



Ramón y Cajal

ABOGADOS

OPTIMIZACIÓN FISCAL MEDIANTE PROCESOS DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL. SIMULACIÓN DE FUSIONES, ABSORCIONES Y ESCISIONES.

7 de octubre de 2010

Javier Prieto Ruiz
Socio

jprieto@ramoncajal.com

in alliance with
MAYER • BROWN

www.ramoncajal.com

Almagro, 16-18
28010 Madrid
T +34 91 576 19 00
F +34 91 575 86 78

Avda. Diagonal, 613 - 4ª
08028 Barcelona
T +34 93 494 74 82
F +34 93 419 62 90

ÍNDICE

1. RÉGIMEN ESPECIAL DE LAS FUSIONES, ESCISIONES, APORTACIONES DE ACTIVOS, CANJE DE VALORES Y CAMBIO DE DOMICILIO SOCIAL DE UNA SOCIEDAD EUROPEA O UNA SOCIEDAD COOPERATIVA EUROPEA DE UN ESTADO MIEMBRO A OTRO DE LA UNIÓN EUROPEA (“RÉGIMEN ESPECIAL”).
2. MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS.
3. OPERACIONES CUESTIONADAS.
4. “EXPANSIÓN” DE LA MOTIVACIÓN ECONÓMICA.
5. REFLEXIONES.

1. RÉGIMEN ESPECIAL

1.- RÉGIMEN ESPECIAL (I)

CONCEPTO

- i. El Régimen Especial se regula en los artículos 83 al 96 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (“TRLIS”).
- ii. El Régimen Especial surge para favorecer que la decisión de realizar una operación de reestructuración empresarial, removiendo los obstáculos fiscales que pudieran impedir la realización de dichas operaciones. Para ello, el Régimen Especial proporciona neutralidad fiscal, mediante el diferimiento en la tributación directa de las rentas que se devengan con ocasión de una reestructuración y la exención en la tributación indirecta.
- iii. Las operaciones que se pueden acoger al Régimen Especial son las operaciones de reestructuración definidas por dicho régimen: las fusiones, escisiones, aportaciones de ramas de actividad, aportaciones no dinerarias especiales, canje de valores y cambio de domicilio social.
- iv. Nuevo escenario con la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

1.- RÉGIMEN ESPECIAL (II)

PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS (I)

- i. La aplicación del Régimen Especial es de carácter optativo (comunicación a la Agencia Estatal de Administración Tributaria (“AEAT”)).
- ii. Las entidades que van a proceder a la realización de la operación de reestructuración, tienen la posibilidad de realizar una consulta a la Dirección General de Tributos (“DGT”) con carácter vinculante para determinar el derecho a la aplicación del Régimen Especial (consulta sobre motivos económicos válidos).
- iii. Posibilidad de aplicación parcial del Régimen Especial.
- iv. En las operaciones de reestructuración el denominador común es la existencia de una entidad que transmite determinados elementos patrimoniales a otra y que recibe a cambio valores representativos del capital de esta segunda. La entidad adquirente valorará los elementos patrimoniales adquiridos por el mismo valor y con la misma fecha de adquisición que existía en sede de la entidad transmitente. El transmitente valorará los activos recibidos por el valor de los aportados.
- v. La subrogación por parte de las sociedades adquirentes en los derechos y obligaciones existentes en las sociedades transmitentes, derivados de los bienes objeto de cesión puede ser:
 - a. A título universal: (como en la fusión o en la escisión total), se transfieren a la sociedad adquirente los derechos y obligaciones tributarias de la sociedad transmitente que se encontrasen pendientes en el momento de realizarse la operación (i.e., las bases imponibles negativas pendientes de compensación en la entidad transmitente pueden ser compensadas por la entidad adquirente y se podrían aplicar las deducciones pendientes de las transmitente) o,

1.- RÉGIMEN ESPECIAL (III)

PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS (II)

- b. A título no universal: (como en la escisión parcial de rama o la aportación de rama) la transmisión se produce únicamente con respecto de los derechos y obligaciones tributarios pendientes que se refieran a los bienes y derechos transmitidos. La entidad adquirente debe asumir el cumplimiento de los requisitos derivados de los incentivos fiscales de la entidad transmitente, en cuanto que estuviesen referidos a los bienes y derechos transmitidos.
- vi. Otras correcciones fiscales. Fondo de comercio de fusión: la parte de la diferencia entre el precio de adquisición y el valor de los fondos propios correspondiente a la participación (que se determina en el momento de realizarse la fusión) que no haya sido imputada a los bienes y derechos adquiridos (esto es, el fondo de comercio de fusión) se integra en la base imponible de la entidad adquirente como partida deducible con el límite anual máximo de la veinteava parte. La revalorización de los bienes y derechos adquiridos también se puede deducir. El objeto de ambas medidas es evitar la doble imposición.
- vii. Para la aplicación del Régimen Especial se deben cumplir una serie de requisitos formales: debe constar el ejercicio de la opción en los proyectos de fusión y escisión, en las Cuentas Anuales y en los correspondientes acuerdos sociales o en escritura pública dependiendo del tipo de operación que se lleve a cabo.
- viii. No será de aplicación el Régimen Especial cuando tenga como principal objetivo el fraude o evasión fiscal. En particular no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos.

2. MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS

2.- MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS (I)

REGULACIÓN

- i. La Directiva 2009/133/CEE (antigua Directiva 90/434) establece una cláusula antielusión que permite a los Estados miembros rechazar la aplicación del Régimen Especial en determinados supuestos. El artículo 15 de la Directiva faculta al Estado miembro a negarse a aplicar total o parcialmente el Régimen Especial o a retirar total o parcialmente el mismo cuando la operación de reestructuración tenga como principal objetivo o como uno de los principales el fraude o la evasión fiscal.
- ii. La normativa española ha traspuesto y desarrollado esta facultad otorgada por la Directiva en el artículo 96 del TRLIS, estableciendo que no será de aplicación el Régimen Especial cuando tenga como principal objetivo el fraude o evasión fiscal. En particular 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.
- iii. La Directiva condena el fraude o la evasión fiscal, sin mencionar la ventaja fiscal, ni supeditar la aplicación del Régimen Especial a que el sujeto pasivo pruebe la existencia de motivos económicos válidos. La ausencia de motivación económica tiene únicamente la función de contribuir, a modo de presunción, a la prueba de los hechos constitutivos del fraude o evasión fiscal.

2.- MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS (II)

INTERPRETACIÓN (I)

ii. Interpretaciones del artículo 96 del TRLIS:

- a. Primera interpretación: el Régimen Especial no se aplicará cuando la operación se haya realizado para cometer fraude o evasión fiscal, es decir, para infringir una norma tributaria. La ausencia de motivos económicos válidos y la consecución de la ventaja fiscal constituye el hecho base de una presunción de fraude o evasión, admitiéndose prueba en contrario.
- b. Segunda interpretación: el Régimen Especial no se aplicará cuando la operación se haya realizado por una motivación exclusivamente fiscal, aunque no se infrinja una norma tributaria, bastando que se hubiere obtenido una ventaja fiscal (aunque pudiese existir una motivación económica válida). No admite la aplicación del Régimen Especial, cuando existiendo motivos económicos válidos, se opte por realizar la operación acogida al Régimen Especial fruto de una economía de opción.

Aunque la primera interpretación es al que sostiene la mayoría de la doctrina, la interpretación que en muchas ocasiones mantiene la Administración es la segunda (Informe de la Dirección General de Tributos de 5 de febrero de 2002). No obstante, tampoco ha existido un criterio homogéneo.

2.- MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS (III)

INTERPRETACIÓN (II)

Según la Segunda interpretación, defendida por la Administración, a las siguientes operaciones no les sería de aplicación el Régimen Especial:

- (i) Operaciones que tienen por objeto exclusivo situar elementos patrimoniales en condiciones de disfrutar de un régimen fiscal más beneficioso:
 - Aportación de cartera de valores extranjeros con porcentaje de participación inferior al 5% pero valor de adquisición superior a 6M € a una ETVE.
 - Aportación de cartera de valores a una institución de inversión colectiva mayoritariamente participada por la entidad que realiza la aportación.
 - Canje de valores realizado para crear una entidad holding que pueda realizar la función de sociedad dominante de un grupo fiscal
- (ii) Operaciones que tienen por objeto exclusivo transmitir o adquirir elementos patrimoniales por el cauce menos gravoso o más beneficioso fiscalmente:
 - Escisión total de una entidad con el fin de transmitir a terceros un determinado elemento patrimonial a través de la transmisión de las acciones representativas del capital social de la entidad beneficiaria de la escisión. La operación tiene por objeto exclusivo realizar la transmisión del elemento patrimonial de la manera menos gravosa fiscalmente.

2.- MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS (IV)

INTERPRETACIÓN (III)

- (iii) Operaciones que tienen por objeto exclusivo el aprovechamiento de bases negativas sufridas por otras entidades o el aprovechamiento de créditos fiscales generados por otras entidades, todas ellas constitutivas de una unidad económica:
- Absorción de una sociedad perteneciente a un grupo fiscal que tiene bases imponibles negativas susceptibles de compensación generadas con anterioridad a su pertenencia al referido grupo por parte de otra entidad del mismo grupo fiscal. La operación, por lo general, tendrá exclusivamente la motivación fiscal de poder aprovechar la compensación de las bases imponibles negativas.

2.- MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS (V)

DOCTRINA (I)

- i. La DGT ha considerado que son motivos económicos válidos los siguientes:
 - a. La reestructuración de los activos y empresas familiares, disponer de una gestión más simplificada, más ordenada y eficaz, salvaguardar el patrimonio familiar de cualquier contingencia futura, teniendo en cuenta, además, la similitud de actividades que desarrollan las entidades que llevan a cabo la fusión (Consulta vinculante V0472-06).
 - b. Asegurar la liquidez necesaria para el pago de un préstamo previamente concertado por las entidades participantes en la fusión, concentrar la financiación en la entidad resultante de la fusión, de tal manera que se establezca una razonable estructura de financiación, con mejores condiciones económicas, mejorando el tipo de interés aplicable a la financiación, optimizar financiera y económicamente el uso de la tesorería para el pago de la deuda, coordinar, gestionar óptimamente la financiación de las actividades del grupo y asegurar la estabilidad financiera. (Consulta vinculante V0474-06).
 - c. La obtención de una única estructura jurídica y organizativa en aras a una mayor simplificación y racionalización de la actividad económica para evitar la ineficacia en términos de gestión, de costes y de imagen frente a terceros (consulta vinculante V0421-06).

2.- MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS (VI)

DOCTRINA (II)

- d. Agrupar en una única sociedad las distintas actividades produciéndose una racionalización empresarial y administrativa, ordenación de marcas y productos, integración de servicios internos y externos y racionalización de la función de compras y administración. Todo ello con el objeto de conseguir ahorros de costes y mejoras de resultados como consecuencia de la integración operativa y ordenada de las distintas marcas y productos de los distintos salones y franquicias. Adicionalmente, la operación conllevaría importantes ahorros financieros (Consulta vinculante V1624-09).
- e. Mejorar del gobierno corporativo y organización (adecuación de la estructura legal al funcionamiento del grupo, simplificación del número de órganos de administración, facilidad en la toma de decisiones y estructura organizativa más sólida que permita afrontar un proceso de crecimiento adecuado), el área de finanzas (reforzamiento de la imagen patrimonial y financiera del grupo, incremento del tamaño e imagen de la consultante, optimización de recursos financieros), y el área de administración y control de gestión (simplificación en materia de contabilidad, fiscal, legal y laboral, reducción de procedimientos y trámites administrativos, mercantiles y fiscales, eliminación de operaciones entre sociedades del grupo como son los servicios de gestión, alquileres y préstamos, y servicios de laboratorio y análisis, y reducción de facturaciones internas mejorando el control de gestión) (consulta vinculante V0660-10).

2.- MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS (VII)

LISTADO BÁSICO DE MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS

(i) Motivos económicos válidos en una operación de fusión:

- Simplificación de la gestión, abaratando costes administrativos.
- Mayor solvencia y capacidad de endeudamiento, reforzando la estructura financiera.
- Racionalización de las actividades desarrolladas.
- Aunar los derechos políticos y económicos que se poseen en otra entidad.
- Mejorar la competitividad en el mercado
- Optimizar el empleo de los recursos materiales y humanos de las empresas que se fusionan.

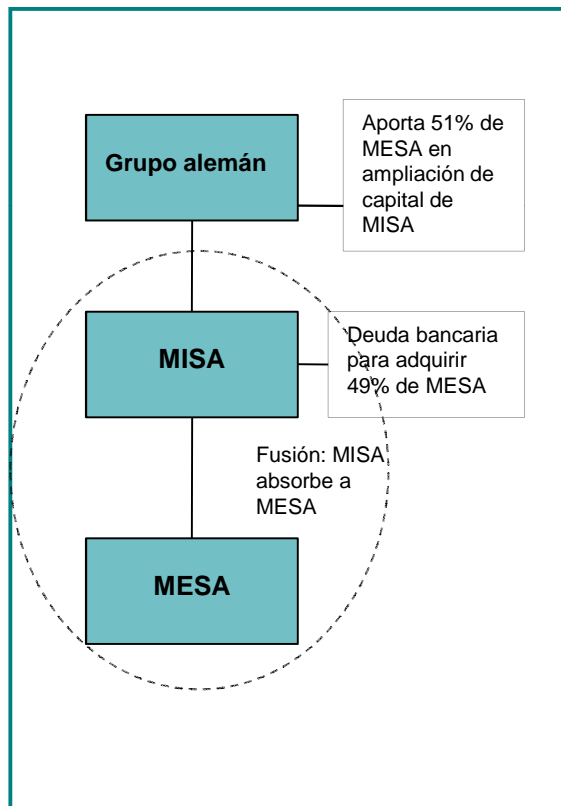
(ii) Motivos económicos válidos en una operación de escisión:

- Preservar el patrimonio inmobiliario de la sociedad del riesgo empresarial.
- Independizar las decisiones de inversión en otra sociedad.
- Reestructurar y racionalizar las actividades para obtener mayor eficacia en el negocio.
- Separar la gestión de dos negocios distintos.
- Lograr una mayor especialización de las actividades, con técnicas y metodologías diferentes, políticas comerciales, de vendedores y de fijación de precios distintas.
- Facilitar la obtención de la financiación oportuna para cada tipo de actividad.

3. OPERACIONES CUESTIONADAS

3.- OPERACIONES CUESTIONADAS (I)

COMPRAS APALANCADAS (I)



i. Compras apalancadas (forward merger LBO).

La Sentencia de la Audiencia Nacional, de 7 de mayo de 2007 rechaza la aplicación del Régimen Especial a una fusión subsiguiente a una compra apalancada:

- Como consecuencia de la fusión por absorción se generó contablemente una diferencia de fusión por diferencia entre el patrimonio neto contable de la entidad absorbida y el precio de adquisición de la participación. Parte de esa diferencia se imputó a mayor valor de los edificios y terrenos y otra parte quedó como fondo de comercio, que va amortizando.

Argumentos de la Sentencia para afirmar que la fusión por absorción de MESA por MISA no respondió a motivos económicos válidos, sino a obtener una ventaja fiscal por lo que rechaza la aplicación del Régimen Especial:

- El Tribunal no aprecia la existencia de una reestructuración o racionalización empresarial que suponga una mejora de las actividades ya que la entidad absorbente, después de la fusión, desarrolla la misma actividad que con anterioridad ejercía la absorbida, prácticamente con el mismo personal y los mismos medios.

3.- OPERACIONES CUESTIONADAS (II)

COMPRAS APALANCADAS (II)

- La sociedad absorbente no realizaba una actividad económica propia ya que no se puede considerar como tal la mera tenencia de acciones y participaciones así como la actividad necesaria para financiar la operación de adquisición de las acciones. La constitución de la absorbida se efectuó con la única finalidad de ser la entidad a la que se concede el préstamo con el que se iba a comprar la sociedad absorbida.
- Los motivos económicos alegados resultan artificiosos ya que la Audiencia Nacional, estima que no es admisible que una sociedad pague el coste de adquisición de precisamente esa sociedad por un tercero, y no sea éste, el adquirente, el que cargue con los gastos de su adquisición.

Conclusiones extraídas de la Sentencia:

- La Sentencia que rechaza de forma general las fusiones subsiguientes a compras apalancadas cuando la sociedad absorbente es una holding específicamente utilizada para tomar el préstamo necesario para la adquisición de las acciones de la sociedad objetivo y luego fusionarse con ésta.
- La Sentencia no tiene en cuenta que este tipo de operaciones se han llevado a cabo desde los años 50.
- La estructura alternativa sería aquella en que la sociedad absorbente es una sociedad plenamente operativa, con actividad mercantil sustancial, medios propios personales y materiales y no constituida *ad hoc* para desarrollar la operación de LBO.

3.- OPERACIONES CUESTIONADAS (III)

COMPRAS APALANCADAS (III)

- Las operaciones de LBO se admiten expresamente en el artículo 35 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, por lo que no cabe la tacha de artificiosidad que esgrime la Sentencia para negar la motivación económica propia de este tipo de fusiones.
- El sentido económico de las operaciones de LBO es: (i) utilizar os flujos de caja generados por la sociedad objeto de compra para atender a los pagos de intereses y principal de la deuda necesaria para la adquisición de esa sociedad objetivo y (ii) emplear los propios activos de la sociedad objetivo para garantizar la deuda contraída.

Con anterioridad a la Sentencia descrita, la DGT se había pronunciado en varias ocasiones a favor de la aplicación del Régimen Especial en las operaciones de compras apalancadas, entendiendo que existían motivos económicos válidos para proceder a aplicar el régimen:

- Consulta vinculante de la DGT número V1648-05:

La entidad bancaria mejora de las condiciones de financiación (reducción del tipo de interés aplicable) si se alcanzan determinados ratios de EBITDA, lo que se obtendría si se procediera a la absorción de la sociedad cotizada por parte de la consultante. La DGT considera que el ahorro de costes financieros es un motivo económico válido para proceder a la fusión.

3.- OPERACIONES CUESTIONADAS (IV)

COMPRAS APALANCADAS (IV)

- Consulta vinculante de la DGT número V0927-06:

Las condiciones de financiación establecen un incremento sucesivo trimestral en el tipo de interés a partir de 31 de diciembre de 2006 que puede llegar a suponer un aumento de tres puntos porcentuales a 31 de diciembre de 2008, creciendo asimismo, un punto porcentual cada semestre a partir de dicho momento. Estos incrementos quedarán sin efecto a partir del trimestre en que se cumpla que el EBITDA individual de la consultante suponga un porcentaje mayoritario del EBITDA del grupo consolidado.

Para evitar el incremento de costes financieros se pretende proceder a la fusión. La DGT considera que el ahorro de costes financieros es un motivo económico válido para proceder a la fusión.

3.- OPERACIONES CUESTIONADAS (V)

DOCUMENTO
AEAT (I)

(ii) Operaciones en las que interviene alguna sociedad sin actividad y que tienen por objeto la compensación de bases imponibles negativas.

Aprovechamiento de las bases imponibles negativas que tiene la entidad absorbente mediante al absorción de una entidad que posee activos sobre los que recaen importantes plusvalías tácitas que luego son transmitidos desde la entidad adquirente, ya sin tributación por aplicación de aquéllas.

(iii) Operaciones que tratan de evitar el gravamen de las plusvalías tácitas (escisión-venta).

Se trata de sociedades que quieren transmitir ciertos activos de su propiedad. Si la venta se efectuara de forma directa por la sociedad, ésta tributaría conforme al régimen tributario previsto por el TRLIS. Si sus socios son personas físicas que tienen ganada la no sujeción de la renta derivada de la transmisión de los títulos (por la aplicación de coeficientes de abatimiento), para evitar el gravamen de las plusvalías tácitas en el IS se lleva a cabo una escisión del patrimonio que se quiere vender (aplicándose en Régimen Especial) y, posteriormente, los socios personas físicas transmiten las acciones de la sociedad escindida sin tributación alguna.

3.- OPERACIONES CUESTIONADAS (VI)

DOCUMENTO
AEAT (II)

(iv) Operaciones que tienen por objeto disfrutar de las ventajas fiscales del Régimen Especial.

Utilización puramente instrumental de entidades interpuestas para canalizar la adquisición de participaciones de entidades operativas y luego absorberlas, con la finalidad de obtener la deducibilidad del fondo de comercio financiero o la revalorización fiscal de activos. Se trata de operaciones en las que la sociedad adquirente de las participaciones, carente de todo contenido negocial, no cumple ninguna otra función que la de permitir que, tras la operación amparada en el Régimen Especial, aflore la diferencia, con efectos fiscales, entre el precio de adquisición de la participación y su valor teórico.

4. “EXPANSIÓN” DE LA MOTIVACIÓN ECONÓMICA

4.- “EXPANSIÓN” DE LA MOTIVACIÓN ECONÓMICA (I)

EJEMPLOS (I)

(i) Adquisiciones intra-grupo apalancadas:

El Tribunal Económico-Administrativo Central (“TEAC”), entre otras, en la Resolución de 17 de mayo de 2007, calificaba como realizadas en fraude de ley diversas compras intra-grupo de filiales que habían sido financiadas con préstamos facilitados por otras sociedades también del grupo. En este caso, la resolución denegaba la deducibilidad de los intereses devengados en el endeudamiento por entender que esa deducción había sido expresamente buscada con el propósito de erosionar la base imponible del grupo en España.

- La posibilidad de deducir las rentas y los intereses es una opción a la que faculta el Ordenamiento jurídico. El contribuyente opta por la deducción ejerciendo la economía de opción. ¿Existe fraude?
- El artículo 9.3 de la Constitución española garantiza, entre otros, el principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica, que parece vulnerarse en este caso.
- No existen resultados contrarios al Ordenamiento jurídico.
- No existen normas defraudadas (artículo 4 o 10 TRLIS) ni de cobertura claras (contables, subcapitalización, consolidación).
- ¿Existe conflicto en la aplicación?, ¿artificiosidad?, ¿efectos jurídicos y económicos?, ¿simulación?.

4.- “EXPANSIÓN” DE LA MOTIVACIÓN ECONÓMICA (II)

EJEMPLOS (II)

(ii) Aplicación de la deducción por reinversión en la suscripción de participaciones de sociedades del grupo.

A tenor de lo dispuesto en el TRLIS, era válida (siempre que se cumplan todos los requisitos) la reinversión en acciones o participaciones de una entidad vinculada para materializar la reinversión y disfrutar de la deducción por reinversión. No obstante, si la operación únicamente persigue la consecución del beneficio fiscal de obtener la deducción, la operación podría haberse efectuado en fraude de ley o constituir un negocio simulado.

- Operación de reestructuración no acogida, diferimiento por reinversión.
- Tanto el TRLIS como la DGT permitían la materialización de la reinversión en acciones de una entidad vinculada.
- Posteriormente se produce un cambio de criterio en la DGT y se exige para que la reinversión se materialice válidamente en acciones de una entidad vinculada que exista sustancia económica.
- El Tribunal Económico Administrativo Central (“TEAC”) establece que sólo es atacable las operaciones de este tipo si existe fraude o simulación.
- A partir de la jurisprudencia establecida por el TEAC, la Inspección niega la deducción por reinversión alegando que la operación se basa en una causa ilícita y que existe simulación.

5. REFLEXIONES

5.- REFLEXIONES (I)

REFLEXIONES (I)

- (i) ¿La inexistencia de motivos económicos válidos puede determinar la comisión de un delito fiscal?
- a. Denegación del Régimen Especial.
 - b. Sanción administrativa.
 - c. Elementos típicos del delito:
 - Dolo.
 - Defraudación.
 - Engaño.
 - d. Comunicación a la AEAT, constancia en Cuentas Anuales, constancia en acuerdos sociales.
- (ii) Insuficiencia de las cláusulas antiabuso generales: expansión de la motivación económica válida a reorganizaciones y operaciones más allá del Régimen Especial.

5.- REFLEXIONES (II)

REFLEXIONES (I)

(iii) Existencia de ventaja fiscal (economía de opción).



No existencia de motivos económicos válidos.



Fraude de ley/ Conflicto en la aplicación de la norma.



Causa ilícita o falsa.



Simulación.



Defraudación.



Delito fiscal.

5.- REFLEXIONES (III)

REFLEXIONES (III)

(iv) Vulneración de los principios básicos del derecho penal y de la Constitución:

- Legalidad penal.
- Seguridad jurídica (control seguro).
- Control legal de la administración Pública.
- Subsidiariedad del Derecho Penal.

(v) Observancia de la motivación económica en las reorganizaciones:

- Prueba.



Ramón y Cajal

ABOGADOS

www.ramoncajal.com

in alliance with
MAYER • BROWN

www.ramoncajal.com

Almagro, 16-18
28010 Madrid
T +34 91 576 19 00
F +34 91 575 86 78

Avda. Diagonal, 613 - 4ª
08028 Barcelona
T +34 93 494 74 82
F +34 93 419 62 90