dicho Derecho (véanse, en ese sentido, las sentencias de 9 de marzo de 1999, Centros, C-212/97, Rec. p. I-1459, apartado 24; de 21 de febrero de 2006, Halifax y otros, C-255/02, Rec. p. I-1609, apartados 68 y 69, y Kofoed, apartado 38)” (apartado 50); y que “para comprobar si la operación contemplada persigue un objetivo de estas características, las autoridades nacionales competentes no pueden limitarse a aplicar criterios generales predeterminados, sino que deben proceder, caso por caso, a un examen global de la misma. En efecto, el establecimiento de una norma de alcance general que prive automáticamente de la ventaja fiscal a determinadas categorías de operaciones, sin tener en cuenta si se ha producido o no efectivamente la evasión o el fraude fiscal, excedería de lo necesario para evitar dicho fraude o evasión fiscal e iría en detrimento del objetivo perseguido por la Directiva 90/434 (sentencia Leur-Bloem, antes citada, apartados 41 y 44)” (apartado 37). La Corte comunitaria dictaminó que, en el caso de una operación de fusión entre dos entidades del mismo grupo, puede concluirse que existe “un motivo económico válido”, el hecho de que, en la fecha de la operación de reestructuración, la sociedad absorbida no ejerza ninguna actividad, no posea ninguna participación financiera y sólo transfiera a la sociedad absorbente pérdidas fiscales de importe elevado y origen indeterminado, aunque dicha operación tenga un efecto positivo en cuanto al ahorro de costes estructurales para el grupo.

Así pues, conforme prevé el artículo 15.1.a) de la Directiva 2009/133/CE, los Estados miembros disponen en sus respectivas legislaciones tributarias nacionales de los mecanismos procedimentales para fiscalizar el plan económico justificativo sobre la validez de los motivos económicos de la operación de concentración empresarial para, en su caso, ser aprobado por la administración tributaria respectiva, cumpliendo las condiciones fijadas a tal fin⁷⁴. Algunos autores han afirmado que la limitada aplicación de la Directiva obedece al agresivo enfoque antiabuso desplegado por las autoridades fiscales de los países comunitarios⁷⁵, haciendo referencia al cambio en las normas de Derecho tributario internacional que se aplican a estas operaciones que, en ocasiones, provocan el traslado de la residencia fiscal de la sociedad beneficiaria. Ese efecto puede dar lugar a operaciones de planificación fiscal tendentes a beneficiar a las entidades fusionadas, con arreglo a los convenios de doble imposición más beneficiosos suscritos entre los países comunitarios.

Finalmente, el artículo 15.1.b) señala un supuesto adicional en el que los Estados miembros pueden negarse a aplicar la Directiva 2009/133/CE o retirar, total o parcialmente, los beneficios contenidos en la misma, cuando alguna de las sociedades, que haya participado o no en la operación, ya no reúna las condiciones

⁷⁴ En la imposición societaria española, vid. los artículos 76 y siguientes de la ley N° 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, y los artículos 48 y siguientes del Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (BOE de 11 de julio de 2015).

⁷⁵ CALDERÓN y MARTÍN (2010), p. 1188. GARCÍA (1997), citado en RUIZ HIDALGO (2002), pp. 104-105.

necesarias para la representación de los trabajadores en los órganos de la sociedad, según las modalidades aplicables antes de la operación en cuestión.

2.3. Ámbito subjetivo de la Directiva 2009/133/CE y doble imposición

En las operaciones de reestructuración de empresas suelen intervenir tanto personas físicas como personas jurídicas. Así, es habitual que una entidad no vinculada a otra o con un porcentaje de participación mínimo en concurrencia con otros socios y accionistas opte por realizar una fusión sobre ésta última que, a su vez, está participada por personas físicas. Luego, la necesidad de lograr salvar los obstáculos que se presentan en las operaciones de concentración de empresas exige no solamente evitar las distorsiones, discriminaciones, restricciones, desventajas, etc., que se presentan para los entes societarios intervinientes, sino también para sus socios quienes podrían oponerse a la realización de aquellas operaciones, si las consecuencias jurídico-tributarias derivadas de las mismas fueran sustancialmente perniciosas⁷⁶.

Por esta razón, la Directiva 2009/133/CE amplía su ámbito subjetivo de aplicación tanto a las sociedades corporativas intervinientes en las operaciones de fusión, escisión, escisión parcial, aportación activos y canje de valores como a sus socios, ya sean personas físicas o jurídicas. También se incluyen las sociedades calificadas como transparentes por otros Estados miembros (apartado 8 del preámbulo), ya se trate de entidades que intervienen en la operación de concentración de empresas (ex artículos 4.3 y 11) como de sus socios (ex artículo 8.3).

En relación a las sociedades comprendidas en el ámbito subjetivo de la norma, el artículo 3º de la Directiva 2009/133/CE las define de forma similar a la Directiva 2003/49/CE y la Directiva 2011/96/UE, es decir, que incluya algunas de las modalidades societarias comprendidas en la parte A del anexo I de dicha norma, que tenga su domicilio fiscal en un Estado miembro, sin que pueda considerarse que no tenga fuera de la comunidad, a tenor de algún convenio de doble imposición suscrito por un tercer Estado, y que dicha entidad esté sujeta, y no exenta, a alguno de los impuestos enumerados en la parte b del anexo I. Dicha sujeción y no exención deberá ser imperativa y no potestativa para dichas sociedades.

Respecto a las modalidades societarias relacionadas en la parte A del anexo I, éste no contiene todos los sujetos pasivos del impuesto sobre sociedades ni las entidades constituidas conforme al derecho de sociedades de los diferentes países miembros⁷⁷, del mismo modo que la Directiva 2003/49/CE, comprendiendo sólo

⁷⁶ En el mismo sentido, SÁNCHEZ JIMÉNEZ (1995), p. 179.

⁷⁷ En el caso de España, la norma se aplicaría a las sociedades anónimas, sociedades comanditarias por acciones, sociedades de responsabilidad limitada y los organismos de Derecho público que se rigen por el Derecho privado.

determinadas modalidades societarias⁷⁸. Así, por ejemplo, la plusvalía generada como consecuencia de una escisión parcial de una rama de actividad realizada por una sociedad mercantil comanditaria simple, residente en España, a otra sociedad de responsabilidad limitada, podría dar lugar a un caso de doble imposición jurídica para la entidad transmitente comanditaria simple, si alguno de los bienes transmitidos estuviera situado en otro país. Luego, las medidas contenidas en la Directiva 2009/133/CE para evitar la doble imposición jurídica no serán aplicables a cualquier operación de reestructuración societaria, si no comprende alguna de las modalidades societarias incluidas en el parte A del anexo I. Con lo cual, a título ejemplificativo, aquellos grupos societarios europeos complejos, ramificados en diferentes figuras societarias e incluso asociativas, no podrán evitar los casos de doble imposición jurídica que pudieran producirse en sus operaciones de concentración empresarial en el mercado interior europeo, sino en las principales modalidades societarias más comunes.

Esta restricción no solamente perjudicará a las pequeñas y medianas empresas constituidas mediante otras figuras societarias como, por ejemplo, la entidad comanditaria simple prevista en el ordenamiento jurídico español, sino también a aquellos grupos societarios europeos ramificados en diferentes formas empresariales y asociativas. Con lo cual, dicha restricción podrá dar lugar a que se generen casos de doble imposición internacional jurídica en operaciones de concentración empresarial que afectan a figuras societarias e incluso asociativas con plena justificación y motivos económicos válidos para racionalizar las actividades mercantiles. Por ello, sería recomendable ampliar de manera racional y paulatina las modalidades societarias y empresariales que puedan acogerse al régimen general de la Directiva 2009/133/CE, en aras de evitar que se produzcan supuestos injustos de doble imposición internacional jurídica, así como evitar distorsiones, discriminaciones, restricciones, desventajas, etc., ausencia de neutralidad fiscal en aquellas operaciones de concentración de empresas con plena justificación dentro los fundamentos y objetivos esenciales de la norma comunitaria⁷⁹⁻⁸⁰⁻⁸¹.

⁷⁸ LÓPEZ RODRÍGUEZ (2005), p. 86. Este autor señala, en concreto, la relación restrictiva de sociedades por parte de Dinamarca.

⁷⁹ Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 90/434/CEE relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizadas entre sociedades de diferentes Estados miembros, COMISIÓN (2003), 293 final. DOCE N° C 255, de 20 de agosto. En los considerandos segundo y tercero ya se ponía de manifiesto la necesidad de que la Directiva se aplicara a todas las empresas que operan en el mercado interior europeo.

⁸⁰ COMISIÓN (2003), 613 final, de 17 de octubre de 2003. En la parte III, se reiteró tal circunstancia llegándose a señalar la no inclusión de las sociedades personas que tributan en el impuesto sobre sociedades en algunos países europeos.

⁸¹ COMISIÓN (1992), p. 252. En esta comunicación ya se recomendaba ampliar el ámbito de la aplicación de la Directiva incluyendo a las empresas individuales solamente en aquellas operaciones que pudieran afectarles, como la aportación de activos. Esta línea parece ser compartida por SÁNCHEZ JIMÉNEZ (1995),

La parte A del anexo I también comprende las sociedades constituidas al amparo de lo dispuesto en el Reglamento (CE) N° 2157/2001 y en la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE) en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, y las sociedades cooperativas constituidas al amparo de lo dispuesto en el Reglamento (CE) N° 1435/2003 y en la Directiva 2003/72/CE del Consejo, de 22 de julio de 2003, por la que se completa el Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE), en lo que respecta a la implicación de los trabajadores.

La exigencia del domicilio fiscal en territorio comunitario de las sociedades comprendidas en el ámbito de aplicación de la norma erige el mismo requisito que en las Directivas 2011/96/UE y 2003/49/CE. Luego, la ausencia de una definición de “domicilio fiscal” o de criterios materiales delimitadores o jerárquicos en el artículo 3.b) de la Directiva 2009/133/CE viene a reiterar el mismo problema planteado en la Directiva 2011/96/UE y la Directiva 2003/49/CE. Dicha omisión podría dar lugar a supuestos de doble imposición internacional, si los convenios de doble imposición suscritos entre los países miembros no lograran solucionar el conflicto planteado. Por esta razón, en el presente caso, reiteramos igualmente la necesidad de una definición o de criterios objetivos para determinar lo que debe entenderse por “domicilio fiscal” en la Directiva 2009/133/CE. Mientras tanto, las controversias que puedan plantearse deberán intentar resolverse mediante los convenios bilaterales de doble imposición firmados entre los países comunitarios, el Modelo de Convenio de la OCDE y sus comentarios, y, en su caso, por la legislación tributaria de cada uno de Estados miembros.

Igualmente, la Directiva exige un tercer requisito en la definición de sociedad comprendida en su ámbito de aplicación similar a la Directiva 2003/49/CE y la Directiva 2011/96/UE, en el sentido de que aquéllas estén sujetas y no exentas al impuesto sobre sociedades en sus respectivos países miembros comunitarios⁸².

Por otra parte, los artículos 7° y 8° de la Directiva 2009/133/CE establecen que la ampliación de su ámbito subjetivo también alcanza a las personas físicas que ostentan la condición de socios en las entidades transmitentes y/o beneficiarias intervinientes en las operaciones de fusión, escisión, escisión parcial, aportación de activos y canje de acciones. La razón fundamental de la inclusión de los socios, ya se trate de personas físicas o jurídicas, es evitar la oposición⁸³ por parte de

p. 173; LÓPEZ RODRÍGUEZ (2005), pp. 83 y ss.; y asimetrías en la aplicación de la Directiva (CALDERÓN y MARTÍN (2010), pp. 1171-1173).

⁸² LÓPEZ RODRÍGUEZ (2005). Es decir, que se trataría de una sujeción y no exención subjetiva al impuesto sobre sociedades del país miembro en cuestión, no de una mera sujeción objetiva.

⁸³ Por ejemplo, el artículo 194.1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital española (BOE de 3 de julio de 2010 y corrección de errores de 30 de agosto) dispone: “*En las sociedades anónimas, para que la junta general ordinaria o extraordinaria pueda acordar válidamente el aumento o la reducción del capital y cualquier otra modificación de los estatutos sociales, la emisión de obligaciones, la supresión o la limitación del derecho de adquisición pre-*

aquéllos en la adopción de los acuerdos de reestructuración empresarial por los sobrecostos fiscales o la doble imposición que pueden soportar al materializar de dichas operaciones. A todo esto, cabe añadir que el artículo 8.3 de la Directiva 2009/133/CE dispone que incluso en aquellos supuestos en que los socios fueran entidades consideradas transparentes, a efectos fiscales, en virtud de una evaluación por un Estado miembro de las características jurídicas de dicho socio, con arreglo a la ley a la que se constituyó, aquel Estado miembro no podrá exigir tributación alguna a las referidas personas por las rentas, beneficios o plusvalías que se deriven de la atribución al socio de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria o transmitente. Esto viene a representar el interés de la norma comunitaria en soslayar los efectos nocivos de la doble imposición internacional jurídica sobre los socios en su definición más extensa, en aras de facilitar la aprobación y ejecución de dichas operaciones de reestructuración de empresas.

Luego, la inclusión de las medidas contenidas en la norma comunitaria para evitar la doble imposición deberá alcanzar a todos los sujetos intervinientes en la operación, de forma directa o indirecta, es decir, las entidades transmitentes y adquirentes, y sus respectivos accionistas o partícipes. No obstante lo anterior, como señala Sánchez, la normativa fiscal⁸⁴ no tendrá en cuenta los supuestos de doble imposición que podrán generarse con posterioridad, por ejemplo, cuando la sociedad beneficiaria de la operación de concentración de empresas, residentes en un país comunitario, realice la distribución de beneficios a los nuevos socios residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea, en cuyo caso, si se trata de personas físicas, habrá que estar a lo que dispongan los convenios de doble imposición y las medidas previstas, a tal fin, en las legislaciones nacionales de los países comunitarios⁸⁵.

2.4. Requisitos materiales de aplicación de la Directiva 2009/133/CE y la doble imposición

La aplicación de la Directiva 2009/133/CE requiere el estricto cumplimiento de las exigencias previstas en sus diferentes preceptos. En esencia, los requisitos

ferente de nuevas acciones, así como la transformación, la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero, será necesaria, en primera convocatoria, la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean, al menos, el cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho de voto”.

⁸⁴ SÁNCHEZ JIMÉNEZ (1995), pp. 180-181. En este estudio, la autora se refería a la Directiva 90/434/CEE, vigente en aquel entonces, pero igualmente aplicable a la Directiva 2009/133/CE.

⁸⁵ COMISIÓN (2003), 810 final. En la Comunicación de la Comisión sobre la “Imposición de dividendos percibidos por personas físicas en el mercado interior”, aquella propuso directrices sobre la incidencia del Derecho comunitario sobre los sistemas de imposición de dividendos aplicados por los Estados miembros, con la finalidad de que éstos velen por la compatibilidad de sus normas tributarias con las obligaciones del mercado interior. La Comisión aludió a que los Estados miembros no pueden aplicar una imposición superior a los dividendos entrantes o salientes respecto a los dividendos nacionales (citó la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en particular, el asunto C-35/98, Verkooyen, de 6 de junio de 2000, a la luz de las disposiciones relativas a la libre circulación de capitales).

materiales exigidos por dicha norma pueden clasificarse en dos tipos. Por un lado, la exigencia de que las operaciones de reestructuración empresarial puedan incardinarse y cumplan los requisitos previstos para cada una de sus modalidades. Y, por otro, el cumplimiento efectivo de la afección de los elementos patrimoniales y su valoración, tras la operación de concentración de capital concreta.

En relación al cumplimiento de los requisitos materiales en las diferentes modalidades de concentración empresarial, el artículo 2º de la Directiva 2009/133/CE define de manera separada cada una de las operaciones comprendidas en el ámbito objetivo de la norma. Esas definiciones no se limitan a una mera reiteración del contenido de la norma, sino que se pretende hacer hincapié en la necesidad de cumplir en rigor los requisitos exigidos por la norma comunitaria para que la operación en cuestión pueda subsumirse en el ámbito objetivo de aplicación de la Directiva. Piénsese en el supuesto de una fusión contemplado en el artículo 2.a), apartado i), suponiendo que la sociedad que transfiere la totalidad de su patrimonio, activo y pasivo, no llegará a disolverse, sino que lo que se efectúa es una mera transmisión del patrimonio empresarial sin que dicha entidad ni se disuelva ni se liquide permaneciendo pues inactiva. O se transmite la totalidad del patrimonio, activo y pasivo, a la entidad beneficiaria, no en el momento de su disolución sin liquidación sino con carácter previo, y, además, no se atribuyen títulos representativos del capital social de la sociedad adquirente. En estos casos, el incumplimiento de esos requisitos excluiría la operación de fusión contemplada en el apartado antedicho, con lo cual la Directiva 2009/133/CE no sería aplicable y, en consecuencia, podrían producirse supuestos de doble imposición internacional en dicha operación. Y lo mismo sucederá con el incumplimiento del resto de los requisitos materiales exigidos en cada una de las operaciones contempladas en la norma comunitaria, es decir en las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportación de activos y canje de acciones. Un ejemplo empírico podríamos citarlo en una operación de aportación de activos donde la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto C-43/00, Andersen og Jensen ApS & Skatteministeriet, de 15-1-2002, apartado 35, tras definir lo que se entendía por “rama de actividad”⁸⁶, dictaminó que no se producía tal aportación cuando en una operación se estipula que la sociedad transmitente retendrá el capital de un préstamo de elevada cuantía concertado por ésta y que se transfiere a la entidad beneficiaria las obligaciones inherentes al mismo, entiendo pues no aplicable la Directiva 2009/133/CE por incumplimiento de dicho requisito material.

⁸⁶ “De ello se desprende que el funcionamiento autónomo de la explotación debe apreciarse, en primer lugar, desde el punto de vista del funcionamiento –los activos transferidos deben poder funcionar como una empresa autónoma sin necesidad, a tal fin, de inversiones o aportaciones adicionales– y sólo en segundo lugar, desde el punto de vista financiero. El hecho de que una sociedad beneficiaria de una aportación recurra a un crédito bancario en las condiciones normales de mercado no puede, en sí mismo, excluir que la explotación aportada tenga un carácter autónomo, ni siquiera cuando garantizan el crédito los accionistas de la sociedad beneficiaria de la aportación, quienes afectan sus acciones en dicha sociedad en garantía del crédito concedido”.

Puede afirmarse que los Estados miembros tendrán cierto margen para ampliar el elenco de supuestos previstos en la Directiva 2009/133/CE o flexibilizar la exigencia de sus requisitos para que las operaciones de reestructuración empresarial puedan acogerse a las medidas contenidas en dicha norma y evitar que se produzcan fenómenos de doble imposición jurídica⁸⁷. En este sentido, entenderíamos que la norma comunitaria no impide de manera expresa que la transposición de la Directiva se pueda realizar en términos más beneficios para el contribuyente, siempre que no resulte una competencia fiscal dañosa ni genere distorsiones en el funcionamiento del mercado interior europeo por otras razones, como la falta de neutralidad.

Por otra parte, en lo que respecta a los requisitos materiales de afección de los elementos patrimoniales transferidos y su valoración, la Directiva 2009/133/CE contempla la exigencia de determinados requisitos cuyo incumplimiento determina la pérdida de la exención fiscal diferida que la norma otorga a las plusvalías generadas en las operaciones de concentración de empresas previstas en aquélla. De este modo, el artículo 4.4 dispone que la exención tributaria de las plusvalías previstas en el artículo 4.1 referidas a las operaciones de fusión, escisión o escisión parcial quedará condicionada a que la sociedad beneficiaria calcule las nuevas amortizaciones y las plusvalías o minusvalías correspondientes a los elementos patrimoniales adquiridos en las mismas condiciones en que lo hubiera hecho la entidad transmitente, en caso de haberse llevado a cabo la operación de fusión, escisión o escisión parcial. Luego, el incumplimiento de dichas exigencias determinará la no aplicación de la exención prevista en el apartado 1 del meritado artículo 4º y, en consecuencia, podrían producirse fenómenos de doble imposición en aquellas operaciones.

No obstante lo anterior, los preceptos de la Directiva 2009/133/CE están impregnados de la debida proporcionalidad en su aplicación en tanto y en cuanto, por ejemplo, el incumplimiento, en parte, de los requisitos de afección y valoración de los elementos patrimoniales transmitidos en las operaciones de concentración empresarial determinarían la no aplicación de las medidas contenidas en dicha norma de manera proporcional. A título ejemplificativo, cabe traer a colación el artículo 4.5 que dispone que, cuando, conforme a la legislación tributaria del país miembro de la sociedad transmitente, la sociedad adquirente pueda calcular las nuevas amortizaciones y las plusvalías o minusvalías correspondientes a dichos elementos patrimoniales adquiridos en condiciones distintas a las previstas en el apartado 4 del mismo precepto, no se aplicará la exención fiscal prevista en el apartado uno en aquellos elementos de activo y pasivo sobre los que se hubiera hecho uso de dicha facultad.

Finalmente, otro de los requisitos materiales exigidos por la Directiva 2009/133/CE para la aplicación del régimen fiscal contenido en la misma alcanza

⁸⁷ No se trataría de soslayar o vulnerar el régimen fiscal común previsto en la Directiva para este tipo de operaciones ni generar discriminaciones, distorsiones, desventajas, etc., sino que se trata de intentar adaptar la norma a las nuevas exigencias y fórmulas lícitas emprendidas dentro de la planificación estructural de los grupos societarios europeos.

a los socios beneficiarios de la operación de reestructuración empresarial. Así, los apartados 1, 2 y 3 del artículo 8º prevén la exención fiscal de las rentas, beneficios o plusvalías generadas en las operaciones de fusión, escisión o canje de acciones a aquéllos. Sin embargo, el apartado 4 de dicho precepto dispone que lo previsto en los apartados 1 y 3 sólo será aplicable si el socio no atribuye a los títulos recibidos un valor fiscal más elevado que el que tuvieran los títulos canjeados inmediatamente antes de la fusión, la escisión o el canje de valores. Y el apartado 5 del mismo artículo establece que los apartados 2 y 3 serán aplicables si el socio no atribuye al total de los títulos recibidos y los que posea en la sociedad transmitente un valor fiscal más elevado que el que tuviese inmediatamente antes de la operación de escisión parcial. Estos apartados 4 y 5 del artículo 8º también son aplicables a las operaciones de aportación de activos, conforme establece el artículo 9º de la Directiva 2009/133/CE.

Del mismo modo que sucediera con el eventual incumplimiento de los requisitos materiales exigidos en el artículo 4º de la misma norma, el incumplimiento de los mismos requisitos establecidos en el apartado 4 y 5 del artículo 8º de la Directiva 2009/133/CE determinará la aplicación de la misma regla proporcional, en el sentido de que la exención fiscal prevista en los apartados 1, 2 y 3 de aquel precepto no se aplicará respecto a los títulos en los que el socio haya ejercido su derecho de opción, y con ello, la posibilidad de que pueda producirse el fenómeno de la doble imposición internacional jurídica respecto a dichos títulos.

2.5. Medidas para evitar la doble imposición en la Directiva 2009/133/CE

La amplia y compleja casuística de reestructuración empresarial contenida en la Directiva 2009/133/CE y sus particularidades regulatorias parece justificar que el objetivo instrumental de evitar el fenómeno de la doble imposición en dichas operaciones para lograr el establecimiento de un régimen común que facilite las operaciones de concentración empresarial intente lograrse mediante mecanismos correctores distintos, que procedemos a estudiar a continuación.

2.5.1. El régimen de diferimiento

En esencia, el principal mecanismo para evitar la doble imposición previsto en la Directiva es una exención en régimen de diferimiento, y no una exención propiamente dicha, sobre las plusvalías generadas en tales operaciones⁸⁸. Este diferimiento de la exacción sobre tales plusvalías intenta proteger los intereses financieros de los países comunitarios que se sienten perjudicados por la marcha de residentes fiscales de su jurisdicción, en concreto, de las entidades absorbidas, escindidas o que aportan activos o establecimiento permanente. Por esta razón, se condiciona dicha exención

⁸⁸ LÓPEZ IRANZO, Fernando (1994). "Neutralidad fiscal y normativa contable de la fusión de sociedades (ley Nº 29/1991 y Normas del ICAC) (I)". *Carta Tributaria*, Nº 205, pp. 1-11.

transitoria a que los bienes transmitidos en las fusiones, escisiones, aportación de activos y traslado de domicilio queden afectos a un establecimiento permanente. De este modo, se concilian los intereses financieros de los Estados miembros y el interés comunitario en evitar obstáculos a las reorganizaciones empresariales⁸⁹. Llegado el momento del devengo de las plusvalías generadas y la exacción correspondiente, la Directiva delega el reparto de la competencia fiscal a las normas de Derecho internacional tributario⁹⁰, apartándose solamente respecto al momento de la operación de reestructuración. Luego, podrá evitarse el fenómeno de la doble imposición al realizarse las operaciones de concentración empresarial, cuando hubiera bienes localizados en otros países miembros, que, en caso contrario, habría tenido lugar por la aplicación del principio de territorialidad por parte del Estado miembro donde se encuentren, y del principio personal por parte del país comunitario donde radique la sociedad transmitente, así como los socios de las entidades reorganizadas.

Desde el punto de vista de la equidad personal, las operaciones de reestructuración empresarial nacionales y comunitarias tendrían un tratamiento equitativo, en el sentido de que estas últimas tampoco se verían mermadas por el fenómeno de la doble imposición jurídica. Cuestión distinta será el régimen jurídico-tributario aplicable a las operaciones de concentración de empresas nacionales, respecto de las comunitarias en cada Estado miembro, y su conformidad con el principio de no discriminación⁹¹, así como los supuestos de doble imposición no definidos como tales por el ordenamiento jurídico en cuestión, cuando se produce la concurrencia de gravámenes sobre la misma manifestación de riqueza o hecho imponible configurado por cada impuesto⁹²⁻⁹³. Desde el prisma del principio de equidad vertical,

⁸⁹ CALDERÓN y MARTÍN (2010).

⁹⁰ SOUSA SANTOS AGUIAR (2005).

⁹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto C-1/93, Halliburton, de 12-4-1994. La Corte comunitaria entendió que la aplicación de una exención por el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados devengados en casos de cesiones o ventas con motivo de una operación de reorganización de un grupo de sociedades solamente, cuando la sociedad hubiera adquirido los bienes transmitidos de una sociedad constituida de conformidad con el Derecho nacional, y la denegaba, si se trataba de una entidad constituida en otro país comunitario, resultaba contraria a la libertad de establecimiento.

⁹² Vid. las referencias expuestas en el epígrafe 1 al inicio del presente trabajo sobre las figuras tributarias que pueden concurrir en las operaciones de reestructuración de empresas. LÓPEZ ESPADAFOR, Carlos María (1999). *La doble imposición interna*. Valladolid: Lex Nova; PÉREZ DE AYALA BECERRIL, Miguel (1996). "El objeto del impuesto: la doble imposición y el artículo 6.2 de la LOFCA". *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, Nº 240, pp. 385-408; PÉREZ DE AYALA BECERRIL, José Luis y PÉREZ DE AYALA BECERRIL, Miguel (1998). *Los fenómenos encubiertos de doble imposición en el derecho español*. Barcelona: Cedecs.

⁹³ Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de marzo de 1987, fundamento jurídico 14 "[...] la representación actora estima que la finalidad del art. 6.2 de la LOFCA consiste en evitar 'una doble imposición económica', lo que le permite sostener que 'el hecho de que exista un impuesto estatal que tome como hecho imponible una determinada materia impositiva imposibilita el que las Comunidades Autónomas establezcan impuestos que recaigan sobre esta misma materia, ya sea total o parcialmente'. Y ésta sería cabalmente la interdicción que ha resultado vulnerada, a su entender, por el nuevo tributo autonómico, confrontado con el impuesto estatal que grava el patrimonio de las personas físicas. Mas tales afirmaciones resultan infundadas, porque arrancan de

se observa un trato equitativo de las rentas, beneficios y plusvalías derivadas de este tipo de operaciones, en tanto los Estados miembros podrán someter a gravamen las plusvalías derivadas de dichas operaciones mediante el régimen de diferimiento, al realizar la enajenación de aquellos elementos patrimoniales, de activo y pasivo, por parte de la entidad beneficiaria, o de las acciones o participaciones por parte de los socios quedando, pues, salvaguardados sus intereses financieros.

Desde el punto de vista de los principios de justicia tributaria, la existencia de un mismo tratamiento jurídico-tributario en las operaciones de reestructuración de empresas nacionales e internacionales, en el que consigue evitarse que se produzca el fenómeno de la doble imposición internacional jurídica, permitiría afirmar que se cumpliría con los principios de igualdad tributaria y capacidad económica, al producirse la misma carga tributaria al presentarse capacidades económicas iguales, reales y no ficticias, así como con el principio de no confiscatoriedad. Si bien es posible que la transgresión de estos principios quede postergada a un momento posterior, ya con independencia del resultado de las normas de reparto que realicen las autoridades fiscales de los países comunitarios al gravar las plusvalías, conforme a los convenios de doble imposición y las medidas unilaterales. En este

una identificación entre los conceptos de materia imponible y hecho imponible que conduce a una interpretación extensiva del art. 6.2 de la LOFCA, notoriamente alejada del verdadero alcance de la prohibición que en dicha norma se contiene. Por materia imponible u objeto del tributo debe entenderse toda fuente de riqueza, renta o cualquier otro elemento de la actividad económica que el legislador decida someter a imposición, realidad que pertenece al plano de lo fáctico. Por el contrario, el hecho imponible es un concepto estrictamente jurídico que, en atención a determinadas circunstancias, la Ley fija en cada caso 'para configurar cada tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria', según reza el artículo 28 de la vigente Ley General Tributaria. De ahí que, en relación con una misma materia impositiva, el legislador pueda seleccionar distintas circunstancias que den lugar a otros tantos hechos imposables, determinantes a su vez de figuras tributarias diferentes. De acuerdo con las precisiones anteriores, parece incuestionable, según resulta incluso de los propios términos literales del precepto, que el art. 6.2 de la LOFCA no tiene por objeto impedir a las Comunidades Autónomas que establezcan tributos propios sobre objetos materiales o fuentes impositivas ya gravadas por el Estado, porque, habida cuenta de que la realidad económica en sus diferentes manifestaciones está toda ella virtualmente cubierta por tributos estatales, ello conduciría, como se destaca por los representantes del Parlamento y Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía y por el Letrado del Estado, a negar en la práctica la posibilidad de que se creen, al menos, por el momento, nuevos impuestos autonómicos. Lo que el art. 6.2 prohíbe, en sus propios términos, es la duplicidad de hechos imposables, estrictamente; Planteada así la cuestión, la comparación del art. 31.1 de la Ley andaluza con el art. 2, párrafo 1º, de la Ley 50/1977, reguladora del Impuesto sobre el Patrimonio, pone de manifiesto que los hechos imposables que ambas normas contemplan son notoriamente distintos. En el primer caso, 'constituye el hecho imponible del impuesto la infrautilización de las fincas rústicas, por no alcanzar en el período impositivo el rendimiento óptimo por hectárea fijada para cada comarca en el correspondiente Decreto de Actuación Comarcal', excluyéndose del mismo, por no considerarse legalmente infrautilizadas, 'las fincas rústicas durante los períodos impositivos en los que no pueda técnicamente realizarse, total o parcialmente, un ciclo de producción agraria'. En el segundo caso, 'constituye el hecho imponible del impuesto la propiedad de toda clase de bienes y la titularidad de derechos de contenido económico atribuibles al sujeto pasivo, conforme a los preceptos de esta Ley, en el momento del devengo'. Estos dos conceptos legales, que se refieren predominantemente al elemento objetivo del presupuesto de hecho de cada tributo, marcan las diferencias existentes entre el impuesto autonómico y el impuesto estatal, pues es obvio que no cabe identificar la 'infrautilización' de fincas rústicas —hecho imponible del impuesto andaluz— con la 'propiedad' de todo tipo de bienes, aunque entre ellos se encuentren las fincas rústicas, que es el hecho que grava el impuesto estatal. De todo lo cual se deduce que la Ley andaluza no ha infringido el art. 6.2 de la LOFCA, debiendo ser rechazada, en consecuencia, la imputación inconstitucionalidad que por este motivo formulan los recurrentes".

sentido, López⁹⁴ postula que la “ausencia de normas concretas en la Directiva está permitiendo la introducción de soluciones a nivel nacional que generan problemas de doble imposición económica: se obliga a dicha entidad a computar los títulos recibidos de acuerdo con el valor histórico del patrimonio transmitido, de tal manera que ésta será gravada por la plusvalía latente en dichos activos y pasivos en una posterior transmisión de las acciones puesto que su precio de adquisición será dicho valor histórico; paralelamente, el establecimiento permanente al que se afecta el patrimonio aportado debe mantener ese mismo valor contable y será gravado por la misma plusvalía latente, en una transmisión posterior [...]. La propuesta originaria de la Directiva tenía previsto que los títulos recibidos en contraprestación fueran valorados conforme a su valor real”⁹⁵. Si bien, aunque podemos coincidir con el autor, lo cierto es que la proyección de la Directiva 2009/133/CE tiene un alcance limitado solamente al momento en que se producen las operaciones de reestructuración de las empresas, relegando las exacciones futuras.

Puede afirmarse que el régimen de diferimiento establecido en la norma comunitaria lograría la necesaria neutralidad fiscal de este tipo de operaciones, evitando la deslocalización de las mismas, en función de las normas tributarias nacionales y los convenios de doble imposición internacional suscritos con otros países comunitarios, favoreciendo la localización de capitales y de factores productivos con el consiguiente aumento de la productividad y competitividad internacional. Esta afirmación debemos hacerla con las oportunas reservas, respecto al posicionamiento de los Estados miembros al aplicar las cláusulas antiabuso. Asimismo, al tratarse de un régimen de diferimiento y no de una exención, Navarro apunta que esta neutralidad fiscal se traduce en un auténtico beneficio o incentivo fiscal al suponer una excepción al régimen jurídico-fiscal ordinario, en aras de favorecer dichas operaciones de reestructuración empresarial⁹⁶.

En consecuencia, la doble imposición se evitaría, en el momento de realizarse la operación de reorganización empresarial, cumpliendo con el objetivo esencial propugnado por la misma en el apartado 14. Posteriormente, cuando se sometan a tributación las plusvalías, las medidas para evitar que se produzca la doble imposición o, en su caso, para eliminarla deberán buscarse en los convenios de doble imposición o en las medidas unilaterales de los países comunitarios.

2.5.2. El método de la exención íntegra en la anulación de participaciones

En los supuestos de anulación de participaciones, cuando la sociedad beneficiaria de la operación de reestructuración posea una participación en el capital de

⁹⁴ LÓPEZ RODRÍGUEZ (2005), p. 93.

⁹⁵ En la misma línea, cita a LOYENS (1993), y WHEELER (1995), citados en LÓPEZ RODRÍGUEZ (2005); CALDERÓN y MARTÍN (2010).

⁹⁶ NAVARRO EGEA (1997), pp. 144-145.

la sociedad transmitente, el artículo 7.1 de la Directiva 2009/133/CE prevé una auténtica exención⁹⁷, sin diferimiento, ni exacción posterior.

Desde el punto de vista de la equidad personal, la exención íntegra en la anulación de las participaciones proporcionará un tratamiento equitativo de las plusvalías generadas en el ámbito nacional y comunitario, desde el prisma del fenómeno de la doble imposición, al evitar que las reorganizaciones empresariales transfronterizas se vean afectadas por aquellas, respecto a las nacionales. El tratamiento jurídico-tributario de las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos y canje de valores que los Estados miembros otorguen a las operaciones nacionales frente al previsto en la Directiva 2009/133/CE podría centrar, en su caso, un posicionamiento distinto.

En el espectro del principio de equidad internacional, existe un trato equitativo en el régimen jurídico-fiscal aplicable a las rentas, beneficios y plusvalías puestas de manifiesto en la anulación de las participaciones, en tanto y en cuanto los elementos patrimoniales de activo y pasivo que han pasado al patrimonio de la entidad beneficiaria permanecen afectos a una actividad económica en el país donde se generó dicha plusvalía. Luego, dicho patrimonio, en principio, continuará generando ingresos fiscales en esa jurisdicción quedando salvaguardados sus intereses financieros. El fortalecimiento de la sociedad beneficiaria extranjera también revertirá beneficios en su país residencia.

Desde el prisma de los principios de justicia tributaria, al no soportar la doble imposición sobre esas rentas, beneficios o plusvalías, habrá un mismo tratamiento jurídico-tributario en las operaciones de reestructuración de empresas nacionales y transfronterizas europeas, acorde con los principios de igualdad tributaria y capacidad económica, al producirse la misma carga tributaria al presentarse capacidades económicas iguales, reales y no ficticias, así como con el principio de no confiscatoriedad. Todo ello, amén del mismo o diferente tratamiento jurídico-tributario de las operaciones nacionales respecto de las comunitarias.

A nuestro parecer, la aplicación del método de la exención íntegra en las operaciones de anulación de participaciones consigue la necesaria neutralidad fiscal, evitando distorsiones en la realización de dichas reestructuraciones.

En conclusión, el fenómeno de la doble imposición jurídica que se produciría en este tipo de operaciones lograría evitarse estimándose óptimo el método de la exención íntegra aplicado por el artículo 7.1 de la 2009/133/CE. Quedando fuera los supuestos excepcionales contemplados en dicha norma, como el comprendido en el artículo 7.2 referido a la tributación de la anulación de las participaciones de la sociedad beneficiaria sobre la entidad transmitente, con determinados porcentajes de participación. En este último caso, se produciría la doble imposición que deberá eliminarse a través de lo previsto en los convenios de doble imposición y las normas de Derecho tributario internacional.

⁹⁷ CALDERÓN y MARTÍN (2010), p. 1179.

2.5.3. *El tax sparing y el método de la imputación*

Además del régimen de diferimiento y exención íntegra contenida en la Directiva 2009/133/CE, que consiguen evitar el fenómeno de la doble imposición jurídica, en otros casos, la norma comunitaria prevé medidas que, a nuestro humilde entender, más que a evitar la doble imposición tienden a evitar distorsiones fiscales en el momento de realizarse la operación. El mecanismo empleado sería el método del *tax sparing*. Este método consiste en la aplicación en el país de residencia de un crédito de impuesto no soportado de manera real y efectiva en el país de la fuente, pero que se aplica como si el contribuyente lo hubiera pagado. En esencia, el pago o no en el país destino del impuesto extranjero sería el elemento fundamental que distinguiría a éste del método de la imputación.

Esta medida se aplica de forma limitada solamente en determinados supuestos. De un lado, viene establecida en el artículo 10.2, referida a los supuestos de aportación de establecimientos permanentes situados en otro país comunitario diferente del de la sociedad transmitente. Y, de otro, los artículos 11.1 y 11.2 de la misma norma, que disponen que los Estados miembros podrán no aplicar las disposiciones contenidas en la norma comunitaria reseñada, cuando consideren que la sociedad transmitente sea transparente, a efectos fiscales. En ambos casos, los preceptos *ut supra* establecen la posibilidad de que los países comunitarios puedan someter a gravamen las operaciones de concentración empresarial en cuestión, pero debiendo admitir, en el caso de la aportación de establecimientos permanentes, una deducción en el impuesto que deberá comprender el que se hubiera aplicado y recaudado sobre dicha transmisión en el país donde se encuentra el establecimiento permanente, de no existir la Directiva 2009/133/CE. Y, en el caso de que la sociedad transmitente fuera considerada como transparente, a efectos fiscales, el país comunitario que ejerciera la facultad de no aplicar las medidas contenidas en la Directiva deberá admitir la deducción del impuesto que se hubiera aplicado a la sociedad considerada transparente del mismo modo e igual importe que lo hubiera hecho el Estado miembro donde se encuentra la misma.

En principio, si la facultad de no aplicar las medidas contenidas en la Directiva la ejecuta un solo país miembro de los afectados por la operación de reestructuración empresarial, el mecanismo del *tax sparing* iría encaminado solamente a evitar que aquellas operaciones soporten exacciones dando lugar a distorsiones y falta de neutralidad fiscal en la planificación y realización de las mismas. Aunque Palao sostiene que el Estado miembro tendrá la opción de aplicar el método de la imputación en sustitución del método de la exención⁹⁸.

Si, por el contrario, fueran dos Estados miembros implicados en la operación los que ejercieran las facultades que les confieren los artículos 10.2, 11.1 y 11.2,

⁹⁸ PALAO TABOADA, Carlos (2005). "La modificación de la directiva de fusiones". *Revista de Contabilidad y Tributación*, N° 268, p. 21.

quizás sería más correcto calificar el método como de imputación al concurrir el presupuesto material del gravamen en dos o más soberanías fiscales sobre la misma operación.

En el presente caso, la aplicación del método del *tax sparing* tendría plena justificación al intentar soslayar los efectos nocivos derivados de la ausencia de un concepto de transparencia fiscal armonizado en el marco jurídico-fiscal comunitario. Dicha omisión puede generar distorsiones en la aplicación de la Directiva 2009/133/CE, las cuales pueden ser enmendadas mediante la aplicación de este método en cuanto, en principio, la aplicación del método de la imputación íntegra u ordinaria no podría resultar aplicable, si la facultad de no aplicar la norma comunitaria proviene de un solo Estado miembro.

La efectividad del principio de equidad personal en el marco de la aplicación del método del *tax sparing* en las operaciones de reestructuración empresarial tendría tres vertientes distintas. En la primera, podría entenderse cumplido este principio si el tipo de gravamen del país comunitario de la sociedad transmitente considerada transparente o el del Estado miembro donde se encuentre el establecimiento permanente es igual al de la soberanía fiscal europea que ejerce el derecho de gravamen sobre aquellas operaciones. Esto es así porque, en el caso de que estas operaciones estuvieran exentas en ámbito del sistema tributario nacional, los contribuyentes nacionales tendrían el mismo tratamiento jurídico-tributario que los agentes económicos comunitarios, en cuanto las consecuencias jurídico-fiscales de las operaciones de concentración empresarial, en principio, serían iguales al no soportar aquellas gravamen alguno.

En la segunda vertiente, se produciría una discriminación para los contribuyentes internacionales frente a aquellos que han realizado operaciones de concentración de empresas en el ámbito nacional, cuando el tipo de gravamen del país donde se encontrara el establecimiento permanente o los elementos patrimoniales de la sociedad transmitente fuera inferior al tipo impositivo del Estado miembro que ha ejercido la facultad de someter a exacción dichas operaciones. Piénsese en el ejemplo de una operación de reestructuración empresarial exenta de impuestos realizada en el seno de un país comunitario. A su vez, con ocasión de una operación internacional de concentración de empresas, aquel país somete a tributación las plusvalías obtenidas por la sociedad beneficiaria residente en su país, al entender que la entidad transmitente es transparente, a efectos fiscales. En este caso, si el tipo impositivo del país comunitario de la sociedad transmitente fuera del 25% y el del Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria fuera del 30%, la operación internacional de reestructuración empresarial sufriría un exceso de imposición del 5% frente a la realizada en el ámbito nacional que estaría plenamente exenta de tributación. Con lo cual, la operación de reestructuración internacional soportaría un tratamiento jurídico-fiscal discriminatorio frente a la realizada en el ámbito interno, amén de la cuestión referida a la comparabilidad de ambos perfiles de los contribuyentes.

En la tercera vertiente, la aplicación del principio de equidad personal mediante el mecanismo del *tax sparing* sería el supuesto inverso al anterior, es decir que el tipo de gravamen del país comunitario donde radique la sociedad transmitente o donde se encuentre el establecimiento permanente objeto de la transmisión fuera superior al del Estado miembro donde estuviera domiciliada la sociedad beneficiaria. En tal caso, la aplicación de la deducción de un impuesto no aplicado por un importe superior al del Estado miembro que somete a gravamen la operación de reestructuración societaria concreta podría dar lugar a una devolución de ingresos tributarios en beneficio del contribuyente internacional frente a aquellos que han realizado dichas operaciones en el ámbito interno de ese mismo país.

Por otra parte, en el marco del principio de equidad internacional, el reparto impositivo que los Estados miembros realizan con la aplicación del método del *tax sparing* puede entenderse equitativo en los casos de igualdad del tipo de gravamen siendo algo más controvertido el posicionamiento, cuando los tipos impositivos son superiores o inferiores, en función del *quantum* de los mismos, por ejemplo, cuando el importe de la deducción proviene de un país como Irlanda donde el tipo impositivo es del 12.5%, o cuando, a la inversa, el derecho de opción de gravar estas operaciones lo realiza un país con un tipo impositivo sustancialmente menor que el de la sociedad transmitente o el del establecimiento permanente donde este encuentra.

En el prisma de los principios de justicia tributaria, podría verse quebrantado el cumplimiento de los principios de igualdad tributaria y capacidad económica en el sentido de que, a igual capacidad económica, igual carga tributaria, en función de los supuestos anteriormente expuestos, cuando los tipos de gravamen del país que somete a exacción la operación de concentración de capital y el de la sociedad transmitente o el establecimiento permanente transmitido son sustancialmente distintos, tal y como se expuso en los ejemplos mencionados en las vertientes segunda y tercera referidas al principio de equidad personal. En este orden, estos mismos supuestos incidirán positiva o negativamente, en mayor o menor medida, en el principio de no confiscatoriedad, en función de las rentas, beneficios o plusvalías sometidas a tributación y los tipos impositivos que les fueran aplicables.

Una última consideración sería que la aplicación del método del *tax sparing* no evitaría que se produzca un coste impositivo por el exceso del tipo de gravamen del país que somete a tributación dichas operaciones, respecto al importe de deducción que los contribuyentes podrían aplicarse. Con lo cual se lograría el objetivo esencial de evitar que se produzca el fenómeno de la doble imposición internacional jurídica en las operaciones de reestructuración empresarial contenidas en la Directiva 2009/133/CE, pero no se conseguiría toda la neutralidad fiscal que los fundamentos de dicha norma promueven, en aras de evitar discriminaciones, distorsiones, restricciones, desventajas, etc.

3. LA DOBLE IMPOSICIÓN EN FUSIONES, ESCISIONES, CANJE DE VALORES Y APORTACIÓN DE ACTIVOS EN EL MC OCDE. GANANCIAS DE CAPITAL

El Modelo de Convenio de la OCDE contiene un precepto dedicado a las ganancias de capital, concretamente, en su artículo 13⁹⁹. El ámbito objetivo del Modelo de Convenio de la OCDE comprende el impuesto sobre la renta de las personas físicas, el impuesto sobre sociedades y el impuesto sobre la renta de no residentes, mientras que la Directiva 2009/133/CE comprende solamente el impuesto sobre sociedades y el impuesto sobre la renta, referido a los socios, en este último caso. Respecto al ámbito subjetivo de dichos impuestos, el Modelo de Convenio de la OCDE comprende a todos los residentes fiscales y no residentes sujetos en los Estados contratantes, así como a los nacionales de ambas jurisdicciones referido a la aplicación del principio de no discriminación previsto en el artículo 24 de dicho Modelo de Convenio. Y la Directiva 2009/133/CE, además de las modalidades societarias taxativamente comprendidas en el anexo I, parte A, y definidas en su artículo 3º, también se aplica a los socios, ya sean personas físicas o jurídicas.

3.1. Las operaciones de fusiones, escisiones, canje de valores y aportación de activos en el Modelo de Convenio de la OCDE

Con carácter general, el artículo 13 del Modelo de Convenio de la OCDE no tiene por objeto gravar las plusvalías que no vayan acompañadas de la transmisión de bienes de capital, es decir, en la medida en que el propietario del capital las conserve en su pleno dominio. Por el contrario, muchas soberanías fiscales someten a exacción las plusvalías y las revalorizaciones de activos de una empresa, aunque no se realice la transmisión de las mismas¹⁰⁰. La determinación de si existe o no realización del beneficio corresponderá a la legislación tributaria nacional de los países contratantes. No se plantean problemas especiales sobre si el país que tiene atribuido el derecho de exacción no lo realiza en el momento de la transmisión.

En este sentido, el Modelo de Convenio de la OCDE señala que, si se comparan las legislaciones de los países miembros de la OCDE, puede observarse que la tributación de las ganancias de capital o plusvalías varía de un país a otro: a) En algunos países, las ganancias de capital no se considera renta imponible; b) En otros, se gravan las ganancias de capital obtenidas por las empresas, pero no las de las personas físicas que no realizan una actividad empresarial o profesional; c) Aún en este último caso, el gravamen se aplica solamente en casos específicos, por ejemplo, en la venta de una propiedad inmobiliaria, etc.¹⁰¹.

⁹⁹ OCDE (2014). *Modelo de convenio para evitar la doble imposición internacional y prevenir la evasión fiscal en los impuestos sobre la renta y el patrimonio*. París: OCDE, pp. 32-33.

¹⁰⁰ OCDE (2014).

¹⁰¹ OCDE (2014).

El artículo 13 no precisa la naturaleza de los impuestos a los que afecta, entendiéndose pues que se aplicará a los impuestos previstos por los países contratantes sobre las ganancias de capital, incluyendo los impuestos especiales¹⁰². Tampoco distingue, respecto al origen de la ganancia de capital, aplicándose pues a aquellas obtenidas en un largo período de tiempo, en el que se ha producido revalorización del capital, y las obtenidas a corto plazo, con carácter especulativo¹⁰³. Asimismo, pueden producirse problemas en la cuantificación de las ganancias de capital en la base imponible de los países signatarios, en tanto y en cuanto las reglas de cálculo pueden diferir de un Estado a otro al gravar uno de ellos la renta del capital sobre el contribuyente residente en su jurisdicción, y el otro, por ser el lugar donde radique el bien transmitido que ha generado dicha ganancia¹⁰⁴.

Dicho precepto no contiene una definición detallada de lo que debe entenderse por ganancias de capital. La expresión “enajenación de propiedad” comprendería las ganancias de capital derivadas de la venta o permuta de bienes, y también de una enajenación parcial, de la expropiación, de las aportaciones a sociedades, de la venta de derechos, de la donación e incluso de la transmisión *mortis causa*¹⁰⁵. En relación a las operaciones de reorganización de empresas, ni el artículo 13 del Modelo de Convenio de la OCDE ni sus comentarios hacen mención alguna a las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos o canje de valores dentro de la definición de ganancias de capital, ni a una regulación jurídico-tributaria específica sobre su tratamiento¹⁰⁶, lo cual nos permite adelantar el progreso que supone la Directiva 2009/133/CE en estas operaciones y en la lucha contra la doble imposición. Los comentarios tampoco hacen mención alguna sobre el *exit tax* derivado de las plusvalías latentes de los activos que salen de una jurisdicción fiscal¹⁰⁷, supuesto equiparable al de las Sociedades Europeas o Sociedades Cooperativas Europeas. Aunque algún autor colige del contenido del artículo 13 del Modelo de Convenio de la OCDE la regulación de las ganancias de capital derivadas de las operaciones de reestructuración de sociedades¹⁰⁸.

3.2. Concurrencia de los puntos de conexión tributarios

El artículo 13.1 del Modelo de Convenio de la OCDE dispone que “1. Las ganancias que un residente de un Estado contratante obtenga de la enajenación de

¹⁰² OCDE (2014), p. 243.

¹⁰³ OCDE (2014).

¹⁰⁴ OCDE (2014).

¹⁰⁵ OCDE (2014).

¹⁰⁶ En el mismo sentido, SÁNCHEZ JIMÉNEZ (1995); STEVANATO (2003).

¹⁰⁷ HORTALÁ I VALLVÉ (2007).

¹⁰⁸ SOUSA SANTOS AGUIAR (2005).

propiedad inmobiliaria tal como se define en el artículo 6^o¹⁰⁹, situada en el otro Estado contratante, pueden someterse a imposición en ese otro Estado". De este modo, dado que el precepto no menciona expresamente las operaciones de concentración empresarial, ni prevé un régimen específico en sus apartados o comentarios, las transmisiones derivadas de activos inmobiliarios como consecuencia de una fusión, escisión o aportación de activos serían gravadas en ambas jurisdicciones, a tenor de lo establecido en dicho apartado; en el país del residente beneficiario de la transmisión, por aplicación del principio personal de residencia, y en el país donde radica el bien inmueble, por aplicación del principio de territorialidad, produciéndose pues un solapamiento de los puntos de conexión tributarios que produciría la doble imposición jurídica. Al contrario de lo que sucedería en la Directiva 2009/133/CE donde la operación estaría exenta, evitándose que se produzca dicho fenómeno.

La eliminación de la doble imposición se produciría mediante la aplicación de los métodos previstos en los artículos 23A y 23B. A diferencia de lo que sucedía con las rentas derivadas de los dividendos o beneficios distribuidos, e intereses, el método de exención resultaría aplicable a las ganancias de capital, además del método de la imputación ordinaria. Con la aplicación del primer método, se eliminaría la doble imposición al no ejercer el Estado de residencia el derecho de exacción. Si se aplicara el método de la imputación ordinaria, la eliminación de la doble imposición se realizará en función de los tipos de gravamen de las jurisdicciones fiscales concurrentes, esto es, si fueran iguales o el tipo de la fuente fuera inferior al del país de residencia.

Del mismo modo que sucede con otras fuentes de renta comprendidas en el Modelo de Convenio de la OCDE, algunos países se apartan, en todo o en parte, del contenido del artículo 13 al suscribir los convenios de doble imposición. Por ejemplo, en relación a las ganancias de capital derivadas de la transmisión de bienes inmuebles, el artículo 13.1 del "Convenio de 20 de diciembre de 1966 (Instrumento de Ratificación de 14 de septiembre de 1967), firmado en Viena, entre España y la República de Austria para evitar la doble imposición en materia de Impuestos sobre la Renta y el Patrimonio. (BOE de 6 de enero de 1968)" dispone la tributación exclusiva en el país donde radique del bien inmueble transmitido.

En conexión con este primer apartado del artículo 13, estaría el apartado 4 del mismo precepto que dispone que "*Las ganancias obtenidas por un residente de un Estado contratante en la enajenación de acciones, en las que más del 50 por ciento de*

¹⁰⁹ El artículo 6.2 define la propiedad inmobiliaria del siguiente modo: "*La expresión 'propiedad inmobiliaria' tendrá el significado que le atribuya el derecho del Estado contratante en que la propiedad en cuestión esté situada. Dicha expresión comprende en todo caso la propiedad accesoria a la propiedad inmobiliaria, el ganado y el equipo utilizado en las explotaciones agrícolas y forestales, los derechos a los que sean aplicables las disposiciones de derecho privado relativas a los bienes raíces, el usufructo de la propiedad inmobiliaria y el derecho a percibir pagos fijos o variables en contraprestación por la explotación, o la concesión de la explotación, de yacimientos minerales, fuentes y otros recursos naturales; los buques, embarcaciones y aeronaves no tendrán la consideración de propiedad inmobiliaria*".

su valor procede, de forma directa o indirecta, de propiedad inmobiliaria situada en el otro Estado contratante, pueden gravarse en este último". El precepto autoriza la exacción de la totalidad de las ganancias de capital derivadas de la enajenación de acciones sobre bienes inmuebles en el país de la fuente, cuando su valor supere en más de un 50%. Una excepción a esta regla la constituirían las acciones en poder de fondos de pensiones o entidades similares o a las acciones y participaciones similares en fideicomisos de inversiones inmobiliarias, *Real Estate Investment Trusts*¹¹⁰. Tal previsión puede suponer una importante restricción en las operaciones de reestructuración empresarial¹¹¹, dado que la aplicación de esta disposición produciría igualmente la doble imposición que deberá intentarse eliminar mediante los métodos previstos en el artículo 23 del referido modelo de convenio.

Una excepción a la inclusión de este apartado 4 en los tratados suscritos en los países comunitarios puede encontrarse en el artículo 13.2 del "Convenio de 10 de octubre de 1995, firmado en Madrid, entre el Reino de España y la República Francesa a fin de evitar la doble imposición y de prevenir la evasión y el fraude fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio (BOE de 12 de junio de 1997)" que dispone: "*a) Las ganancias derivadas de la enajenación de acciones, participaciones u otros derechos [distintos de las acciones, participaciones o derechos comprendidos en la letra b) del apartado 1] que constituyan una participación sustancial en una sociedad que es residente de un Estado contratante, pueden someterse a imposición en este Estado. Se considera que existe una participación sustancial cuando el transmitente, solo o con personas emparentadas, detente directa o indirectamente en cualquier momento en el transcurso de los doce meses precedentes a la fecha de la transmisión: i) Al menos el 25 por 100 del capital de esta sociedad, o ii) Acciones, participaciones u otros derechos que en su conjunto den derecho al menos al 25 por 100 de los beneficios de la sociedad*". Y el apartado b) del mismo artículo establece que "[...] cuando las ganancias que se deriven de la enajenación por un residente de un Estado contratante, de acciones, participaciones u otros derechos que constituyan una participación sustancial en una sociedad que es un residente del otro Estado contratante sean objeto de un diferimiento impositivo en el primer Estado conforme a su legislación, en el marco de un régimen fiscal específico para sociedades de un mismo grupo o de una fusión, escisión, aportación de activos, o de un canje de acciones, estas ganancias sólo pueden someterse a imposición en este primer Estado"¹¹². Así, dentro del elenco

¹¹⁰ OCDE (2014), p. 251.

¹¹¹ HORTALÁ I VALLVÉ (2007).

¹¹² SAMPLÓN SALVADOR, Roser (2005). "Interpretación del Convenio para evitar la doble imposición entre Francia y España en materia de fusiones". *Tribuna Fiscal*, N° 180, pp. 22-25. Sobre este convenio, la autora cita la consulta vinculante 981-05 de la Dirección General de Tributos, referida a dicho convenio de doble imposición y la antigua ley N° 43/1995 del impuesto sobre sociedades, donde se planteaba el supuesto en el que una entidad, residente en Francia, con participaciones en dos sociedades residentes en España, las cuales se fusionaron creando una nueva sociedad sobre la que la corporación francesa ostentaba una participación

de convenios de doble imposición firmados por España con países miembros de la Unión Europea, el reseñado artículo contiene disposiciones específicas sobre las operaciones de reestructuración societaria.

Por otro lado, el artículo 13.2 del Modelo de Convenio de la OCDE, en relación a las ganancias de capital derivadas de la transmisión de la propiedad mobiliaria establece que las mismas “[...] *que forme parte del activo de un establecimiento permanente que una empresa de un Estado contratante tenga en el otro Estado contratante, incluyendo las ganancias derivadas de la enajenación de dicho establecimiento permanente (sólo o con el conjunto de la empresa), pueden someterse a imposición en ese otro Estado*”.

Este apartado identifica uno de los supuestos contemplados en la Directiva 2009/133/CE, a saber, la enajenación de un establecimiento permanente que genera una ganancia de capital (ex artículo 10). El Modelo de Convenio de la OCDE prevé, igualmente que los apartados 1 y 4, la yuxtaposición de criterios de sujeción fiscales, produciéndose la doble imposición, dado que el precepto faculta tanto al Estado de residencia como al de la fuente a someter a gravamen dicha fuente de renta, a diferencia de la regulación contenida en la Directiva comunitaria que prevé la exención de dicha renta, amén de lo previsto en el apartado 2 del artículo, que permite aplicar una excepción al régimen general condicionado a aplicar el método de la imputación ordinaria o el *tax sparing*; similar a lo que sucede en el Modelo de Convenio, además del método de la exención previsto en el artículo 23A.

Siguiendo con el examen de este apartado del artículo 13 del Modelo de Convenio de la OCDE, la expresión “propiedad mobiliaria” comprende todos los bienes distintos de la propiedad inmobiliaria anteriormente reseñada. También comprende los activos intangibles, como el fondo de comercio, las licencias de uso, etc.¹¹³. Si bien dicho apartado presenta algunas excepciones como la no aplicación a los supuestos de transmisión de participaciones de las Partnership¹¹⁴.

Algunas excepciones a la inclusión de este apartado en la concertación de los convenios de doble imposición podemos encontrarlas, por ejemplo, en el “Convenio de 20 de diciembre de 1966 (Instrumento de Ratificación de 14 de septiembre de 1967), firmado en Viena, entre España y la República de Austria para evitar la doble imposición en materia de Impuestos sobre la Renta y el Patrimonio. (BOE de 6 de enero de 1968)”, cuyo artículo 13.2 dispone que las ganancias de capital derivadas de la transmisión de bienes muebles que formen parte del activo de un establecimiento permanente de una empresa en el otro Estado contratante o de bienes muebles pertenecientes a una base fija de negocios para la prestación de

superior al 25%. Posteriormente, la sociedad francesa transmitió las participaciones de la empresa española. En virtud del artículo 13.2a) del Convenio Hispano-Galo, España podría someter a gravamen esas rentas.

¹¹³ OCDE (2014).

¹¹⁴ OCDE (2014).

servicios profesionales, comprendiendo las ganancias derivadas del establecimiento permanente o de la base fija, sólo podrá someterse a exacción en el país de la fuente.

3.3. El derecho exclusivo de exacción en las transmisiones de buques y aeronaves y otras ganancias del capital

El citado artículo 13 del Modelo de Convenio de la OCDE contiene un criterio mixto en cuanto al reparto del derecho de exacción entre los países contratantes. Si en el epígrafe anterior hemos estudiado los apartados 1, 2 y 4 que comprenderían un criterio de tributación compartida, produciéndose pues la doble imposición e intentando evitarla o eliminarla mediante los mecanismos previstos en el artículo 23, en el presente apartado nos encontramos con dos apartados que prevén el derecho exclusivo de gravamen a uno de los Estados signatarios. Así, el apartado 3 del artículo 13 dispone que “*Las ganancias derivadas de la enajenación de buques o aeronaves explotados en el tráfico internacional, de embarcaciones utilizadas en la navegación por aguas interiores, o de propiedad mobiliaria afecta a la explotación de dichos buques, aeronaves o embarcaciones, pueden someterse a imposición sólo en el Estado contratante donde esté situada la sede de dirección efectiva de la empresa*”.

En este caso, no se producirá la doble imposición al no existir un solapamiento de los puntos de conexión personales y reales por parte de las soberanías fiscales implicadas, con lo cual, *a priori*, las operaciones de concentración de empresas comunitarias comprendidas en el sector de buques y aeronaves podrían beneficiarse de la exención comprendida en el Modelo de Convenio, sin necesidad de aplicar el régimen de diferimiento ni corrección de valores, sin perjuicio de lo que establezcan las legislaciones tributarias nacionales de los países contratantes.

Por otra parte, el apartado 5 del artículo 13, referido a otros bienes no comprendidos en los apartados anteriores, dispone que “*Las ganancias derivadas de la enajenación de cualquier otro bien distinto de los mencionados en los apartados 1, 2, 3 y 4 pueden someterse a imposición sólo en el Estado contratante en que resida quien enajena*”. Dentro de este precepto podrán incluirse las ganancias de capital derivadas de las participaciones en sociedades capitalistas o de valores mobiliarios, bonos, obligaciones u otros títulos¹¹⁵, a diferencia de la titularidad de participaciones que formaran parte del activo de un establecimiento permanente, previsto en el apartado 2 de dicho precepto¹¹⁶. En consecuencia, la enajenación de títulos, con-

¹¹⁵ OCDE (2014), p. 252.

¹¹⁶ Al respecto, debe señalarse la consulta 0923-02 de SG de Tributación de no Residentes, de fecha 17 de junio de 2002, donde la consultante es una sociedad constituida en Luxemburgo que pretende vender su participación en una empresa residente en España. Se planteaba si resulta de aplicación el Convenio de doble imposición entre España y Luxemburgo, y cuál sería la tributación de la ganancia patrimonial derivada de la venta de la participación. La Dirección General de Tributos, tras citar el artículo 13.4 del Convenio de doble imposición entre España y Luxemburgo, consideró que “*La ganancia patrimonial derivada de la venta de una participación en el capital de una empresa española por parte de la consultante, que opera en*

forme a lo previsto en este apartado, evitará que se produzca la doble imposición, al reservarse el Estado de residencia el derecho de exacción. Este apartado podría englobar los supuestos de anulación de acciones, canje de acciones y transmisión de títulos dentro de las operaciones de concentración de empresas estudiadas, evitándose que se produzca la doble imposición. Si bien se trataría de una exención que evitaría la doble imposición solamente a parte de los activos transferidos, no a la totalidad como sucede con la Directiva 2009/133/CE. El resto de los activos transferidos serían sometidos a exacción, conforme hemos visto en los apartados anteriores, donde rige el criterio de tributación compartida.

4. DIRECTIVA 2009/133/CE vs. MODELO DE CONVENIO DE LA OCDE:
AVANCES DE LA NORMATIVA FISCAL COMUNITARIA RESPECTO AL MODELO
DE CONVENIO EN LOS SUPUESTOS DE DOBLE IMPOSICIÓN SOBRE LAS FUSIONES,
ESCISIONES, CANJE DE VALORES Y APORTACIÓN DE ACTIVOS

El estudio de la Directiva 2009/133/CE y del Modelo de Convenio de la OCDE permite anticipar una primera conclusión coincidiendo con Sánchez¹¹⁷, en el sentido de que la Directiva comunitaria sobre fusiones, escisiones, aportación de activos y canje de valores merece una valoración positiva, a la vez que prudente, por las razones que se irán exponiendo a lo largo del presente apartado.

En relación a los impuestos comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE, ésta comprende solamente el impuesto sobre sociedades y el impuesto sobre la renta de las personas físicas encaminada a los socios, mientras que el Modelo de Convenio de la OCDE comprende el impuesto sobre la renta de las personas físicas, el impuesto sobre sociedades y el impuesto sobre la renta de no residentes, así como cualquiera de los exigibles “*por cada uno de los Estados contratantes, sus subdivisiones políticas o sus entidades locales, cualquiera que sea el sistema de exacción*” que suelen concurrir en las operaciones de concentración de empresas. Luego, en lo que concierne al fenómeno de la doble imposición jurídica en la tributación de los rendimientos societarios que viene a constituir el objeto del presente estudio, el ámbito objetivo de la Directiva 2009/133/CE es más reducido que el del Modelo de Convenio de la OCDE.

Respecto a los contribuyentes que pueden beneficiarse de las medidas contenidas en ambos textos, el Modelo de Convenio de la OCDE comprende a todos los residentes y no residentes fiscales sujetos a aquellos impuestos, así como los nacionales de los países contratantes (ex artículo 24). Por el contrario, en la Directiva 2009/133/CE, en lo que concierne a las entidades intervinientes en las operaciones

España sin establecimiento permanente, no se encuentra entre esas excepciones, y no es, por lo tanto, susceptible de tributación en España. Tributará en Luxemburgo, Estado de residencia de la transmitente, conforme a lo que disponga su legislación interna”.

¹¹⁷ SÁNCHEZ JIMÉNEZ (1995), pp. 185-186. Aunque el estudio de la autora se refería a la Directiva 90/434/CEE.

de reestructuración empresarial, solamente se aplicada a determinadas modalidades societarias previstas en la parte I del Anexo A, excluyendo al resto de sujetos pasivos que realicen dichas operaciones. La norma comunitaria se limita a unos contribuyentes específicos, a condición de que cumplan determinados requisitos, a saber, determinadas formas societarias, que estén sujetas y no exentas y, que tengan su domicilio fiscal en algunos Estados miembros de la Unión Europea, sin hacer mención a su condición de nacional o residente. Y, por otra parte, a los socios, ya sean personas físicas o jurídicas.

Por otra parte, la Directiva 2009/133/CE contempla la exención integra diferida de las operaciones de reestructuración de empresas, mientras que el Modelo de Convenio de la OCDE no prevé un criterio específico para todas las operaciones de concentración de empresas, sino que habrá que examinar cada transmisión concreta y su incardinación en los distintos apartados del artículo 13, dado que el mismo combina la yuxtaposición de los criterios de conexión y el derecho exclusivo de exacción, en función de las fuentes de renta, como sucede con la enajenación de propiedades inmobiliarias o títulos donde más de 50% está compuesto por dichos bienes, acciones integrantes del activo de un establecimiento permanente, buques y aeronaves, etc.

En concreto, la supresión del gravamen en las plusvalías generadas por la anulación de títulos participativos en el capital social supone un avance de la norma comunitaria, respecto al Modelo de Convenio de la OCDE que no prevé ninguna disposición sobre fusiones y escisiones¹¹⁸. Sin embargo, la supresión del gravamen en las plusvalías generadas por el canje de títulos no supone un gran avance en tanto y en cuanto la misma queda resuelta a través de lo previsto en el Modelo de Convenio de la OCDE y los convenios de doble imposición¹¹⁹.

Por el contrario, López (2005, p. 96) afirma que el espíritu de la armonización a que conduce la Directiva debiera orientarse a conciliar las potestades de exacción con la eliminación de obstáculos fiscales en las operaciones de concentración de empresas. El autor postula la idoneidad de basarse en valores reales de transmisión, con correcciones en caso de operaciones vinculadas. De este modo, no se producirían rentas sujetas a tributación en la jurisdicción de la sociedad adquirente, de tal modo que, en una transmisión posterior, ésta no se gravaría en la que realmente no se generase una plusvalía. Concluye el autor que, en la medida en que el contribuyente aflore esas rentas y tribute por las mismas, sin necesidad de eliminar la doble imposición en su lugar de residencia, no parece que hubiera margen para que aquél realice maniobras de elusión fiscal. Aunque podemos entender óptimo el planteamiento, la salvaguarda de los intereses financieros de los Estados miembros ha motivado un mecanismo más complejo, como es el régimen de exención diferida.

¹¹⁸ SÁNCHEZ JIMÉNEZ (1995).

¹¹⁹ SÁNCHEZ JIMÉNEZ (1995).

Asimismo, hay autores¹²⁰ que señalan la inclusión en la norma comunitaria del supuesto de transmisión de un establecimiento permanente sito en Estado B de una empresa situada en el Estado A, a otra empresa nacional de dicho país A. No obstante, apuntan la posibilidad de convertir el establecimiento permanente en una entidad filial que permitiría llevar a cabo la operación.

En relación a los métodos para eliminar la doble imposición, el régimen de exención diferida de las plusvalías previsto en la Directiva 2009/133/CE consigue evitar que se produzca el fenómeno de la doble imposición internacional jurídica en el momento de la reorganización empresarial, así como también mediante la exención íntegra en los supuestos de anulación de participaciones; y, con el método del *tax sparing*, dependiendo de los rasgos de los sistemas tributarios solapados. En el Modelo de Convenio de la OCDE se producirá o no la doble imposición, en función de los elementos patrimoniales transmitidos que llevan aparejada la concurrencia o no de los puntos de conexión fiscales. Cuando se produce la doble imposición, dicho modelo de convenio intentará eliminar la doble imposición mediante la aplicación del método de la exención (que la evitaría) o el de imputación (dependerá de los tipos gravamen de las soberanías fiscales implicadas y, en su caso, otras circunstancias previstas en las legislaciones fiscales internas de los países signatarios).

Por consiguiente, las medidas contenidas en la Directiva inciden positivamente en el ejercicio de la libertad de establecimiento de las empresas en el mercado interior europeo¹²¹. No obstante, esta valoración comprende solamente el impuesto sobre sociedades de manera parcial, siendo preciso una armonización de los sistemas tributarios a nivel comunitario de aspectos esenciales como la base imponible, criterios de asignación impositiva, tipos de gravamen, definición de “Sociedad de un Estado miembro”, “Establecimiento permanente”, etc.¹²². A todo lo anterior, debe agregarse la cita del informe de E&Y¹²³, referido a la Directiva 90/434/CEE anterior, en el que se exponen las numerosas cuestiones controvertidas que aquella presentaba, parte de las cuales pueden presentarse con la vigente Directiva 2009/133/CE, a saber, las transposiciones asimétricas por parte de los Estados miembros detectándose 476 de 1675 evaluaciones, contrarias al Derecho comunitario; exceso en la interpretación y aplicación de las cláusulas antiabuso; cuestiones no resueltas por la norma comunitaria, entre las que cabría resaltar la eventual aplicación de los impuestos de salida a aquellos activos que salen de una jurisdicción, tras una operación de reestructuración¹²⁴, etc.

¹²⁰ CALDERÓN y MARTÍN (2010), pp. 1170-1171.

¹²¹ SÁNCHEZ JIMÉNEZ (1995).

¹²² Del mismo parecer, SÁNCHEZ JIMÉNEZ (1995).

¹²³ Citado en CALDERÓN y MARTÍN (2010), pp. 1160-1162.

¹²⁴ Aunque se ha considerado dicho impuesto contrario al Derecho comunitario bajo determinadas circunstancias en casos referidos a personas físicas.

Por otra parte, cabe apuntar brevemente cuatro cuestiones adicionales. La primera se refiere a la uniformidad en la aplicación de la Directiva 2009/133/CE a todas las modalidades societarias comprendidas en su ámbito de aplicación, amén de la insuficiencia y de las repercusiones negativas que puede tener para el resto de agentes económicos que operan en el mercado interior europeo no incluidos en aquélla. Sin embargo, respecto al Modelo de Convenio de la OCDE, cabe señalar el carácter generalmente bilateral de los convenios de doble imposición, donde solamente se aplicará en los sistemas tributarios de los países miembros firmantes del tratado, excluyendo al resto de empresas que compiten en el mercado interior europeo.

La segunda se refiere a las definiciones comprendidas en ambos textos. Por un lado, debe reconocerse que la Directiva 2009/133/CE contiene definiciones que intentan precisar las distintas operaciones de reestructuración societarias contenidas en el ámbito de aplicación de la Directiva¹²⁵, a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, asunto C-43/00, Andersen og Jensen ApS Skatteministeriet, de fecha 15-1-2002, sobre el concepto de rama de actividad; y al concepto de canje de acciones¹²⁶, y de sus elementos subyacentes (elementos patrimoniales, valores, etc.)¹²⁷. Por el contrario, en esta ocasión, el Modelo de Convenio de la OCDE y sus comentarios, caracterizados por comprender varias y más precisas definiciones sobre las cuestiones contenidas en el mismo, en materia de concentración de empresas, no establecen definiciones al respecto. Con lo cual, puede afirmarse que la norma comunitaria también representa un avance en esta materia en relación a la lucha contra el fenómeno de la doble imposición en el mercado interior europeo.

La tercera cuestión concierne a los procedimientos para solventar los conflictos jurídicos-tributarios. En este sentido, las controversias surgidas entre el contribuyente y las administraciones tributarias de los países comunitarios en la aplicación e interpretación de la Directiva 2009/133/CE podrán sustanciarse en las instancias judiciales nacionales y, en su caso, en las instancias judiciales europeas, es decir ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Además, el contribuyente podría igualmente intentar solventar la controversia en la jurisdicción nacional mediante la petición de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que se pronuncie sobre algún precepto o cuestión relacionada con la Directiva 2009/133/CE, a los efectos de resolver si resultan o no aplicables las medidas previstas en la misma para evitar la doble imposición. Por el contrario, el Modelo de Convenio de la OCDE prevé el recurso a las instancias nacionales y, en su caso, al procedimiento amistoso en el que las autoridades fiscales competentes

¹²⁵ No obstante, vid. los comentarios de CALDERÓN y MARTÍN (2010), pp. 1164-1166.

¹²⁶ CALDERÓN y MARTÍN (2010), los mismos autores, pp. 1166-1168.

¹²⁷ Aunque queden pendientes otras cuestiones como la ausencia de una definición fiscal común de sociedad transparente, a efectos de su aplicación, que permita soslayar la inaplicación injusta de la norma a determinados supuestos.

de los países signatarios deberían intentar lograr un acuerdo, pero sin que exista la obligación jurídica de conseguirlo.

Finalmente, la cuarta trataría simplemente de reiterar que la Directiva 2009/133/CE emana de las instituciones comunitarias que tienen fijado el cometido de conseguir los objetivos y fines consagrados en el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, lo que se traduce en una dinámica de intentar materializar logros a corto y medio plazo que alcanzarán, en mayor o menor medida, a mejorar y ampliar el ámbito de aplicación de las normas comunitarias, así como elaborar nuevas propuestas de Derecho fiscal europeo derivado, tendentes a combatir la doble imposición en otras fuentes de renta no comprendidas por la actual normativa fiscal europea, contribuyendo al buen funcionamiento del mercado interior europeo. Por el contrario, este dinamismo señalado en la operativa institucional comunitaria no es posible apreciarse en la negociación y adopción de convenios de doble imposición que quedarían a la voluntad de los países comunitarios en el seno de la OCDE.

CONCLUSIONES

La Directiva 2009/133/CE sobre fusiones, escisiones, aportaciones de activos y establecimientos permanentes, canje de valores y cambio de domicilio social ha supuesto un avance importante en la lucha contra el fenómeno de la doble imposición, frente a los preceptos contenidos en el Modelo de Convenio de la OCDE. Este último no se ocupa especialmente de las operaciones de reestructuración societaria, amén de los supuestos de aportación de establecimientos permanentes, aportación de activos y transmisión de títulos representativos en el capital de social de las entidades.

No obstante lo anterior, la Directiva también presenta un ámbito subjetivo limitado sólo a las operaciones de concentración de empresas realizado por determinadas sociedades. Con lo cual, se producen evidentes discriminaciones frente a aquellos grupos societarios europeos cuya necesaria reestructuración no podrá realizarse, si en la operación intervinieran entes no recogidos en el ámbito subjetivo de la norma.

Por otra parte, aunque la norma se ha cuidado de regular definiciones a escala comunitaria, tales como los conceptos fusiones, escisiones, aportación de activos, etc., también se ha delegado a los países comunitarios la configuración de definiciones e instituciones jurídicas, tales como transparencia fiscal, domicilio fiscal, potestades de exacción en determinados casos de anulación de participaciones, etc., que pueden generar problemas de interpretación y aplicación de la norma, discriminaciones y ausencia de neutralidad.

A todo lo anterior cabe añadir que el papel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la interpretación y aplicación de las Directivas fiscales europeas reseñadas reviste una importancia capital, al haber permitido soslayar el enfoque restrictivo con que los Estados miembros han intentado aplicar las Directivas, sus cláusulas antiabuso, etc. (aunque mediante largos procesos).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, César (1994). “La actividad económica en la Ley Tributaria de Fusiones y Escisiones Empresariales”. *Crónica Tributaria*, N° 71, pp. 31-36.
- BERCHÉ MORENO, Eduardo (1995). *Manual de impuestos directos*. Madrid: CISS.
- BLÁZQUEZ LIDOY, Alejandro (2005). “Determinación en la norma aplicable en el régimen privilegiado de fusiones y escisiones: los cambios legislativos realizados después del proyecto de fusión o escisión y antes de la inscripción en el registro”. *Revista de Contabilidad y Tributación*, N° 263, pp. 53-92.
- CALDERÓN CARRERO, José Manuel (2012). “Una vuelta de tuerca a la interpretación europea de la cláusula antiabuso de la ‘directiva de fusiones’: ¿hacia motivos económicos válidos de ‘alto voltaje’? *Revista de Contabilidad y Tributación*, N° 347, pp. 5-40.
- CALDERÓN CARRERO, José Manuel y MARTÍN JIMÉNEZ, Adolfo (2010). “La Directiva de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones entre sociedades de diferentes Estados miembros”. En: *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*, Carmona, Néstor; Calderón, José Manuel; Martín, Adolfo y Trapé, Montserrat (Coords.), Valencia: Ciss, pp. 1157-1199.
- CALVO VÉRGEZ, Juan (2011). “Régimen fiscal especial aplicable en el impuesto sobre sociedades a las aportaciones no dinerarias de ramas de actividad y de canje de valores: su compatibilidad con los principios de libertad de establecimiento y de libre circulación de capitales”. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, N° 21, pp. 44-53.
- CARBÓ VALVERDE, Santiago y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Francisco (2004). “Las fusiones y adquisiciones de entidades financieras en la Unión Europea: evidencia”. *Cuadernos de Información Económica*, N° 180, pp. 71-78.
- COMISIÓN (2003). *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo. Imposición de dividendos percibidos por personas físicas en el mercado interior*.
- CORRIENTE CÓRDOBA, José Antonio (1979). “La fusión internacional de sociedades”. *Anuario de Derecho Internacional*, pp. 323-334.
- CUESTA CABOT, Gerardo (2011). “La corrección de la doble imposición en fusiones y escisiones: el tratamiento fiscal del fondo de comercio y otras cuestiones conexas”. *Revista de Contabilidad y Tributación*, N° 338, pp. 55-84.
- DE LUIS DÍAZ MONASTERIO GUREN, Félix (1991). “La Directiva de la C.E.E. sobre el régimen fiscal de las fusiones internacionales”. *Carta Tributaria*, N° 128, pp. 1-10.
- ESCRIBANO MARTÍNEZ, Alfredo (1973). “La fiscalidad de las fusiones empresariales fuera de España”. *Hacienda Pública Española*, N° 24-25, pp. 395-417.

- FABRA VALLS, Modesto (2005). “Contraste entre la Directiva sobre matrices y filiales y las medidas para evitar la doble imposición económica por dividendos en el impuesto sobre sociedades español”. *Noticias de la Unión Europea*, Nº 244, pp. 71-90.
- FALCÓN Y TELLA, Ramón (2014). “Tratamiento fiscal de las fusiones posteriores a una adquisición apalancada (leveraged buyout): San 16 octubre 2013”. *Revista Quincena Fiscal*, Nº 3, pp. 9-15.
- GÓMEZ VERDESOTO, Matta (1999). “Concepto comunitario de fraude o evasión fiscal en relación con las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos y canje de valores: a propósito de la STSJCE de 17 de julio de 1997”. *Impuestos*, Nº 1, pp. 75-95.
- HORTALÁ I VALLVÉ, Joan (2007). *Comentarios a la red española de convenios de doble imposición*. Navarra: Thomson Aranzadi.
- KERGALL, Y. (1987). “Transfert d’actifs vers et hors d’une jurisdiction fiscal”. En: *Cahiers de Droit fiscal international*, IFA, pp. 85-106.
- LEFEBVRE, Francis (2008). *Memento práctico Francis Lefebvre: Reorganización empresarial (fusiones) 2009-2010: escisiones, canje de valores, aportaciones no dinerarias de negocios, otras operaciones protegidas*. Madrid: Francis Lefebvre.
- LÓPEZ ESPADAFOR, Carlos María (1999). *La doble imposición interna*. Valladolid: Lex Nova.
- LÓPEZ IRANZO, Fernando (1992). “La neutralidad fiscal en la nueva ley de las fusiones y escisiones de empresas”. *Impuestos*, Nº 2, pp. 150-173.
- LÓPEZ IRANZO, Fernando (1994). “Neutralidad fiscal y normativa contable de la fusión de sociedades (Ley Nº 29/1991 y Normas del ICAC) (I)”. *Carta Tributaria*, Nº 205, pp. 1-11.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, Juan (2005). “Comentarios a la Directiva del régimen fiscal de reorganizaciones empresariales”. *Crónica Tributaria*, Nº 116, pp. 81-112.
- MARTÍN JIMÉNEZ, Adolfo (2010). “Ganancias de capital”. En: *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*, Carmona, Néstor; Calderón, José Manuel; Martín, Adolfo y Trapé, Montserrat (Coords.), Valencia: Ciss, pp. 375-399.
- MENÉNDEZ GARCÍA, Gerardo (2009). “Concepto de ‘compensación en dinero’ y posible existencia de un ‘abuso de derecho’ en un canje de valores inmediatamente seguido de una distribución de dividendos por la sociedad dominante: [ST]CE Kofod, de 5 de julio de 2007 (As. C-321/05)”. *Noticias de la Unión Europea*, Nº 290, pp. 53-63.
- NAVARRO EGEA, Mercedes (1997). *Fiscalidad de la Reestructuración empresarial. La fusión y la escisión*. Madrid: Marcial Pons.
- OCDE (2014). *Modelo de convenio para evitar la doble imposición internacional y prevenir la evasión fiscal en los impuestos sobre la renta y el patrimonio*. París: OCDE.

- PALAO TABOADA, Carlos (2005). “La modificación de la directiva de fusiones”. *Revista de Contabilidad y Tributación*, Nº 268, pp. 3-30.
- PÉREZ DE AYALA BECERRIL, Miguel (1996). “El objeto del impuesto: la doble imposición y el artículo 6.2 de la LOFCA”. *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, Nº 240, pp. 385-408.
- PÉREZ DE AYALA BECERRIL, José Luis y PÉREZ DE AYALA BECERRIL, Miguel (1998). *Los fenómenos encubiertos de doble imposición en el derecho español*. Barcelona: Cedecs.
- PINILLA NAVARRO, María; GUINOT ALMELA, María, LOMBA BLASCO, Pedro (1994). “Fusiones, escisiones, aportaciones no dinerarias y canje de valores”. En: *Adaptación del Sistema Tributario al Estado de Derecho*, Pamplona: Asociación Española de Asesores Fiscales, pp. 237-268.
- RUIZ HIDALGO, Carmen (2002). *Tributación de la empresa en la Unión Europea*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- SAMPLÓN SALVADOR, Roser (2005). “Interpretación del Convenio para evitar la doble imposición entre Francia y España en materia de fusiones”. *Tribuna Fiscal*, Nº 180, pp. 22-25.
- SÁNCHEZ JIMÉNEZ, María de los Ángeles (1995). *La doble imposición internacional en la Unión Europea. Especial consideración del Impuesto de Sociedades*. Madrid: La Ley.
- SÁNCHEZ OLIVÁN, José (2007). *La fusión y la escisión de sociedades, aportaciones de activos y canje de valores, cesión global del activo y del pasivo: (estudio económico, jurídico, fiscal y contable)*. Madrid: Centro de Estudios Financieros.
- SANZ CLAVIJO, Alfonso (2012) “¿Cuál es el fraude fiscal exigido por el artículo 11.1 letra a) de la Directiva de fusiones, escisiones, etc. para poder aplicarse la norma anti-abuso que esta disposición contiene?”. *Noticias de la Unión Europea*, Nº 332, pp. 97-102.
- SOUSA SANTOS AGUIAR, Nina Teresa (2005). “La fiscalidad de los beneficios societarios y de los capitales en la Unión Europea. Principios fundamentales”. *Revista de Contabilidad y Tributación*, Nº 262, pp. 3-72.
- STEVANATO, Darío (2003). “Las reorganizaciones internacionales de empresas”. En: *Curso de Derecho Tributario Internacional*, Bogotá: Temis, pp. 331-378.