

“La proyectada reforma del concepto de fusión: régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales”

*Por Álvaro de la Vía,
Director del Departamento Fiscal
Araoz & Rueda*

Se avecina una reforma del concepto de fusión, el Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Junto a otros negocios jurídicos como, por ejemplo, la escisión-filialización, la migración, o la fusión transfronteriza intracomunitaria, el proyecto redefine la fusión “doméstica” (i.e. entre sociedades sometidas a ley española) distinguiendo la fusión “general”, las “especiales” y las “asimiladas” a fusión.

Veamos. Definido el concepto de fusión –cuyo denominador común es el traspaso patrimonial en bloque de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente y la sucesión universal de esta última en los derechos y obligaciones de aquélla-, la norma, al otorgar cobertura legal a la fusión posterior a una adquisición con endeudamiento de la adquirente, parece santificar las operaciones de Leveraged Buy Out -LBO- tan criticadas por nuestra Audiencia Nacional, operaciones en las que el vehículo societario a través del que se articula la inversión financiera en la sociedad Target es objeto de fusión con esta última, integrando así (“push down”) en un mismo patrimonio, la deuda y los activos en garantía de la misma. Requiere de requisitos adicionales, como, por ejemplo, el informe de los administradores indicando las razones de la toma de control y de la posterior fusión. Este último extremo, en particular, podría servir de contraargumento frente la conclusión de la Audiencia, quien considera [sic] un tanto artificioso que la propia sociedad adquirida sea la que sufrague el coste de su adquisición.

En lo que se refiere a las fusiones especiales, se contemplan, la fusión impropia de sociedad íntegramente participada de forma directa, la absorción de sociedad participada al 90%, la fusión de sociedad hermanas participadas total y directamente por un mismo tronco común, y la fusión impropia inversa en la que la sociedad absorbida es titular directa de la totalidad del capital social de la sociedad absorbente.

Y, por último, las operaciones asimiladas a la fusión, aquéllas en las que una sociedad se extingue transmitiendo en bloque su patrimonio a la sociedad que posee la totalidad de las acciones, participaciones o cuotas correspondientes a aquélla. De nuevo, en el terreno de las ecuaciones jurídicas horizontales. La redacción ofrece cobertura a las cesiones globales de activo y pasivo sin finalidad de liquidación, pero podría pensarse que también a otras, máxime, cuando se compara con el tenor literal de los artículos precedentes. Así, la norma parece amparar la absorción por una sociedad de su filial de segundo o ulterior nivel íntegramente participada de forma indirecta por aquella primera; no, sin embargo, la operación inversa.

¿Y qué hay del aspecto tributario de estas operaciones? Tal vez la norma debiera aclarar si el régimen de neutralidad fiscal, previsto en la norma del Impuesto sobre Sociedades, resulta aplicable a aquellas fusiones en las que la sociedad absorbente podría no venir obligada a ampliar la cifra de su capital social. Si la fiscalidad no debe ser un freno, ni un estímulo a las reestructuraciones empresariales, ¿se puede aplicar el régimen de neutralidad (y diferir la tributación de las rentas) en caso de una fusión en la que la sociedad absorbente titula indirectamente la totalidad del capital social de la sociedad absorbida (filial de segundo o ulterior nivel)?

ARAOZ & RUEDA

En uso del principio de autonomía calificadora del derecho tributario, podría concluirse en sentido negativo. No obstante, el sentido común demanda una respuesta positiva; si la operación puede reputarse como fusión a efectos mercantiles, debería hacerse lo propio a efectos tributarios, aunque somos conscientes de que los requisitos mercantiles parecen funcionar solamente como una norma de mínimos de cara a la aplicación del régimen fiscal de neutralidad. Sin embargo, aunque se admitiera la aplicación del régimen fiscal, surgen algunas cuestiones controvertidas. Pensemos en el siguiente escenario: la sociedad A participa en un 100% en B y en un 75% en C, titulando B el 25% restante del capital social de C.

Si A absorbiera a C, B debería anular su participación en C (con cargo a reservas, si las tuviera, siempre que no recibiera acciones de A). Ante esta pérdida del patrimonio de B (traspaso de parte de sus reservas a la sociedad A), o se le reconoce a B alguna suerte de derecho de crédito frente a la sociedad A, en compensación del patrimonio traspasado, o habrá de analizarse si A viene obligada a dotar la correspondiente corrección valorativa de su inversión financiera en B, dotación que compensaría, contable y fiscalmente, las reservas que esta última hubiera traspasado a la sociedad A, o incluso, a reducir directamente el coste de adquisición de su participación en B.

La factura fiscal futura puede variar notablemente según sea la solución que finalmente se adopte, esto es, según se deba o no reconocer en sede de B una cuenta de activo en compensación por la anulación de su inversión financiera en C. Las posibles soluciones alternativas pueden conducir, en un futuro, a resultados fiscales asimétricos en sede de A, sobreimposición e imposición deficitaria, todo ello al margen de posibles limitaciones futuras a la distribución de dividendos.

Asumamos que el tratamiento que haya de otorgársele a la transacción obligue a la sociedad B a anular su inversión financiera contra una cuenta de Patrimonio Neto (reservas). A primera vista, existe una suerte de traspaso de reservas de B en favor de su matriz, la sociedad A. Surgen entonces las siguientes interrogantes:

Primera, la posible recalificación de rentas. Existiendo ese traspaso patrimonial de la sociedad B en favor de la sociedad A, cabría preguntarse si, a efectos fiscales, debe conceptuarse como una distribución encubierta de dividendos en favor de la sociedad A. No, en mi opinión, pues dicha antinomia jurídica debe ser resuelta otorgando prioridad a la regla especial, que prevalece sobre la regla general. Por tanto, debería resultar de aplicación la norma prevista al efecto por el régimen general o, en su caso, el régimen especial de neutralidad fiscal. Alguien pudiera pensar, desde la perspectiva impositiva de A, que se trata de una cuestión menor, ya que A podría aplicar la deducción plena sobre los dividendos. Pero y si no A no titulase ininterrumpidamente la participación en B durante el plazo legal? Y qué hay de las implicaciones fiscales para B con motivo del ajuste secundario?

Por otra parte, ¿qué ocurre si, tras la fusión, la sociedad A decide transmitir a un tercero su participación en el capital social de la sociedad B? Sí, el coste fiscal de la operación podría dispararse.

La norma tributaria articula un sistema para la corrección de la doble imposición que pueda originarse -en sede del socio- por las rentas obtenidas por éste, en tanto que deriven de beneficios obtenidos por la sociedad participada, que previamente han estado sometidos a imposición por el Impuesto sobre Sociedades (v.gr. transmisión de la participación, fusión, etc.). La finalidad del mecanismo de corrección de la doble imposición no es otra que paliar la

ARAOZ & RUEDA

doble imposición económica que puede originarse, cuando una misma renta, perteneciente a un mismo periodo impositivo, es objeto de imposición por impuestos análogos o idénticos en dos sujetos pasivos distintos. La norma no puede amparar escenarios en los que beneficios que no han tributado en sede de la sociedad queden excluidos de tributación en sede del socio por aplicación de un crédito fiscal cuya finalidad es anular la segunda tributación que una misma renta o capacidad económica pueda soportar; no, si pretende ser respetuosa con los principios de capacidad contributiva y de no confiscatoriedad del artículo 31 de la Constitución Española. A mi juicio, no cabe corregir una segunda imposición de una renta, cuando ésta ni siquiera soportó una primera imposición. Sensus contrario, existiendo una primera imposición, no tiene sentido negar la aplicación de la deducción por doble imposición al socio, ya que lo contrario conduciría a una doble imposición.

Aplicando lo anterior a nuestro caso concreto, si la sociedad B anula su inversión financiera en C contra una cuenta de Patrimonio Neto (reservas), su socio A, a la hora de transmitir su participación en B y calcular su deducción por doble imposición, comprobará (asumiendo que la renta computada por A no resulte inferior al incremento neto de las reservas de B durante el tiempo de tenencia de la participación) que no hay en sede de B reservas que computar o tomar como base de cálculo, pues éstas habrán sido anuladas con motivo de la fusión simplificada. El resultado: ¿posible sobreimposición?. ¿Podríamos entender que la neutralidad y la sucesión universal amparan, a efectos fiscales, computar unas reservas distintas de las que lucen en los estados financieros de B (v.gr. las mayores reservas en su caso contabilizadas por A con motivo de la operación de fusión)?

Al mismo potencial escenario de sobreimposición podría llegarse en caso de que ulteriormente se acordase la absorción de la sociedad B por la sociedad A, y dicha operación se realizase conforme al régimen general del Impuesto (o fuese, en su caso, denegada la aplicación del régimen de neutralidad). Habría, no obstante, que valorar el efecto indirecto que esta menor cuantía de reservas pudiera, en su caso, generar a efectos del cómputo/incremento de un eventual Fondo de Comercio -regulado en el artículo 12 de la Ley del Impuesto- y de su depreciación fiscal diferida en el tiempo.

¿No puede lo anterior alterar el comportamiento económico de los sujetos pasivos y, por tanto, chocar con la neutralidad que debe presidir el Impuesto? Tal vez no para el Tribunal Económico-Administrativo Central, quien ha entendido que la doble imposición (o sobreimposición) es un mecanismo que, en algunas ocasiones, persigue mantener un exceso de imposición sobre determinadas rentas. Eureka!

Por otra parte, cabe plantearse qué ocurriría si, adoptada la solución de rebajar la cuenta de Patrimonio de la Sociedad B, esta última fuera posteriormente absorbida por A, habiendo A, en su día, adquirido la inversión financiera en B a un tercero no vinculado que aplicó la deducción por doble imposición con motivo de la transmisión de la participación en el capital de B. Podría mutar la naturaleza (expresa vs. tácita) de las reservas de B; la diferencia de fusión aflorada en ese momento (no atribuible a otros elementos patrimoniales) podría exceder de la diferencia existente en el momento en que A adquirió la participación en B, precisamente, en el importe de las reservas expresas anuladas en sede de B. Si la amortización fiscal de la diferencia de fusión pretende corregir escenarios de doble imposición, no creemos que pueda amparar escenarios de imposición deficitaria. Lo dicho, demasiadas incógnitas.
