



I N F O R M E

S/REF. -

N/REF. 292-05-INF

DESTINATARIO: SR.D.CARLOS J. CERVANTES SÁNCHEZ-RODRIGO  
DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE INSPECCIÓN FINANCIERA Y TRIBUTARIA. AGENCIA TRIBUTARIA  
CALLE INFANTA MERCEDES, 37. 28020 MADRID

**ASUNTO:**

PETICIÓN DE INFORME SOBRE LA POSIBILIDAD DE INAPLICACIÓN PARCIAL DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE FUSIONES, ESCISIONES, APORTACIONES DE ACTIVOS Y CANJE DE VALORES EN OPERACIONES DE ESCISIÓN-VENTA.

En relación con el asunto de referencia, este Centro Directivo, en el ámbito de sus competencias, emite el siguiente informe:

**I. INTRODUCCIÓN.**

Por parte del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria se ha solicitado informe a este Centro Directivo acerca de la interpretación del artículo 96.2 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo (BOE de 11 de marzo), en adelante TRLIS, en el sentido de si dicho precepto puede amparar la pérdida parcial del régimen especial establecido en el capítulo VIII del título VII del TRLIS, aun en casos en que la operación se haya realizado con la mera finalidad de obtener una ventaja fiscal.

**II. ANTECEDENTES.**

El caso planteado corresponde a una operación de escisión total de una entidad acogida al régimen fiscal especial con posterior transmisión de los títulos de una de las entidades beneficiarias, por parte de sus socios personas físicas, que se aplican coeficientes reductores que determinan la no sujeción de la ganancia patrimonial obtenida en la transmisión.



**ASUNTO:**

PETICIÓN DE INFORME SOBRE LA POSIBILIDAD DE INAPLICACIÓN PARCIAL DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE FUSIONES, ESCISIONES, APORTACIONES DE ACTIVOS Y CANJE DE VALORES EN OPERACIONES DE ESCISIÓN-VENTA.

Esta misma operación puede plantearse cuando los socios transmitentes de los títulos recibidos de una de las sociedades beneficiarias son no residentes en territorio español, de tal manera que la renta no queda gravada en España, con la particularidad añadida de que las normas internas del país de su residencia tampoco someten a tributación la ganancia derivada de la transmisión.

El efecto práctico de esta operación (escisión total con transmisión por parte de los socios de la participación recibida en una de las sociedades beneficiarias) es equivalente al que hubiese resultado de transmitir directamente la sociedad, sin el concurso de la operación de escisión, el patrimonio que se quiera segregar con posterior amortización de acciones, reduciendo aquella sociedad capital y reservas en el mismo importe obtenido en esa transmisión, coincidente con el valor generado en la transmisión de las participaciones en la sociedad beneficiaria del patrimonio segregado en la escisión. No obstante, la fiscalidad asociada a una y otra operación es diferente por cuanto la aplicación del régimen especial permite eludir la tributación de la renta generada en la transmisión de ese patrimonio que, por el contrario, saldría a relucir de realizarse la operación de la segunda forma indicada.

### III. INTERPRETACIÓN ARTÍCULO 96.2 TRLIS.

1. En primer lugar, debe plantearse si ha tenido lugar una modificación de la cláusula antiabuso prevista en la Directiva 90/434/CEE de la que trae causa la redacción del artículo 96.2 del TRLIS.

Al respecto, la redacción original del artículo 11.1 de la citada Directiva, según su traducción al español, establecía que:

*"Un Estado miembro podrá negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de los títulos II, III y IV o a retirar el beneficio de las mismas cuando la operación de fusión, de escisión, de aportación de activos o canje de acciones:*



**ASUNTO:**

PETICIÓN DE INFORME SOBRE LA POSIBILIDAD DE INAPLICACIÓN PARCIAL DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE FUSIONES, ESCISIONES, APORTACIONES DE ACTIVOS Y CANJE DE VALORES EN OPERACIONES DE ESCISIÓN-VENTA.

(....)”

Por otra parte, la redacción dada a dicho artículo por la Directiva 2005/19/CE, de 17 de febrero, según su traducción al español, es la siguiente:

*“Un Estado miembro podrá negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de los títulos II, III, IV y IV ter o a retirar total o parcialmente el beneficio de las mismas cuando la operación de fusión, de escisión, de aportación de activos, de canje de acciones o de traslado de domicilio social de una SE o una SCE:*

(....)”

De lo que parece desprenderse que se ha producido un cambio normativo en el sentido de admitir la posibilidad de negar total o parcialmente la aplicación del régimen fiscal especial cuando la operación no se realice por motivos económicos válidos, posibilidad que no estaba recogida en la Directiva con anterioridad a la modificación.

Sin embargo, dicho análisis comparativo no debe centrarse en la traducción al español de la Directiva aprobada, sino del examen de otras versiones lingüísticas, como así está admitido jurisprudencialmente en diversas sentencias, y deben ser esas otras versiones las que deben ayudar a considerar si realmente se produjo un cambio en el alcance de la cláusula antiabuso de la norma comunitaria que establece el régimen fiscal especial para estas operaciones de reorganización.

Así, la redacción del artículo 11.1, de la Directiva 90/434/CEE, en su versión inglesa, establece que:

*“A Member State may refuse to apply or withdraw the benefit of all or any part of the provisions of Titles II, III and IV where it appears that the merger, division, transfer of assets or exchange of shares:*



**ASUNTO:**

PETICIÓN DE INFORME SOBRE LA POSIBILIDAD DE INAPLICACIÓN PARCIAL DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE FUSIONES, ESCISIONES, APORTACIONES DE ACTIVOS Y CANJE DE VALORES EN OPERACIONES DE ESCISIÓN-VENTA.

(...)"

Mientras que la nueva redacción dada a dicho precepto por la Directiva 2005/19/CE es la siguiente:

*"A Member State may refuse to apply or withdraw the benefit of all or any part of the provisions of Titles II, III, IV and IVb where it appears that the merger, division, partial division, transfer of assets, exchange of shares or transfer of the registered office of an SE or an SCE:*

(...)"

De lo que se puede concluir, por tanto, que los cambios en la redacción del artículo 11.1 de la Directiva 90/434/CEE se han producido, única y exclusivamente, en el sentido de incorporar en esa cláusula antiabuso el Título IVb (IV ter, según traducción española) y la referencia a la escisión parcial y al cambio de domicilio social de una SE o una SCE.

En consecuencia, cabe concluir que no se ha producido una ampliación del ámbito de aplicación de esta cláusula para los supuestos de retirada parcial del régimen fiscal especial, sino que esa posibilidad ya existía desde la redacción original de la Directiva 90/434/CEE y lo que se ha efectuado es una traducción al español de la misma de manera más exacta por parte de los organismos comunitarios competentes.

Por tanto, debe entenderse que, de acuerdo con el artículo 11.1 de la Directiva 90/434/CEE, según su redacción original, los Estados miembros tienen la facultad de negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones relativas al régimen fiscal especial o a retirar total o parcialmente el beneficio de las mismas, en los supuestos previstos en las letras a) y b) del citado texto, aun cuando la traducción al español haya sufrido una pequeña variación con la Directiva 2005/19/CE.



**ASUNTO:**

PETICIÓN DE INFORME SOBRE LA POSIBILIDAD DE INAPLICACIÓN PARCIAL DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE FUSIONES, ESCISIONES, APORTACIONES DE ACTIVOS Y CANJE DE VALORES EN OPERACIONES DE ESCISIÓN-VENTA.

2. En segundo lugar, se plantea la posibilidad de la aplicación del principio de proporcionalidad, mencionado en la sentencia Leur-Bloem, que interpreta la referida norma antiabuso. En concreto, la sentencia Leur-Bloem indica lo siguiente:

“...A falta de disposiciones comunitarias más precisas relativas a la aplicación de la presunción prevista en la letra a) del apartado 1 del artículo 11, corresponde a los Estados miembros determinar, respetando el principio de proporcionalidad, las modalidades necesarias al objeto de aplicar esta disposición.....”

... 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 económicos 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.....”

Será necesario determinar, en este punto, cómo se define el principio de proporcionalidad mencionado en el ámbito comunitario, por cuanto es un principio alegado por el Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas, y cómo interpreta la sentencia Leur-Bloem dicho principio.

El principio de proporcionalidad aparece referido en diversas sentencias comunitarias, entre las que podemos mencionar el asunto T-9/98, de 22 de noviembre de 2001, y el asunto T-59/99, de 29 de septiembre de 2000.

En ellas, se recuerda que el principio de proporcionalidad exige que los actos de las instituciones comunitarias no rebasen los límites de lo que resulte apropiado y necesario para conseguir el objetivo perseguido, quedando claro que, cuando deba elegirse entre varias medidas apropiadas, debe recurrirse a la menos gravosa.



**ASUNTO:**

PETICIÓN DE INFORME SOBRE LA POSIBILIDAD DE INAPLICACIÓN PARCIAL DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE FUSIONES, ESCISIONES, APORTACIONES DE ACTIVOS Y CANJE DE VALORES EN OPERACIONES DE ESCISIÓN-VENTA.

Por otra parte, del análisis de la sentencia Leur-Bloem, en particular de aquellos párrafos a los que parece referirse el principio de proporcionalidad, podemos extraer las siguientes conclusiones:

- A la hora de comprobar si una operación persigue un objetivo de fraude o evasión fiscal, las autoridades nacionales competentes no deben limitarse a aplicar criterios generales predeterminados, sino que deben proceder, caso a caso, a un examen global de toda la operación.
- Corresponde a los Estados miembros determinar, respetando el principio de proporcionalidad, las modalidades necesarias al objeto de aplicar la cláusula antiabuso.

Por tanto, parece desprenderse de todas las interpretaciones de la jurisprudencia comunitaria, que el principio de proporcionalidad en el ámbito comunitario está referido a que los procedimientos y actuaciones que realicen las autoridades nacionales sean apropiados respecto al objetivo perseguido, que en este caso concreto es el análisis de la existencia de fraude o evasión fiscal y de motivos económicos válidos en la operación. Es decir, a la hora de analizar caso por caso cada operación parece exigirse la actuación proporcionada, apropiada y necesaria en los procedimientos internos que realice cada Estado miembro para analizar todos los motivos existentes en la realización de una operación, al objeto de aplicar la cláusula antiabuso.

Parece, por tanto, que se establece el mandato de la existencia de una proporcionalidad en los procedimientos y actuaciones que establezca cada Estado para proceder al análisis de la cláusula antiabuso.

3. Tal y como se ha indicado anteriormente, tanto la posibilidad por parte de un Estado miembro de negación a la aplicación total o parcial del régimen, como la posibilidad de retirada total o parcial del mismo, están ambas reguladas en la Directiva 90/434/CEE desde su redacción original.



**ASUNTO:**

PETICIÓN DE INFORME SOBRE LA POSIBILIDAD DE INAPLICACIÓN PARCIAL DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE FUSIONES, ESCISIONES, APORTACIONES DE ACTIVOS Y CANJE DE VALORES EN OPERACIONES DE ESCISIÓN-VENTA.

En el caso del Estado español, el artículo 96.2 del TRLIS, recoge la cláusula antiabuso del artículo 11.1.a) de la Directiva 90/434/CEE, estableciendo que:

*"2. No se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal...."*

Como primera conclusión, cabe señalar que una interpretación coherente e integradora del artículo 96.2 del TRLIS, teniendo en cuenta el artículo 11.1.a) de la Directiva 90/434/CEE, de la que trae causa, permite afirmar que podría ser posible negar la aplicación parcial del régimen y determinar la retirada parcial del mismo, aun cuando el artículo 96.2 del TRLIS no lo establezca expresamente.

Ahora bien, puesto que en el escrito de petición de informe se está planteando la realización de actuaciones de comprobación administrativa para el supuesto de escisión total con dos posibles variaciones en los socios (personas físicas con coeficientes reductores y no residentes), debemos centrarnos en analizar la posibilidad de retirar parcialmente (no de aplicar parcialmente) el régimen fiscal especial, por cuanto se plantea un supuesto en el que el régimen fiscal especial ya se ha aplicado por el contribuyente y la Administración pretende determinar la retirada, en este caso parcial, del mismo.

En estas operaciones, podemos señalar dos aspectos destacables:

- En la operación de escisión total, existe una entidad beneficiaria que conserva normalmente todo el patrimonio operativo, y que va a seguir en posesión de los mismos socios, sin que se produzca una reorganización o modificación en el funcionamiento de la actividad económica,



**ASUNTO:**

PETICIÓN DE INFORME SOBRE LA POSIBILIDAD DE INAPLICACIÓN PARCIAL DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE FUSIONES, ESCISIONES, APORTACIONES DE ACTIVOS Y CANJE DE VALORES EN OPERACIONES DE ESCISIÓN-VENTA.

incluso adoptando la misma denominación de la extinguida y sin que exista variación alguna en su fiscalidad ni en la de sus socios.

- Existe otra entidad beneficiaria en la que se localiza el patrimonio que se pretende transmitir por parte de los socios.

Parece evidente que la realización de esta operación no responde a motivo económico alguno diferente al fiscal, por cuanto la actividad desarrollada por la sociedad escindida no se altera por esta operación, esto es, la misma no redunda en beneficio de tal actividad, sino que la operación realizada es un instrumento para conseguir el fin perseguido desde el inicio del planteamiento de la operación, que no es otro que la transmisión a terceros de parte del patrimonio de la sociedad sin soportar tributación alguna al separarse la titularidad de los patrimonios escindidos en dos valores mobiliarios diferentes que facilitan su transmisión, con la particularidad de que la fiscalidad formal que procede es la que corresponde al socio y no a la sociedad escindida.

Es en casos como el planteado cuando puede resultar procedente la retirada parcial del régimen fiscal especial, por cuanto es perfectamente identificable y localizable en una determinada entidad beneficiaria y en unas determinadas participaciones en posesión de los socios la existencia de una ventaja fiscal sin que existan motivos económicos válidos para realizar la operación, teniendo en cuenta que dicha ventaja consiste en la transmisión en condiciones fiscales más ventajosas de un determinado patrimonio. Mientras que respecto a la otra entidad beneficiaria, tanto los activos como la posición de los socios respecto a ésta es exactamente la misma que antes de realizarse la operación de escisión y sin que exista trascendencia fiscal adicional alguna respecto a la situación previa. Es decir, en esta segunda entidad no se localiza ventaja fiscal alguna, aun cuando no existan motivos económicos aparentes aplicables a la operación.

En este punto, procede traer a colación el principio de proporcionalidad, que exige una actuación proporcionada de la Administración que permita establecer aquellas medidas que resulten ser más



**ASUNTO:**

PETICIÓN DE INFORME SOBRE LA POSIBILIDAD DE INAPLICACIÓN PARCIAL DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE FUSIONES, ESCISIONES, APORTACIONES DE ACTIVOS Y CANJE DE VALORES EN OPERACIONES DE ESCISIÓN-VENTA.

adecuadas para una correcta aplicación del régimen fiscal especial, todo ello teniendo en cuenta una interpretación de la norma en los términos del artículo 3.1 del Código Civil.

Por tanto, en estos supuestos en que existiendo varias entidades beneficiarias de una operación de escisión total es perfectamente identificable e individualizable en una de las sociedades resultantes la existencia de fraude o evasión fiscal o bien la búsqueda de una ventaja fiscal sin existir motivos económicos válidos diferentes a los fiscales, y sin que estos elementos diferenciadores puedan ser aplicables al resto de entidades que pudieran resultar beneficiarias de la operación, de tal manera que no se produzca una variación significativa en el ámbito de la fiscalidad, respecto de ellas, este Centro Directivo entiende que procede la retirada parcial del régimen fiscal especial, en la parte que corresponde a la ventaja fiscal perseguida, esto es, la correspondiente al patrimonio transmitido a terceros que responde a la verdadera finalidad de las operaciones realizadas.

No obstante, esta conclusión no debe entenderse como un criterio general, sino que deberá procederse a analizar, caso por caso, cada operación de forma global.

Madrid, 6 de octubre de 2005  
EL DIRECTOR GENERAL DE TRIBUTOS

José Manuel de Bunes Ibarra



MINISTERIO DE ECONOMIA Y HACIENDA  
REGISTRO GENERAL D.G. TRIBUTOS  
SALIDA

Nº de Registro: 007085-05

Nº Consulta/Informe: IE0682-05

Fecha: 10/10/05