

ALBERTO QUINTAS SEARA

FISCALIDAD
DE LAS REORGANIZACIONES
EMPRESARIALES
EN LA UNIÓN EUROPEA

Estudio de la Directiva
Fiscal de Fusiones

Prólogo de
José Manuel Calderón Carrero

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2021

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRÓLOGO	15
ABREVIATURAS	17
INTRODUCCIÓN	19

CAPÍTULO I

LA CREACIÓN DE UN RÉGIMEN DE NEUTRALIDAD FISCAL PARA LAS OPERACIONES TRANSFRONTERIZAS DE REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL

1. INTRODUCCIÓN	27
2. ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES OBSTÁCULOS EN MATERIA DE IMPOSICIÓN DIRECTA QUE AFECTABAN NEGATIVAMENTE A LA REALIZACIÓN DE OPERACIONES DE REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL EN EL ÁMBITO TRANSFRONTERIZO	30
2.1. La fusión de sociedades como ejemplo ilustrativo de la problemática que presentaban las operaciones de reorganización empresarial desde la óptica fiscal	30
2.1.1. En sede de la sociedad o sociedades transmitentes	30
2.1.2. En sede de la sociedad beneficiaria	34
2.1.3. En sede de los socios de la sociedad o sociedades transmitentes	35
2.2. Extensión de los obstáculos fiscales que afectaban a las operaciones de fusión a otras operaciones de reorganización empresarial .	39
3. LOS PRIMEROS PASOS EN EL PROCESO DE CONFIGURACIÓN DE UN RÉGIMEN DE NEUTRALIDAD FISCAL APLICABLE A LAS OPERACIONES TRANSFRONTERIZAS DE REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL.....	44
4. LA PROPUESTA DE DIRECTIVA FISCAL DE FUSIONES DE 1969.....	48

	Pág.
5. LA DIRECTIVA 90/434/CEE	55
5.1. Consideraciones generales	55
5.2. Objeto, finalidad y principales diferencias con respecto a la Propuesta de Directiva de 1969	57
5.3. Los problemas de implementación de la Directiva 90/434/CEE en los primeros años.....	69
6. LA DIRECTIVA 2005/19/CE, DE 17 DE FEBRERO DE 2005.....	76
6.1. El camino hacia la reforma de la Directiva 90/434/CEE.....	76
6.2. Las modificaciones operadas por la Directiva 2005/19/CE	80
7. LAS MODIFICACIONES DE LA DIRECTIVA 90/434/CEE DERIVADAS DE LA INCORPORACIÓN DE NUEVOS ESTADOS MIEMBROS A LA UNIÓN EUROPEA CON POSTERIORIDAD A SU ENTRADA EN VIGOR.	90
8. LA CODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN FISCAL COMÚN APLICABLE A LAS OPERACIONES TRANSFRONTERIZAS DE REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL A TRAVÉS DE LA DIRECTIVA 2009/133/CE, DE 19 DE OCTUBRE DE 2009	92

CAPÍTULO II

LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO DE LA DIRECTIVA 2009/133/CE

1. CONSIDERACIONES GENERALES	95
2. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS QUE DEBEN CUMPLIR LAS SOCIEDADES PARTICIPANTES EN LA OPERACIÓN PARA QUE ESTA PUEDA ACOGERSE AL RÉGIMEN DE NEUTRALIDAD FISCAL PREVISTO POR LA DIRECTIVA 2009/133/CE.....	96
2.1. El requisito relativo a la forma que deben adoptar las sociedades participantes en la operación.....	96
2.1.1. La limitación de las formas societarias nacionales cubiertas por la Directiva 2009/133/CE.....	99
2.1.2. Los problemas de flexibilidad asociados al uso de una lista cerrada como instrumento para delimitar el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 2009/133/CE y las divergencias entre las formas societarias cubiertas en función del Estado miembro en cuestión	107
2.1.3. La falta de uniformidad entre las formas societarias nacionales cubiertas por la Directiva 2009/133/CE y por otras normas europeas en el ámbito de la fiscalidad directa.....	115
2.2. La condición relativa a la residencia fiscal de las sociedades participantes en la operación.....	119
2.3. La sujeción al Impuesto sobre Sociedades de un Estado miembro de las sociedades participantes en la operación	124
3. LA AUSENCIA DE REQUISITOS POR LO QUE RESPECTA A LOS SOCIOS DE LAS SOCIEDADES PARTICIPANTES EN LAS OPERACIONES DE REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL TRANSFRONTERIZA CUBIERTAS POR LA DIRECTIVA 2009/133/CE	130

CAPÍTULO III

**LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN
OBJETIVO DE LA DIRECTIVA 2009/133/CE**

1. LA NATURALEZA INTRAEUROPEA DE LA OPERACIÓN DE REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL COMO ELEMENTO DETERMINANTE DE LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 2009/133/CE.....	133
2. LA EXTENSIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 2009/133/CE A OPERACIONES DE REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL DE NATURALEZA INTERNA	141
3. LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 2009/133/CE EN EL ÁMBITO DEL ESPACIO ECONÓMICO EUROPEO	148
4. OPERACIONES DE REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL CUBIERTAS POR EL ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO DE LA DIRECTIVA 2009/133/CE	152
4.1. El carácter autónomo de las definiciones contenidas en el art. 2 de la Directiva	152
4.2. Fusiones	158
4.2.1. Modalidades cubiertas.....	158
4.2.2. Caracteres definidores de las diferentes modalidades de fusión previstas en la Directiva 2009/133/CE	159
4.3. Escisiones.....	164
4.3.1. La escisión total	164
4.3.2. Escisión parcial	170
4.4. Aportación de activos	197
4.5. Canje de acciones.....	202
4.5.1. Caracteres definidores	202
4.5.2. Especial referencia a la cuestión relativa a la residencia de los socios de la sociedad dominada	209
4.6. Traslado transfronterizo del domicilio social de una Sociedad Europea o de una Sociedad Cooperativa Europea.....	215
4.6.1. Elementos definidores	215
4.6.2. La exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE de las operaciones de traslado transfronterizo del domicilio social de las formas societarias nacionales de los Estados miembros	217
5. ANÁLISIS DE ALGUNOS ELEMENTOS COMUNES EN LA DEFINICIÓN DE VARIAS DE LAS OPERACIONES DE REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL CUBIERTAS POR EL ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO DE LA DIRECTIVA 2009/133/CE	224
5.1. La necesidad de que la aportación de activos o la entrega de títulos tenga como contrapartida la entrega de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria o adquirente	224

	Pág.
5.2. Consideraciones acerca de la naturaleza de los títulos representativos del capital social entregados en contrapartida por la sociedad beneficiaria o dominante	227
5.3. Un apunte acerca de la compensación complementaria en efectivo prevista por la Directiva en los supuestos de fusión, escisión y canje de valores.....	229

CAPÍTULO IV

MEDIDAS QUE INTEGRAN EL RÉGIMEN DE NEUTRALIDAD FISCAL CONFIGURADO POR LA DIRECTIVA 2009/133/CE

1. TRATAMIENTO FISCAL DE LAS OPERACIONES TRANSFRONTERIZAS DE REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL EN SEDE DE LAS SOCIEDADES PARTICIPANTES EN LAS MISMAS	239
1.1. El diferimiento del gravamen de las plusvalías latentes puestas de manifiesto como resultado de la operación	239
1.1.1. La configuración de la regla prevista en el art. 4.1 de la Directiva.....	239
1.1.2. Análisis de los requisitos que deben concurrir para que resulte de aplicación la denominada «regla de diferimiento» .	245
1.2. La insuficiencia de las reglas de valoración contenidas en la Directiva 2009/133/CE	280
1.2.1. Operaciones de aportación de activos	280
1.2.2. Operaciones de canje de valores	285
1.3. La transmisión de provisiones o reservas constituidas en sede de la sociedad transmitente	292
1.4. El aprovechamiento de las pérdidas no compensadas a efectos fiscales existentes en sede de la sociedad transmitente.....	296
1.4.1. La posibilidad de compensación por parte del establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria localizado en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente	296
1.4.2. La extensión de la regla de compensación de pérdidas al Estado miembro de la sociedad beneficiaria.....	305
1.5. Una aproximación a la problemática particular que presentan las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial entre sociedades participadas.....	316
1.5.1. Participación de la sociedad beneficiaria en el capital social de la sociedad transmitente	316
1.5.2. Participación de la sociedad transmitente en el capital social de la sociedad beneficiaria.....	322
2. TRATAMIENTO FISCAL DE LA RENTA DE LOS SOCIOS DE LA SOCIEDAD TRANSMITENTE O DOMINADA EN LAS OPERACIONES DE FUSIÓN, ESCISIÓN, ESCISIÓN PARCIAL Y CANJE DE VALORES.....	324
2.1. El diferimiento del gravamen de las plusvalías latentes puestas de manifiesto como resultado de la operación	324

	Pág.
2.2. El principio de conservación del valor fiscal como <i>conditio sine qua non</i> para la aplicación de la regla de diferimiento	329
2.3. La facultad de los Estados miembros para gravar el beneficio derivado de la transmisión de los títulos recibidos de la sociedad beneficiaria o dominante.....	331
3. EL TRASLADO TRANSFRONTERIZO DE LA SEDE SOCIAL DE UNA SOCIEDAD EUROPEA O UNA SOCIEDAD COOPERATIVA EUROPEA.	339
3.1. La aplicación de los requisitos contemplados en el art. 3 de la Directiva a las formas societarias europeas	339
3.2. La extensión del régimen de neutralidad fiscal a estas operaciones	342
4. LA TRANSPARENCIA FISCAL EN EL ÁMBITO DE LA DIRECTIVA 2009/133/CE	349
4.1. Consideraciones generales	349
4.2. Implicaciones derivadas de la consideración de la sociedad transmitente o dominada como transparente a efectos fiscales.....	351
4.2.1. La aplicación de la regla de diferimiento en sede de los socios de la sociedad transmitente o dominada no residente de naturaleza híbrida.....	351
4.2.2. La «cláusula de escape» prevista en el art. 11.1 de la Directiva 2009/133/CE	354
4.3. La aplicación de la regla de diferimiento en sede de las personas que ostentan un interés en los socios de la sociedad transmitente o dominada considerados como transparentes a efectos fiscales...	357
4.4. Implicaciones derivadas de la consideración de la sociedad beneficiaria o dominante como transparente a efectos fiscales.....	360
5. EL CASO PARTICULAR DE LA TRANSMISIÓN DE UN ESTABLECIMIENTO PERMANENTE LOCALIZADO EN OTRO ESTADO MIEMBRO	362
5.1. La renuncia del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente a sus derechos de gravamen sobre el establecimiento permanente y la asunción de su rol a efectos de la Directiva por parte del Estado miembro donde se encuentra situado dicho establecimiento permanente	362
5.2. La facultad del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente para gravar las pérdidas procedentes del establecimiento permanente que se hubiesen deducido de la base imponible de dicha sociedad en su territorio	366
5.3. El caso particular de la «filialización» de un establecimiento permanente de la sociedad transmitente	372
5.4. La excepción a la regla general: la posibilidad del Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente de gravar la operación .	375

CAPÍTULO V

**LÍMITES A LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN
DE NEUTRALIDAD FISCAL: LA CLÁUSULA ANTIABUSO
CONTEMPLADA EN EL ART. 15 DE LA DIRECTIVA 2009/133/CE**

1. INTRODUCCIÓN	381
2. LA MODALIDAD PREVISTA EN EL ART. 15.1.A) DE LA DIRECTIVA: CONTEXTUALIZACIÓN, ELEMENTOS DEFINIDORES Y DELIMITA- CIÓN DE SU PERÍMETRO DE APLICACIÓN A LA LUZ DE LA JURIS- PRUDENCIA DEL TJUE.....	384
2.1. Consideraciones generales	384
2.2. El objetivo principal o uno de los principales objetivos de la opera- ción de reorganización empresarial es el fraude o la evasión fiscal .	392
2.2.1. Sobre la ausencia de una definición de los conceptos de fraude y evasión fiscal a los que hace referencia el art. 15 de la Directiva.....	392
2.2.2. Sobre la referencia a la necesidad de que el principal obje- tivo o uno de los principales objetivos de la operación sea el fraude o la evasión fiscal.....	399
2.3. La falta de motivos económicos válidos como presunción de frau- de o evasión fiscal	402
2.4. La necesidad de llevar a cabo un análisis caso por caso de la ope- ración de reorganización empresarial en cuestión.....	415
2.5. La observancia o cumplimiento del Derecho Primario de la UE ...	420
2.6. El uso de las operaciones de reorganización empresarial con el fin de eludir el pago de un impuesto no cubierto por el ámbito de aplicación de la Directiva	423
2.7. El sometimiento de la aplicación de las disposiciones contenidas en la Directiva 2009/133/CE a un procedimiento de autorización previa por parte de las autoridades tributarias domésticas	428
2.8. La posibilidad de que los Estados miembros puedan imponer san- ciones derivadas de la denegación de la aplicación del régimen de neutralidad fiscal	436
3. LA MODALIDAD PREVISTA EN EL ART. 15.1 APARTADO B), DE LA DIRECTIVA 2009/133/CE.....	439
3.1. Finalidad y estructura	439
3.2. Límites a la aplicación de esta modalidad de cláusula antiabuso: la excepción prevista en el art. 15.2 de la Directiva.....	442
3.3. Reflexiones finales	443

CONCLUSIONES

I.	EL CUMPLIMIENTO DE LOS FINES PERSEGUIDOS POR LA DIRECTIVA 2009/133/CE.....	445
II.	SOBRE EL ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO DE LA DIRECTIVA 2009/133/CE	447
	a) Problemática específica que presentan los OICVM.....	447
	b) Las divergencias existentes entre el ámbito de aplicación subjetivo de las Directivas 2009/133/CE y 2017/1132/UE.....	447
	c) Problemas asociados a la fórmula prevista en el anexo de la Directiva 2009/133/CE	448
	d) Las diferencias existentes entre el ámbito de aplicación subjetivo de las Directivas 2011/96/UE, 2009/133/CE y 2003/49/CE.....	449
	e) El requisito previsto en el art. 3.c) de la Directiva 2009/133/CE.....	449
	f) La participación en la operación de sociedades residentes en un mismo Estado miembro.....	450
	g) La participación en la operación de sociedades de terceros Estados	450
III.	SOBRE EL ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO DE LA DIRECTIVA 2009/133/CE	451
	a) Las divergencias existentes entre el ámbito de aplicación objetivo de las Directivas 2009/133/CE y 2017/1132/UE.....	451
	b) La extensión del ámbito de aplicación objetivo de la Directiva a otras operaciones de reorganización empresarial	452
	c) La exclusión del ámbito de aplicación objetivo de la Directiva de las operaciones de traslado de la sede social llevadas a cabo por formas societarias nacionales.....	453
	d) La conveniencia de flexibilizar la definición de algunas operaciones cubiertas por la Directiva	453
	e) La necesidad de clarificar o desarrollar el concepto de rama de actividad.....	454
	f) Las operaciones de aportación de activos.....	455
	g) Las operaciones de canje de valores.....	455
	h) Sobre el origen de los títulos entregados en contrapartida y la compensación adicional en efectivo.....	455
IV.	SOBRE LAS MEDIDAS QUE INTEGRAN EL RÉGIMEN DE NEUTRALIDAD FISCAL CONFIGURADO POR LA DIRECTIVA 2009/133/CE.....	456
	a) La falta de definición del concepto del «valor real»	456
	b) Problemas asociados al requisito previsto en el art. 4.2.b) de la Directiva y a la falta de una definición del concepto de establecimiento permanente	456
	c) El gravamen de los elementos patrimoniales no vinculados al establecimiento permanente localizado en el Estado miembro de residencia de la sociedad transmitente	458
	d) Tratamiento fiscal de las posibles minusvalías puestas de manifiesto como resultado de la operación.....	458
	e) La insuficiencia de las reglas de valoración contenidas en la Directiva.....	459

	Pág.
<i>f)</i> Sobre la regla relativa a la transmisión de «provisiones y reservas» prevista en el art. 5 de la Directiva	459
<i>g)</i> El aprovechamiento fiscal de las pérdidas existentes en sede de la sociedad transmitente	460
<i>h)</i> Límites de la regla prevista en el art. 7 de la Directiva.....	462
<i>i)</i> El tratamiento fiscal de los socios de la sociedad transmitente o dominada	462
<i>j)</i> La reintegración de las pérdidas previamente deducidas de los establecimientos permanentes localizados en un Estado miembro diferente al de la sociedad transmitente y aportados en el marco de una operación de reorganización empresarial.....	464
<i>k)</i> Límites de la cláusula de escape prevista en el art. 10.2 de la Directiva	465
<i>l)</i> Entidades de naturaleza híbrida.....	466
<i>m)</i> El traslado transfronterizo de la sede social de la SE o la SCE.....	467
V. LA CLÁUSULA ANTIABUSO CONTENIDA EN LA DIRECTIVA 2009/133/CE.....	468
<i>a)</i> La delimitación por parte del TJUE de los contornos de aplicación de la modalidad prevista en el art. 15.1.a) de la Directiva	468
<i>b)</i> La interacción con la cláusula prevista en el art. 6 de la Directiva 2016/1164/UE y el principio general de prohibición de abuso del Derecho de la UE	470
<i>c)</i> La posibilidad de imponer sanciones	472
<i>d)</i> La modalidad de la cláusula antiabuso prevista en el art. 15.1.b) de la Directiva	472
<i>e)</i> La interacción entre el art. 15.1 de la Directiva 2009/133/CE y la cláusula antiabuso prevista en la Directiva 2017/1132/UE	473
VI. REFLEXIÓN FINAL.....	473
BIBLIOGRAFÍA.....	475

PRÓLOGO

La obra que el lector tiene en sus manos, y que tengo el honor de prologar, tiene su origen en la memoria de investigación doctoral elaborada por el profesor Alberto Quintas Seara a lo largo de más de siete años y que fue defendida finalmente en noviembre de 2020.

La obra aparentemente tiene por objeto la exposición y análisis del régimen de neutralidad fiscal para las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial articulado a nivel europeo a través de la Directiva 90/434/CEE (actual Directiva 2009/133/CE, tras la codificación). Sin embargo, en realidad estamos ante un auténtico tratado de reorganizaciones empresariales que va más allá del análisis de la armonización fiscal articulada y de los distintos modelos y fórmulas utilizadas por los diferentes Estados miembros para implementar las disposiciones y objetivos establecidos por la referida «Directiva de Fusiones».

En efecto, el autor no se limita a exponer tal dimensión fiscal de las reorganizaciones empresariales transfronterizas a partir de lo dispuesto en la «Directiva de Fusiones», considerando sus sucesivas reformas, sino que incorpora al análisis elementos relativos al propio proceso paralelo de armonización europea del régimen jurídico aplicable a estas operaciones, interrelacionando estas dos esferas regulatorias y aportando una visión holística más completa y compleja de la materia objeto de estudio.

A este respecto, cabría destacar cómo este enfoque europeo y multidisciplinar de la regulación fiscal de las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial constituye uno de los rasgos más reseñables y valiosos de esta obra, donde el autor no ha escatimado esfuerzos a la hora de tratar de aportar una imagen fiel y crítica del marco europeo que ordena el objeto de estudio de la monografía.

En este mismo sentido, no puede dejar de ponerse de relieve cómo la obra no se limita a exponer una visión lineal y aporoblemática de la regulación fiscal europea en la materia, sino que, por el contrario, el profesor Quintas profundiza en los «dobles fondos» de tal normativa a efectos de identificar problemas no resueltos por la misma, proponiendo en muchas ocasiones certeros enfoques que podrían contribuir a solucionar tales situaciones problemáticas.

La lectura y manejo de la obra habla por sí misma. El esfuerzo desplegado por el autor en su elaboración ha sido ingente, reflejando su alta capacidad intelectual y generosidad académica. No en vano, el profesor A. Quintas Seara tuvo que dedicar

varios años a realizar estancias de investigación en algunos de los mejores centros de estudios académicos y universidades europeas (tales como la Universidad de Oxford, el Institute for Austrian and International Tax Law, la Universidad París 1 Panthéon-Sorbonne, o el IBFD), a efectos de completar la investigación que, de forma parcial, se refleja en esta monografía. Es por todo ello que esta obra está llamada a ser un referente en la materia, con vocación de perdurabilidad en el tiempo, esto es, un clásico.

Respecto del autor poco cabe añadir que no se haya puesto de relieve al hilo de los comentarios referidos a su obra, toda vez que esta no es sino una expresión del «genio» de su autor. El profesor A. Quintas Seara no solo destaca por su conmovedora vocación académica, alta capacidad intelectual y de trabajo, enorme generosidad e infinita curiosidad, sino también por su espíritu de servicio social a través del clásico círculo virtuoso de aprendizaje-enseñanza universitaria y, en tal sentido, cabría decir que forma parte de una esperanzadora y meritoria nueva generación de profesores universitarios que está alumbrando la universidad española y que garantiza su continuidad y futuro.

En A Coruña, otoño de 2021.

Jose Manuel CALDERÓN CARRERO
Catedrático de Derecho Financiero
y Tributario. Universidad de A Coruña

INTRODUCCIÓN

Desde la firma del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea en 1957 quedaron sentadas las bases para la construcción de un mercado común europeo cuya efectiva implantación y correcto funcionamiento requería, entre otras cuestiones, garantizar las libertades fundamentales y eliminar los obstáculos a la actividad transfronteriza de las empresas de los diferentes Estados miembros. Ciertamente, los cambios derivados de la creación de un mercado común a menudo determinaban la necesidad de acometer procesos de reorganización empresarial de carácter doméstico, pero también de naturaleza transfronteriza, orientados principalmente a incrementar el tamaño de las empresas, así como a adaptar sus estructuras productivas y organizacionales a las exigencias del nuevo escenario que ante ellas se planteaba, ya fuera con la intención de acceder a otros mercados dentro del ámbito comunitario o simplemente para defender la posición que ostentaban en el mercado nacional (tradicionalmente protegido con diversas barreras de entrada) frente a empresas competidoras de otros Estados miembros e incluso de países terceros como Estados Unidos o Japón.

Sin embargo, a comienzos de la década de los sesenta, las disposiciones contenidas en las legislaciones nacionales de los Estados miembros y aplicables a estas operaciones, tanto en materia de Derecho societario como en el plano del Derecho tributario, estaban concebidas desde una óptica puramente interna, investidas de un cierto carácter proteccionista y, en muchas ocasiones, resultaban discriminatorias, lo que se traducía en que, con carácter general, la realización de operaciones transfronterizas de reorganización empresarial constituiese una misión casi imposible o, cuanto menos, estuviese sometida a restricciones que la hacían muy gravosa para las partes implicadas en la misma.

De este modo, y desde la perspectiva del Derecho societario, cabría señalar cómo, a nivel interno, la mayoría de operaciones de reorganización empresarial podían llevarse a cabo sin mayores complicaciones sobre la base de la legislación doméstica del Estado miembro en cuestión, si bien existían importantes divergencias a la hora de su regulación por parte de los diferentes Estados. Sin embargo, en el plano transfronterizo, la posibilidad de llevar a cabo operaciones de fusión o escisión quedaba supeditada, por una parte, a que los Estados miembros contemplasen en sus respectivos ordenamientos nacionales disposiciones tendentes a permitir la realización de estas operaciones y, por otra, a la superación de toda

la problemática derivada de la interacción de las normas materiales y de conflicto de leyes de los Estados miembros involucrados en la operación. De este modo, la propia realidad práctica fue dejando en evidencia que la regulación de estas operaciones a través de normas internas, unida al empleo de las diversas técnicas de solución de los conflictos de leyes propias del Derecho internacional privado, no constituía una solución adecuada y susceptible de perpetuarse en el tiempo en el contexto de la Unión Europea.

Por ello, se puso en marcha un intenso proceso de armonización en el ámbito del Derecho societario que cristalizaría, en una primera etapa, en la adopción de normas tales como las Directivas 78/855/CEE¹ y 82/891/CEE² que se proyectaban, respectivamente, sobre las operaciones de fusión y escisión de sociedades anónimas realizadas en el ámbito estrictamente doméstico. No obstante, y por lo que respecta a las operaciones de fusión transfronteriza, habría que esperar hasta comienzos del nuevo milenio para que viese la luz la Directiva 2005/56/CE³, la cual, más allá de establecer un concepto «europeo» de este tipo de operaciones (tomado a su vez de la Directiva 78/855/CEE), configuró un régimen jurídico orientado a permitir que las sociedades de capital de los diferentes Estados miembros pudiesen llevarlas a cabo en adecuadas condiciones de seguridad jurídica, a la vez que trataba de garantizar la protección de los derechos de los socios minoritarios, acreedores, y trabajadores.

De hecho, hasta ese momento, la única vía para acometer una operación de fusión transfronteriza dotada de un cierto nivel de garantías jurídicas para las sociedades participantes y para los principales colectivos afectados por la misma consistía en su instrumentalización a través de la figura de la *Societas Europaea* regulada por el Reglamento (CE) núm. 2157/2001⁴, donde se contemplaba la posibilidad de crear una Sociedad Europea a través de la fusión de sociedades anónimas de diferentes Estados miembros. Sin embargo, el «restrictivo» régimen jurídico previsto por dicho Reglamento para esta forma societaria de naturaleza europea (y, en particular, por lo que respecta a la modalidad de constitución por fusión), así como los problemas e incertidumbres asociados al mismo, entre los que podría destacarse la imposibilidad de que las pymes, constituidas en su mayoría bajo la forma de sociedad limitada, pudiesen participar en la creación de una Sociedad Europea por fusión, determinaban que, desde la óptica del Derecho europeo, no nos encontrásemos ante una opción satisfactoria a largo plazo para llevar a cabo estas operaciones.

Más recientemente, y tras la codificación operada en su momento por la Directiva 2017/1132/UE⁵, la Directiva 2019/2121/UE⁶ ha extendido el proceso de armo-

¹ Tercera Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del art. 54 del Tratado y relativa a las fusiones de las sociedades anónimas (*DOCE*, núm. L 295, de 20 de octubre de 1978, p. 36).

² Sexta Directiva 82/891/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1982, basada en la letra g) del apartado 3 del art. 54 del Tratado y referente a la escisión de las sociedades anónimas (*DOCE*, núm. L 378, de 31 de diciembre de 1982, p. 47).

³ Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital (*DOUE*, núm. L 310, de 25 de noviembre de 2005, p. 1).

⁴ Reglamento (CE) núm. 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (*DOCE*, núm. L 294, de 10 de noviembre de 2001, p. 1).

⁵ Directiva 2017/1132/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (*DOUE*, núm. L 169, de 30 de junio de 2017, p. 46).

⁶ Directiva 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas (*DOUE*, núm. L 321, de 12 de diciembre de 2019, p. 1).

nización en el plano del Derecho societario europeo a las operaciones de escisión y transformación transfronteriza de sociedades de capital de los diferentes Estados miembros, estableciendo un régimen jurídico-procedimental armonizado que permite llevarlas a cabo en adecuadas condiciones de seguridad jurídica y protección de los intereses de los principales colectivos afectados por las mismas. A este respecto cabría señalar que si bien la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya había sentado las bases para posibilitar su realización al amparo de la libertad de establecimiento, lo cierto es que no resultaba suficiente para eliminar los obstáculos jurídicos que afectaban a dichas operaciones. De hecho, y por lo que respecta al traslado intraeuropeo de la sede social con mantenimiento de la personalidad jurídica, únicamente la Sociedad Europea y la Sociedad Cooperativa Europea podían llevar a cabo estas operaciones en un contexto de seguridad jurídica sobre la base de las disposiciones contenidas en los Reglamentos (CE) núms. 2157/2001 y 1435/2003⁷.

Por otra parte, y desde el punto de vista estrictamente fiscal, las operaciones de reorganización empresarial (fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones) se enfrentaban a numerosos obstáculos en el plano de la imposición directa (que, por su importancia en términos cuantitativos, destacaban sobre los existentes en el ámbito de la imposición indirecta) tanto en sede de la sociedad transmitente y de sus socios como en sede de la sociedad beneficiaria, especialmente aquellas que suponían la disolución de la sociedad transmitente (fusiones y escisiones totales). En este sentido, el gravamen inmediato de las plusvalías latentes puestas de manifiesto como resultado de la operación se configuraba como el principal problema que presentaban estas operaciones, tanto a nivel interno como en el plano transfronterizo, al determinar el surgimiento de un importante coste fiscal que, al impactar directamente sobre la posición financiera de la sociedad transmitente y de sus socios, podía frustrar su realización efectiva aun cuando estas resultasen viables (y deseables) desde una perspectiva económica y/o comercial.

A este respecto cabría señalar cómo, ya en la década de los sesenta, todos los Estados miembros contemplaban en sus respectivas legislaciones tributarias domésticas medidas o regímenes fiscales especiales en el ámbito de la imposición directa cuya finalidad estaba orientada, fundamentalmente, bien a disminuir el coste asociado a las operaciones de fusión de naturaleza doméstica (sistemas de tipo reducido o de fraccionamiento del pago) o bien a garantizar su neutralidad fiscal (sistema de diferimiento), y que, en algunos casos (por ejemplo, Alemania, Francia o Países Bajos), resultaban extensibles a otras operaciones domésticas de reorganización empresarial tales como escisiones, aportaciones de activos o canjes de acciones. Sin embargo, inspirados por un cierto temor a perder o ver enormemente dificultada la posibilidad de gravar las rentas o plusvalías generadas en su territorio, eran minoría los Estados miembros que extendían la aplicación de sus medidas o regímenes fiscales especiales a supuestos transfronterizos, lo que situaba a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones de naturaleza intracomunitaria en una situación de desventaja frente a sus homólogas llevadas a cabo en el ámbito interno.

Asimismo, no debe perderse de vista que, incluso en aquellos supuestos en los que los Estados miembros contemplaban en sus respectivos ordenamientos internos la posibilidad de extender —con matices y sujeto al cumplimiento de una serie de requisitos— el régimen fiscal especial previsto para determinadas operaciones

⁷ Reglamento (CE) núm. 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (*DOUE* núm. 207, de 18 de agosto de 2003, p. 1).

de reorganización empresarial de naturaleza doméstica al plano transfronterizo, lo cierto es que, en ausencia de un régimen fiscal común aplicable a estas operaciones, el importante grado de heterogeneidad existente entre los mismos seguía constituyendo un obstáculo a su realización efectiva.

En este contexto, pronto quedó de manifiesto la necesidad de llevar a cabo un proceso de aproximación de las legislaciones fiscales de los Estados miembros en esta materia orientado a la adopción de un instrumento normativo de naturaleza comunitaria que eliminase los posibles obstáculos, restricciones o distorsiones que, en el ámbito de la imposición directa, afectaban negativamente a la realización de las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial y contribuyese de este modo al correcto funcionamiento del mercado común, así como al incremento de los niveles de productividad y competitividad de las empresas europeas en el plano internacional.

De este modo, y tras más de veinte años de negociaciones, vio la luz la Directiva 90/434/CEE⁸, con el objetivo de implantar un régimen fiscal común aplicable a las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos y canje de acciones llevadas a cabo entre sociedades de diferentes Estados miembros que, superando las dificultades que determinarían la extensión al plano transfronterizo de los regímenes fiscales implementados por dichos Estados para este tipo de operaciones en el ámbito interno, garantizase su neutralidad fiscal tanto desde la óptica de las sociedades participantes como desde la perspectiva de sus socios (eliminando el elevado coste que suponía el gravamen inmediato de las plusvalías puestas de manifiesto en el momento de su realización a través de la configuración de un sistema de diferimiento), sin que de ello se derivase un perjuicio para los derechos impositivos de los Estados miembros.

La adhesión de nuevos Estados miembros a la Unión Europea con posterioridad a la aprobación de la Directiva 90/434/CEE ha determinado la necesidad de modificar en diversas ocasiones su contenido, si bien los cambios de mayor calado fueron introducidos a través de la Directiva 2005/19/CE⁹, por cuanto supuso no solo la ampliación de su ámbito de aplicación subjetivo (incorporando a la SE, a la SCE y a otras formas societarias nacionales de los nuevos Estados miembros o de los ya existentes pero que por su naturaleza fueron excluidas en un primer momento, tales como sociedades cooperativas, mutuas de seguros, cajas de ahorros, fondos de inversión o determinadas sociedades civiles) y objetivo (incorporando las operaciones de escisión parcial o el traslado transfronterizo del domicilio social de la SE o la SCE), sino también la introducción de nuevas disposiciones que buscaban integrar determinadas «lagunas» existentes en su articulado (por ejemplo, en relación con las entidades híbridas), así como clarificar alguno de sus preceptos ya existentes (por ejemplo, la definición de canje de acciones o la cobertura de las operaciones de «filialización»). Por ello, en el año 2009, y al objeto facilitar su aplicación por parte de los agentes económicos, se procedió a su codificación a través de la Directiva 2009/133/CE¹⁰.

⁸ 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 (*DOCE*, núm. L 225, de 20 de agosto de 1990).

⁹ Directiva 2005/19/CE del Consejo, de 17 de febrero de 2005, 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*, núm. L 58, de 4 de marzo de 2005, p. 19).

¹⁰ 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 (*DOUE*, núm. L 310, de 25 de noviembre de 2009, p. 34).

Sin embargo, y a pesar de su importancia, el paso del tiempo ha ido poniendo de manifiesto la existencia de ciertas cuestiones controvertidas vinculadas al régimen fiscal configurado por dicha Directiva tanto desde el punto de vista de la propia norma de Derecho de la Unión Europea como en relación con la transposición de su contenido a nivel interno efectuada por los distintos Estados miembros, muchos de los cuales han diseñado sus regímenes fiscales aplicables a las operaciones de reorganización empresarial de naturaleza estrictamente doméstica a imagen y semejanza de lo establecido en la Directiva.

A este respecto, no puede perderse de vista que la Directiva 2009/133/CE no es ajena a elementos tales como: *i*) la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de impuestos de salida, compensación de pérdidas transfronterizas o aplicación del principio general de prohibición de abuso del Derecho; *ii*) la aprobación de otras normas de Derecho de la Unión Europea en materia de imposición directa y, en particular, la Directiva 2016/1164/UE¹¹ (especialmente por lo que respecta a la cláusula general antiabuso prevista en su art. 6 y a las disposiciones en materia de imposición de salida contenidas en su art. 5), o *iii*) los avances del proceso de armonización del Derecho societario europeo en materia de operaciones transfronterizas de reorganización empresarial, plasmados en la reciente Directiva 2019/2121/UE.

Por ello, el objetivo fundamental de este trabajo pivota sobre el estudio del régimen de neutralidad fiscal configurado por la Directiva 2009/133/CE con el fin de valorar en el contexto actual su adecuación como instrumento para eliminar los obstáculos fiscales que afectaban negativamente a la realización de las operaciones intraeuropeas de reorganización empresarial cubiertas por su ámbito de aplicación. De cara a su consecución, se adoptará un enfoque de naturaleza eminentemente europea que, partiendo del análisis de las disposiciones contenidas en esta Directiva, se proyecte horizontalmente sobre otras normas de Derecho de la Unión Europea vinculadas a la citada Directiva (tanto en el plano del Derecho tributario como en el ámbito del Derecho societario), así como sobre la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en aquellas materias que se encuentren íntimamente ligadas al contenido de sus disposiciones. Todo ello sin perjuicio de que, en determinadas ocasiones, resulte necesario descender al ámbito de los ordenamientos domésticos de los Estados miembros con el fin de analizar posibles aspectos problemáticos vinculados a la implementación de la Directiva 2009/133/CE en sus respectivos Derechos nacionales.

No obstante, conviene apuntar que, por razones metodológicas y materiales, este trabajo no aborda las conexiones que existen entre la normativa europea que trata de eliminar los obstáculos a las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial y uno de los puntales del Derecho de la UE que tiene como principal objetivo la libre competencia y limita las operaciones de concentración empresarial que distorsionan de forma relevante tal principio, así como el buen funcionamiento del mercado interior.

A la luz de lo anteriormente expuesto, hemos estructurado el presente trabajo en torno a cinco capítulos.

El capítulo I se centra en el estudio de los principales obstáculos que, desde la óptica de la fiscalidad directa, afectaban a las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial tanto en sede de las sociedades participantes en las mismas

¹¹ Directiva 2016/1164/UE del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior (DOUE, núm. L 193, de 19 de julio de 2016, p. 1).

como en sede de sus socios, para a continuación abordar la génesis del proceso de creación de un régimen de neutralidad fiscal aplicable a estas operaciones desde sus orígenes hasta la codificación operada por la Directiva 2009/133/CE, pasando por la Propuesta de Directiva de 1969¹², la aprobación de la Directiva 90/434/CEE o la reforma llevada a cabo por la Directiva 2015/19/CE.

En el capítulo II se lleva a cabo un análisis del ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 2009/133/CE, profundizando en los requisitos que deben cumplir las sociedades participantes en las operaciones de reorganización empresarial cubiertas por dicha norma de Derecho europeo con el fin de identificar aquellos aspectos problemáticos o controvertidos. Asimismo, también se ponen de manifiesto las implicaciones derivadas de la no exigencia de requisito alguno por parte de la Directiva en relación con los socios de las sociedades participantes en dichas operaciones.

El capítulo III examina el ámbito de aplicación objetivo de la Directiva 2009/133/CE. De este modo, y aun cuando el ámbito de aplicación natural de la citada norma se proyecta sobre operaciones de naturaleza intraeuropea, se analizan cuestiones tales como la extensión de su ámbito de aplicación a reorganizaciones empresariales estrictamente domésticas por parte de los Estados miembros o su posible aplicación en el ámbito del Espacio Económico Europeo. En cualquier caso, el eje central de este capítulo lo constituye el estudio de las diferentes operaciones cubiertas por el ámbito de aplicación de la Directiva, de forma tal que, partiendo del carácter autónomo de sus definiciones, se analizan sus principales caracteres definidores, así como los problemas interpretativos que se plantean en torno a las mismas. En relación con esta cuestión, se estudia con particular detalle el concepto de rama de actividad al configurarse como un elemento clave en relación con las operaciones de escisión parcial y aportación de activos. Asimismo, también se analiza la exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva de las operaciones de traslado transfronterizo de la sede social llevadas a cabo por sociedades nacionales de los diferentes Estados miembros, cuestión relevante no solo por las implicaciones que en este contexto también despliega la Directiva 2016/1164/UE, sino por su incorporación al proceso de armonización del Derecho societario europeo como resultado de la aprobación de la Directiva 2019/2121/UE.

En el capítulo IV se lleva a cabo un análisis exhaustivo de las medidas que integran el régimen de neutralidad fiscal configurado por la Directiva 2009/133/CE. De este modo, se estudia en primer lugar el tratamiento fiscal de las operaciones de reorganización empresarial cubiertas por su ámbito de aplicación en sede de las sociedades participantes en las mismas, profundizando en cuestiones tales como: *i)* la regla del diferimiento del gravamen de las plusvalías puestas de manifiesto como resultado de la operación y los requisitos necesarios para su aplicación; *ii)* la regla relativa al aprovechamiento fiscal de las pérdidas existentes en sede de la sociedad transmitente por parte del establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria localizado en el Estado miembro de la sociedad transmitente, así como la posibilidad de su extensión al Estado miembro de la sociedad beneficiaria, o *iii)* la problemática particular que plantean aquellas operaciones de reorganización empresarial en las que la sociedad beneficiaria ostenta una participación en el capital social de la sociedad transmitente. En segundo lugar, se estudia el tratamiento fiscal de los socios de la sociedad transmitente o dominada, analizando la regla de diferimiento y los requisitos para su aplicación, así como la facultad del

¹² DOCE, núm. C 39, de 22 de marzo de 1969, p. 1.

Estado miembro que otorgó el diferimiento para gravar las plusvalías derivadas de la ulterior transmisión de los títulos de la sociedad beneficiaria o dominante recibidos en contrapartida, prestando una especial atención a la problemática que puede plantearse cuando dicho Estado ya no ostenta facultades impositivas sobre dichas plusvalías. En tercer lugar, se aborda de forma separada el estudio de las disposiciones de la Directiva en materia de transparencia y las implicaciones que para la aplicación del régimen de neutralidad fiscal tiene que la sociedad transmitente o dominada, la sociedad beneficiaria o dominante, o bien los socios de la sociedad transmitente o dominada sean considerados como transparentes a efectos fiscales. Por último, y habida cuenta de su particularidad, se abordan las reglas específicas que operan en aquellos supuestos en los que entre el conjunto patrimonial transmitido figura un establecimiento permanente de la sociedad transmitente localizado en el territorio de otro Estado miembro (incluyendo el de la propia sociedad beneficiaria).

Finalmente, en el capítulo V se aborda el estudio de la cláusula antiabuso contemplada en el art. 15.1 de la Directiva 2009/133/CE. En concreto, y por lo que respecta a la modalidad prevista en el apartado *a)* del citado precepto, se analizan los fundamentos sobre los que se construye, sus elementos definidores, la delimitación de su perímetro de aplicación a la luz de la jurisprudencia del TJUE o la interrelación con las cláusulas antiabuso previstas en otras normas de Derecho de la Unión Europea. También se analiza la modalidad prevista en el apartado *b)* del citado precepto, en particular, su finalidad, estructura, así como la excepción a su aplicación prevista en el art. 15.2 de la Directiva.

CAPÍTULO I

LA CREACIÓN DE UN RÉGIMEN DE NEUTRALIDAD FISCAL PARA LAS OPERACIONES TRANSFRONTERIZAS DE REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL

1. INTRODUCCIÓN

La firma del Tratado de Roma supuso un cambio trascendental no solo en el ámbito político, sino también en el modo de concebir las relaciones jurídico-económicas entre los Estados miembros. La supresión de los derechos de aduana y otros obstáculos a las transacciones comerciales situó a las empresas europeas ante un nuevo escenario lleno de oportunidades de negocio, modernización, y crecimiento. Ahora bien, la transición hacia un mercado común requería, en muchas ocasiones, que las empresas adaptasen sus estructuras productivas y organizacionales al nuevo contexto, ya fuera con la intención de acceder a otros mercados dentro del ámbito comunitario o simplemente para defender la posición que ostentaban en el mercado nacional (tradicionalmente protegido con diversas barreras de entrada) frente a empresas competidoras de otros Estados miembros e incluso de países terceros, habida cuenta de que, desde la firma del TCEE, se había ido produciendo un desembarco progresivo en Europa de empresas extranjeras atraídas por un mercado en clara expansión.

A menudo, estos cambios implicaban la necesidad de acometer procesos de reorganización de carácter doméstico, pero también de naturaleza transfronteriza, principalmente orientados a incrementar el tamaño de la empresa, y es que, en buena lógica, la creación de un mercado común europeo requería también de empresas de dimensión europea que, por una parte, pudiesen sacar el máximo provecho de la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, y, por otra, estuviesen en condiciones de competir a nivel internacional con empresas de países terceros como Estados Unidos o Japón, pues no debemos perder de vista que, de forma paralela a la construcción del mercado común, se estaba desarrollando un importante proceso de intensificación del nivel de globalización de la economía mundial¹.

¹ De hecho, la competitividad frente al exterior constituye una de las principales razones que tradicionalmente han impulsado los procesos de concentración empresarial. En este sentido, *vid.* R. ALONSO SOTO, «La aplicación del artículo 85 del Tratado CEE a las concentraciones de empresas: comentario a la

Sin embargo, si nos situamos en el contexto normativo de comienzos de la década de los sesenta, podría afirmarse que, con carácter general, la realización de una operación de reorganización empresarial de carácter transfronterizo constituía una misión casi imposible o, cuanto menos, muy gravosa para las partes interesadas debido fundamentalmente a los siguientes motivos: 1) desde la óptica del Derecho societario, algunas de estas operaciones o bien no estaban previstas en el ordenamiento interno o simplemente estaban prohibidas; 2) aun estando contempladas en el plano del Derecho societario doméstico para supuestos internos, la introducción del elemento transfronterizo obligaba a acudir a las normas del Derecho internacional privado para determinar la validez o no de la operación, así como la legislación aplicable a la misma, y 3) desde la óptica fiscal, la falta de coordinación entre los ordenamientos nacionales de los diferentes Estados miembros se traducían en problemas de doble imposición, así como en el gravamen inmediato de las plusvalías latentes puestas de manifiesto como resultado de la operación.

De este modo, podría afirmarse que si introducimos en una coctelera la necesidad de las empresas nacionales de los diferentes Estados miembros de incrementar su tamaño para adaptarse a las nuevas condiciones de competencia europea e internacional como ingrediente fundamental, le añadimos las dificultades que presentaban en el ámbito mercantil y fiscal las operaciones transfronterizas de reorganización empresarial tendentes a conseguir este objetivo (por ejemplo, fusiones), así como la existencia en la mayoría de Estados miembros de regímenes fiscales «especiales» para supuestos de naturaleza estrictamente interna (que rara vez resultaban extensibles a operaciones de naturaleza transfronteriza)², y lo agitamos todo, el resultado no es otro que una mezcla de la que se destilaba, por una parte, un fuerte incentivo para el surgimiento de los denominados «campeones nacionales»³ (que, a la larga, terminarían por crear una suerte de barrera de entrada y distorsionar la competencia en sus respectivos mercados) y, por otra, un importante riesgo para aquellas empresas nacionales que quedasen al margen de estos procesos de ser absorbidas o adquiridas por empresas de países terceros, aprovechándose de su mayor fortaleza económica y financiera. Ni que decir tiene que ninguna de estas consecuencias, puestas de manifiesto durante la década de

Sentencia *Philip Morris* de 17 de noviembre de 1988», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 15, núm. 3, 1988, p. 770.

² A título de ejemplo podría traerse a colación la Ley italiana núm. 170, de 18 de marzo de 1965, por cuanto establecía una serie de medidas fiscales de favor aplicables a fusiones y transformaciones societarias domésticas en materia de imposición directa e indirecta que, mediando el cumplimiento de una serie de requisitos, podían ser extendidas a operaciones de fusión transfronteriza en virtud de la Circular núm. 321530, de 25 de octubre de 1965. Una buena aproximación al tratamiento fiscal privilegiado que los Estados miembros otorgaban, a finales de la década de los sesenta, no solo a las operaciones de fusión, sino a otras operaciones de reorganización empresarial de naturaleza interna puede encontrarse en «Belgium: Taxation of mergers and similar transactions», *European Taxation*, vol. 8, núm. 6, 1968, pp. 130-142; «France: Privileged tax treatment for mergers and similar transactions», *European Taxation*, vol. 8, 1968, núm. 4, pp. 81-93; «Germany: Taxation of mergers and similar transactions», *European Taxation*, vol. 9, núm. 5, 1969, pp. 93-101; «Italy: Privileged tax treatment for mergers and similar transactions», *European Taxation*, vol. 9, núm. 6, 1969, pp. 134-141, y «Netherlands: Taxation of mergers», *European Taxation*, vol. 9, núm. 4, 1969, pp. 70-79.

³ En este sentido, algunos autores han llamado la atención acerca de la existencia, especialmente durante la década de los sesenta, de una corriente de opinión en el ámbito político y empresarial de los diferentes Estados miembros que apostaba más decididamente por el incremento del grado de concentración empresarial a nivel interno como mecanismo para que sus respectivas empresas nacionales pudiesen competir en el incipiente mercado interior que por la eliminación de todos los obstáculos que dificultaban la formación de empresas de dimensión europea. *Id.* P. GARCÍA-DURÁN HUET, «La lenta gestación de la política comunitaria de fusiones», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 12, 2002, p. 510.

los sesenta⁴, resultaba acorde con el espíritu del Tratado y la construcción del mercado interior.

Ciertamente, las cuestiones anteriormente apuntadas no pasaban desapercibidas para las instituciones comunitarias, que veían con buenos ojos, dentro de los límites impuestos por la garantía de una competencia efectiva respetuosa con la libertad de elección y de actividad de consumidores, proveedores y compradores, la creación de empresas de dimensión europea, sobre la base de que se vería reforzada su capacidad competitiva frente a las empresas de países terceros (ya fuera en el plano internacional o dentro del propio territorio comunitario), a la vez que permitiría a los consumidores de los diferentes Estados miembros disfrutar de las ventajas derivadas de la producción a gran escala y de la investigación científica y técnica⁵.

Por tanto, pronto quedó de manifiesto la necesidad de abrir un profundo proceso de reflexión, tanto en el ámbito del Derecho societario como en el plano del Derecho tributario, que desembocase en la adopción de instrumentos normativos de naturaleza europea que contribuyesen a eliminar los obstáculos jurídico-fiscales existentes a aquellas operaciones transfronterizas de reorganización empresarial que permitiesen incrementar el tamaño de las empresas europeas, especialmente las fusiones entre sociedades de distintos Estados miembros⁶. En este sentido, conviene recordar que la fusión intraeuropea de sociedades se concebía, sobre el papel, como un instrumento idóneo para incrementar el grado de concentración empresarial en la medida en que presentaba una serie de ventajas frente al otro mecanismo tradicional de concentración, la adquisición de participaciones, entre las que destacaba la posibilidad de obtener el control de la sociedad adquirida sin que se produjera un desembolso importante de efectivo en sede de la sociedad adquirente. No obstante, la adquisición de participaciones era el mecanismo más frecuentemente utilizado en la práctica debido a los problemas de índole jurídico-fiscal que afectaban a las fusiones transfronterizas, incluyendo su no reconocimiento por parte de las legislaciones societarias de algunos Estados miembros.

En relación con esta cuestión, cabría apuntar cómo, desde el año 1965, un grupo de expertos dirigidos por el profesor Goldman venía trabajando para dar forma a un convenio que posibilitase la realización efectiva de estas operaciones en condiciones de seguridad jurídica y simplicidad comparables a las existentes en el ámbito puramente interno. A este respecto podría decirse que el fallido «Proyecto de Convenio sobre fusiones internacionales de sociedades anónimas» de 1973⁷ constituyó el germen de un proceso de armonización en el que de forma progresiva, y no sin dificultades, se irían dando pequeños pasos en forma de normas europeas [por ejemplo, la Directiva 78/855/CEE o el Reglamento (CE) núm. 2157/2001] que allanarían el camino para la aprobación, más de treinta años después, de la Directiva 2005/56/CE relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital.

Sin embargo, y como puso de relieve en su momento el propio profesor Goldman, de nada serviría adoptar un instrumento jurídico comunitario que posibilitase las fusiones transfronterizas si al mismo tiempo no se eliminaban los obstáculos fiscales que, en la práctica, determinaban la imposibilidad de llevar a cabo dichas

⁴ Vid. COMMISSION EUROPÉENNE, *La politique industrielle de la Communauté. Memorandum de la Commission au Conseil*, COM (70) 100 final, 1970, p. 92.

⁵ En este sentido, vid. COMMISSION EUROPÉENNE, «Le problème de la concentration dans le marché commun», *Études. Série concurrence*, núm. 3, 1966, pp. 5-9.

⁶ De hecho, algunos autores han llegado a calificar las fusiones transfronterizas como «instrumentos de ventaja comparativa». Vid. J. P. NEARY, «Cross-Border Mergers as Instruments of Comparative Advantage», *The Review of Economic Studies*, vol. 74, núm. 4, 2007, p. 1246.

⁷ Vid. *Bulletin des Communautés Européennes*, Supplément núm. 13, 1973, pp. 1-28.

operaciones debido al coste adicional que añadían a su realización⁸. Ciertamente, estos obstáculos se presentaban tanto en el ámbito de la imposición directa como en el ámbito de la imposición indirecta⁹, si bien por su importancia en términos cuantitativos destacaban los primeros, especialmente aquellos de naturaleza *ex ante* vinculados a las consecuencias tributarias de la propia operación para las partes implicadas en la misma en el momento de su realización¹⁰. Por ello, en los siguientes epígrafes de este trabajo nos centraremos, por una parte, en analizar los obstáculos fiscales de este tipo que afectaban a las operaciones de reorganización empresarial en las que participaban sociedades de diferentes Estados miembros, para lo cual tomaremos como referencia las operaciones de fusión (al ser una figura jurídica conocida por las legislaciones nacionales de todos los Estados miembros desde los inicios del proyecto comunitario), y, por otra, en cómo las instituciones europeas intentaron eliminarlos a través de la configuración de un régimen de neutralidad fiscal en el ámbito de la imposición sobre la renta societaria, plasmado actualmente en la Directiva 2009/133/CE.

2. ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES OBSTÁCULOS EN MATERIA DE IMPOSICIÓN DIRECTA QUE AFECTABAN NEGATIVAMENTE A LA REALIZACIÓN DE OPERACIONES DE REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL EN EL ÁMBITO TRANSFRONTERIZO

2.1. La fusión de sociedades como ejemplo ilustrativo de la problemática que presentaban las operaciones de reorganización empresarial desde la óptica fiscal

2.1.1. *En sede de la sociedad o sociedades transmitentes*

Por lo que respecta a la fusión de sociedades como instrumento jurídico de reorganización empresarial podría afirmarse que, desde la óptica tributaria y en ausencia de disposiciones normativas específicas, el principal obstáculo a su

⁸ Vid. B. GOLDMAN, «Rapport concernant le projet de convention sur la fusion internationale des sociétés anonymes», *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 10, núm. 3, 1974, p. 551. En una línea similar, algún autor llegaría a afirmar que la influencia del Derecho tributario podría convertir en «ilusoria» una armonización que se limitara exclusivamente al ámbito del Derecho societario. Vid. Y. GUYON, «La coordination communautaire du droit français des sociétés», *Revue trimestrielle de droit européen*, núm. 2, 1990, p. 246.

⁹ A título ilustrativo podría traerse a colación el caso de Italia, donde, a mediados de la década de los sesenta, una operación de fusión podía dar lugar, entre otros, a la exigencia de los siguientes tributos: 1) en relación con las plusvalías puestas de manifiesto como resultado de la operación, Impuesto sobre las Rentas del Capital (*Imposta sui redditi di Richezza Mobile*) e Impuesto sobre Sociedades (*Imposta sulle società*); 2) en relación con la aportación de bienes inmuebles, Impuesto de Registro (*Imposta di registro*), Impuesto Hipotecario (*Imposta ipotecaria*) e Impuesto Catastral (*Diritti catastali e di voltura*), y 3) en relación con la emisión de títulos, Tasa de Autorización Gubernamental (*Tassa sulle concessione governative*) e Impuesto de Timbre (*Imposta di bollo*). Sobre esta cuestión vid. «Italy: Privileged tax treatment for mergers...», *op. cit.*, p. 137.

¹⁰ A este respecto cabría señalar cómo en el ámbito de otras operaciones de concentración empresarial, como adquisiciones de participaciones o canjes de acciones, cobraban relevancia otra serie de obstáculos de naturaleza *ex post* vinculados al régimen fiscal de las entidades surgidas como resultado de la operación en cuestión, ya fuera un grupo de sociedades matrices y filiales o una sociedad *holding*, especialmente en relación con el gravamen de los beneficios distribuidos por las filiales a sus matrices o por lo que respecta al gravamen de las plusvalías derivadas de la venta de participaciones por parte de la sociedad *holding*. Sobre esta cuestión, vid. J. KAUFFMAN, «Tax system for holding companies, investment companies and investment funds», en H. THURSTON, *The EEC reports on Tax Harmonization*, Amsterdam, IBFD, 1963, pp. 180-181; COMMISSION EUROPÉENNE, «Le problème de la concentration...», *op. cit.*, pp. 18-19, e *id.*, «Programme d'harmonisation fiscale. Programme d'harmonisation des impôts directs», *Bulletin de la Communauté économique européenne*, Supplément núm. 8, 1967, p. 16.