

**LA NEUTRALIDAD FISCAL
EN LAS OPERACIONES
DE REORGANIZACIÓN
CON INTERVENCIÓN DE ENTIDADES
PERTENECIENTES A GRUPOS FISCALES**

**(Análisis de la doctrina de la DGT;
art. 81.1.a) del TRLIS)**

Miguel KLINGENBERG CALVO
Abogado

Claudia ABATI LÓPEZ
Abogada
Freshfields Bruckhaus Deringer LLP

RESUMEN

La modificación del art. 81 del TRLIS operada por la Ley 4/2008 permite suavizar, en determinados supuestos, los efectos de la extinción de un grupo fiscal, mejorando, si bien no solucionando, el régimen fiscal preexistente y, en particular, la ansiada neutralidad fiscal que debería acompañar a las operaciones de reestructuración societaria en las que se ven involucradas entidades que tributan en régimen de consolidación fiscal.

El presente comentario analiza el criterio interpretativo mantenido por la DGT en relación con la aplicación del art. 81 del TRLIS, haciendo especial hincapié en la Consulta V1956-09 emitida por la DGT el pasado 4 de septiembre de 2009. Dicha Consulta examina la aplicación del referido artículo con ocasión de una fusión de la que resulta la extinción de dos grupos fiscales existentes, integrándose todas las sociedades que los componen en un nuevo grupo fiscal.

En la Consulta V1956-09, la DGT acepta que la aparición de una nueva sociedad dominante y, por lo tanto, la transformación de las dos antiguas sociedades dominantes en dependientes de la misma, producirá efectos tributarios el primer día del ejercicio siguiente a aquél en que tales variaciones tengan lugar. Además, debe resaltarse que, aun cuando la nueva entidad dominante habría adoptado los acuerdos para optar por el régimen de consolidación fiscal con carácter previo a la operación de reestructuración, dicha opción tendrá efectos en la fecha indicada anteriormente. Por lo tanto, el momento a partir del cual la nueva sociedad dominante comience a tributar en

régimen de consolidación fiscal coincidirá con el momento en que las sociedades dominantes de los grupos fiscales extinguidos pasen a tener la condición de dependientes del nuevo grupo.

La razonable interpretación del art. 81 del TRLIS por parte de la DGT, con pleno encaje en la literalidad del mismo, debería facilitar el desarrollo de procesos de reorganización societaria al mejorar la fiscalidad de los mismos.

ABSTRACT

The amendment of Article 81 of the Spanish Corporate Tax Act by Law 4/2008 alleviates the effects of the extinction of a tax group under certain scenarios, improving, though not resolving, the pre-existing tax regime and, in particular, the sought-after tax neutrality that should go hand-in-hand with corporate restructuring transactions involving companies bearing tax under the tax grouping regime.

This article summarizes the interpretation criteria followed by the Spanish General Directorate of Taxes (*DGT*) in relation to Article 81 of the Spanish Corporate Tax Act and, specifically, the binding tax ruling V1956-09 issued by the DGT last 4th September 2009. This binding ruling examines the application of the said article in the event of a merger resulting in the extinction of two existing tax groups, with all the companies composing the extinguished tax groups joining a new tax group.

In the tax ruling V1956-09, the DGT accepts that the creation of a new parent company and, therefore, the transformation of the two former parent companies into dependant companies of the same, will have the relevant tax effects as from the first day of the financial year following that in which such alterations occur. Additionally, it should be noted that, even if the new parent company has passed the relevant corporate resolutions to form the new tax group before executing the restructuring transaction, such option will take effects on the date referred to above. Therefore, the point in time from which the new parent company starts to bear tax under the tax grouping

regime will coincide with the point at which the parent companies of the extinguished groups become dependant companies under the new tax group.

The reasonable interpretation of Article 81 of the Spanish Corporate Tax Act by the DGT, in line with the sense of the article's wording, should facilitate corporate restructuring transactions by improving their tax treatment.

1. HECHOS

La neutralidad fiscal, o más bien la falta de la misma, en las operaciones de reorganización empresarial en las que se ven involucradas entidades que tributan en régimen de consolidación fiscal viene siendo caballo de batalla desde hace años. La deficiente regulación de esta materia, acompañada de una interpretación, en nuestra opinión, muy restrictiva por parte de la DGT, ha supuesto que más de una operación corporativa relevante se haya visto obstaculizada o, al menos, injustificadamente encarecida por ello.

La modificación del art. 81 del TRLIS introducida por la Ley 4/2008, que dispuso la inclusión de un nuevo segundo párrafo al apartado 1, letra a), del citado artículo, ha venido a resolver, aunque sólo en parte, el problema, suavizando los efectos de la extinción de un grupo fiscal en ciertos supuestos.

La DGT emitió, el pasado 4 de septiembre de 2009 con número V1956-09, una Consulta vinculante que hemos considerado de especial interés, tanto por las particularidades que la misma entraña como por la novedad que supone en la interpretación del citado art. 81, en su nueva redacción, tras algunos pronunciamientos previos (por ejemplo, las Consultas vinculantes V0271-09 y V1178-09) que insistían en el tradicional criterio restrictivo de nuestra Administración Tributaria.

En concreto, la Consulta señalada versa sobre el momento temporal relevante al que debe referirse la adquisición de la condición de

sociedad dependiente de un grupo fiscal cuando una sociedad (en nuestro caso, dos), que venía siendo entidad dominante de un grupo fiscal, pierde tal condición en el contexto de una operación de reorganización como consecuencia de la cual pasa a ser, junto con la totalidad de las sociedades que pertenecían a su grupo, dependiente de una sociedad dominante de otro grupo fiscal.

En el caso que nos ocupa, la nueva sociedad dominante, si bien había acordado optar por el régimen de consolidación fiscal con carácter previo a la conclusión del proceso de reorganización, sólo comenzaría a tributar bajo el mismo en el ejercicio siguiente.

La cuestión planteada a la DGT se centra en determinar cuál es el momento en que debe considerarse que las antiguas sociedades dominantes pasan a ser consideradas *dependientes* y desde qué momento puede entenderse que, tal y como exige la nueva redacción del art. 81 del TRLIS, la nueva sociedad *dominante estuviese tributando en régimen de consolidación fiscal*.

2. RESOLUCIÓN JURÍDICA

La novedad que la Consulta núm. V1956-09 ha supuesto en el planteamiento interpretativo del art. 81 del TRLIS sólo puede ser entendida en el contexto en el que la misma fue emitida, para lo cual es necesario, a nuestro juicio, repasar la evolución legislativa y de la doctrina administrativa relativa al referido art. 81 del TRLIS hasta ese momento.

2.1. El art. 81 del TRLIS hasta el 31 de diciembre de 2007

2.1.1. Implicaciones fiscales

Con anterioridad a la modificación del art. 81 del TRLIS operada por la Ley 4/2008 (la modificación entró en vigor con efecto para los períodos impositivos iniciados el 1 de enero de 2008), la extinción del grupo fiscal conllevaba la necesidad de:

(a) integrar las eliminaciones pendientes de incorporación en la base imponible del grupo fiscal correspondiente al último período impositivo en que fuera de aplicación el régimen de consolidación fiscal;

(b) distribuir los créditos fiscales (i.e., las bases imponibles negativas y/o las deducciones en cuota) que se hubieran generado durante el tiempo de existencia del grupo entre sus sociedades integrantes, en la misma proporción en que éstas hubieran contribuido a su formación; y

(c) distribuir los pagos fraccionados realizados por el grupo antes de su extinción de manera proporcional entre las sociedades que hubieran contribuido a los mismos.

Estos mismos efectos eran extrapolables al supuesto de separación o abandono de alguna de las sociedades pertenecientes al grupo fiscal.

2.1.2. Criterio administrativo de la DGT

A lo largo de los últimos años, la DGT se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la interpretación y alcance que debían ser otorgados a la antigua redacción del art. 81 del TRLIS, adoptando una reiterada postura al respecto.

En el concreto supuesto de operaciones de reorganización en las que intervinieran entidades pertenecientes a grupos fiscales, y en la medida en que las mismas pudiesen resultar en la extinción de uno o varios grupos fiscales, la DGT establecía la aplicación obligatoria de los efectos del art. 81 del TRLIS. Así, aun cuando la operación estuviera acogida al Régimen Especial de Operaciones de Reestructuración, dicho Centro Directivo mantenía inalterable su postura, por lo que resulta fácil imaginar la elevada carga tributaria que tales operaciones, supuestamente amparadas por la neutralidad fiscal propia de dicho régimen fiscal especial, podían llegar a entrañar.

No obstante, y sin perjuicio de lo anterior, cuando las operaciones eran susceptibles de beneficiarse del ya mencionado Régimen Especial de Operaciones de Reestructuración, el análisis de la DGT iba un paso más allá, al estimar aplicable el art. 90 del TRLIS en virtud del cual, y siempre que las referidas operaciones de reestructuración determinasen una sucesión a título universal, todos los derechos y obligaciones tributarias de la entidad transmitente debían ser transmitidos a la entidad adquirente y, entre ellos, el derecho a tributar en régimen de consolidación fiscal.

De esta manera, la realización de una operación de reestructuración amparada por el Régimen Especial de Operaciones de Reestructuración en virtud de la cual la sociedad dominante de un determinante grupo fiscal fuera, a título de ejemplo, absorbida por otra sociedad, desencadenaba una doble consecuencia:

(a) la extinción del grupo fiscal en aplicación del art. 67.5 del TRLIS según el cual «*el grupo fiscal se extinguirá cuando la sociedad dominante pierda dicho carácter*» y, por ende, la finalización del período impositivo del grupo, en virtud de lo cual la DGT estimaba aplicable la totalidad de los efectos del art. 81 del TRLIS; y

(b) la creación de un nuevo grupo fiscal integrado por la sociedad absorbente, como dominante, y como dependientes todas las que tenían igual consideración en el grupo extinguido, por aplicación del derecho de subrogación propio de toda operación de reestructuración con sucesión universal (art. 90.1 del TRLIS).

En vista de lo anterior, resulta sorprendente que, en operaciones amparadas por el Régimen Especial de Operaciones de Reestructuración, la DGT no aceptara que la transmisión de todos los derechos y obligaciones propios de una sucesión a título universal pudiera hacerse extensible no sólo al derecho a tributar en régimen de consolidación fiscal en sede de la adquirente, sino también al grupo fiscal per se.

Tal opción permitiría quizás articular un mecanismo de continuidad del grupo fiscal (puesto que, en realidad, el grupo fiscal no desaparece sino que ve alterada su composición como consecuencia de la pretendida reestructuración societaria) a través del cual se obviara la aplicación del art. 81 del TRLIS. Lo contrario implica, a nuestro juicio, la vulneración del principio de neutralidad fiscal propio del Régimen Especial de Operaciones de Reestructuración, y reconocido por la Directiva del Consejo 90/434/CEE, recientemente sustituida por la Directiva 2009/133/CEE.

2.2. El art. 81 del TRLIS a partir del 1 de enero de 2008

2.2.1. Implicaciones fiscales

Tal y como hemos anticipado, el art. 81 del TRLIS fue objeto de modificación por la Ley 4/2008, en virtud de la cual se exceptiona, bajo determinados supuestos, la obligación de integrar las eliminaciones pendientes de incorporar al momento de extinción del grupo fiscal.

En este sentido, quizá sea conveniente recordar que, como regla general, en el supuesto de extinción de un grupo fiscal, los resultados obtenidos por operaciones internas en el seno del mismo deben incorporarse a la base imponible del grupo correspondiente al período impositivo anterior al de su extinción.

No obstante, la nueva redacción del art. 81.1.a) del TRLIS exceptiona dicha obligación en el caso de que concurra cualquiera de los dos supuestos siguientes:

(a) que la sociedad dominante pase a tener la condición de sociedad dependiente de otro grupo que estuviese tributando en régimen de consolidación fiscal; o

(b) que la sociedad dominante sea absorbida, en virtud de una fusión acogida al Régimen Especial de Operaciones de Reestructura-

ción, por alguna sociedad de otro grupo que estuviese tributando en régimen de consolidación fiscal.

Así, bajo estos dos supuestos, aun cuando la norma sigue insistiendo en la extinción del grupo fiscal, las rentas eliminadas por las operaciones internas realizadas en los ejercicios en los que dicho grupo tributaba en régimen de consolidación fiscal deberán integrarse en la base imponible consolidada de ese «otro» grupo sólo en el momento previsto por el art. 73 del TRLIS. De esta forma se consigue articular un mecanismo cuyo objetivo no es otro que diferir la tributación de dichos resultados hasta el período impositivo en que los mismos sean realizados por el «otro» grupo (esto es, hasta el momento en que sean realizados frente a terceros o la entidad correspondiente deje de formar parte del grupo fiscal).

No obstante, la nueva redacción del art. 81 del TRLIS no avala, lamentablemente, la posibilidad de obviar la referida extinción del grupo fiscal como hubiera sido deseable. La modificación legislativa únicamente otorga la posibilidad de atenuar y sortear parte de los efectos de la extinción de un grupo fiscal, siempre que nos encontremos dentro de alguno de los supuestos expresamente previstos en el segundo párrafo del art. 81.1.a) del TRLIS.

2.2.2. Criterio administrativo de la DGT

Con motivo de la entrada en vigor de la Ley 4/2008, la DGT se vio obligada a reformular el análisis que venía realizando en relación con los efectos derivados de la extinción de un grupo fiscal, con el fin adaptarlo a la nueva redacción del art. 81.1.a) del TRLIS.

Antes de analizar el contenido y alcance de la Consulta vinculante núm. V1956-09, hemos creído oportuno mencionar dos Consultas vinculantes anteriores, emitidas también al hilo del nuevo art. 81 del TRLIS, para evidenciar el diferente análisis llevado a cabo por la DGT, así como los motivos fácticos y jurídicos que parecen determinar dichas diferencias.

2.2.2.1. Consulta vinculante núm. V0271-09, de 13 de febrero de 2009 (LA LEY 316/2009)

El supuesto de esta Consulta describe la existencia de una sociedad A dominante de un grupo fiscal que, durante el año 2008, se convierte en dependiente de otra sociedad H en virtud de la realización de dos operaciones consecutivas, ambas acogidas al Régimen Especial de Operaciones de Reestructuración, y que son:

(a) una escisión financiera parcial de A en favor de la sociedad H, a la que se aportan todas las sociedades dependientes del grupo; y, posteriormente y en el mismo ejercicio,

(b) un canje de valores, por el que se aportan a H las participaciones en el capital de la sociedad A.

La cuestión que se plantea en esta Consulta se refiere a la posible continuidad del grupo fiscal, teniendo como sociedad dominante a H, sin que se produzca la extinción del mismo (y, por consiguiente, obviando los efectos derivados de dicha extinción).

La DGT se muestra tajante en su respuesta al afirmar que los principales efectos que las dos operaciones de reestructuración tienen a nivel del régimen de consolidación fiscal son:

(a) la extinción del grupo por el hecho de que A, como sociedad dominante de un grupo fiscal, se convierta en dependiente de H, en virtud de las referidas operaciones de reestructuración, configurándose como una causa de extinción del grupo fiscal;

(b) la aplicación de los efectos del art. 81 del TRLIS, como consecuencia de la extinción del grupo fiscal, incluyendo la incorporación de las eliminaciones pendientes dado que *«la entidad H no es, con carácter previo a la operación de escisión financiera, dominante de ningún otro grupo fiscal»* y por lo tanto, no se cumplen ninguno de los supuestos que excepcionarían la aplicación de los efectos de la extinción del grupo; y

(c) la aplicación del art. 90 del TRLIS, en virtud del cual H se subroga en la posición de la sociedad dominante A desde el momento en que la escisión parcial sea inscrita en el Registro Mercantil.

A la vista de lo anterior, parece claro que el análisis realizado por la DGT no se aleja del criterio interpretativo que ya mantenía en relación con el art. 81 del TRLIS en su redacción vigente hasta el 31 de diciembre de 2007, criterio que exponíamos anteriormente.

Aunque la DGT sí hace alusión a la nueva redacción del art. 81.1.a) del TRLIS, sin embargo no considera que, en el caso analizado, se den los supuestos que implicarían la excepción a la aplicación de la totalidad de los efectos conexos a la extinción del grupo fiscal.

Entre los argumentos esgrimidos por la DGT para concluir sobre la referida inaplicación del art. 81.1.a) del TRLIS, y teniendo en cuenta que la entidad H no era, con carácter previo a la operación de escisión financiera, dominante de ningún otro grupo fiscal, el hecho de que H no tributara en régimen de consolidación fiscal con anterioridad (ni, al parecer, hubiera optado a ello) parece haber sido concluyente.

En nuestra opinión, el análisis realizado por la DGT en la Consulta vinculante núm. V0271-09 obvia las siguientes circunstancias que, consideramos, hubieran sido determinantes a la hora de estimar inaplicable la incorporación de las eliminaciones pendientes al momento de la extinción del grupo fiscal:

(a) las operaciones de reestructuración que se llevan a cabo, esto es, la escisión parcial y el posterior canje de valores, están amparadas por el Régimen Especial de Operaciones de Reestructuración, lo que debiera ser determinante para que las mismas pudiesen desarrollarse con la seguridad y protección jurídica que debiera otorgarles el consagrado principio de neutralidad fiscal; y

(b) la DGT, expresamente y de forma literal, incluye en su respuesta a la Consulta formulada las dos siguientes afirmaciones:

«la entidad H en el período impositivo en que se realiza la operación de escisión parcial asume la condición de entidad dominante de un nuevo grupo fiscal»; y

«la entidad A es objeto de integración en el grupo fiscal con posterioridad a la operación de escisión financiera, a través de una operación de canje de valores»,

siendo, a nuestro juicio, claro que de ambas afirmaciones se deriva el cumplimiento de uno de los supuestos en virtud de los cuales es posible excepcionar la incorporación de las eliminaciones pendientes, en la medida en que la sociedad A estaría adquiriendo la condición de sociedad dependiente de otro grupo fiscal (esto es, el nuevo grupo fiscal de H) que, en ese momento, ya sí estaría tributando en régimen de consolidación fiscal. Sin embargo, éste no es el análisis realizado por la DGT que parece exigir que el nuevo grupo fiscal debería haberse formado con anterioridad a la realización de la operación de escisión financiera.

La DGT se inclinaba así por mantener su criterio tradicional añadiendo una interpretación restrictiva del nuevo segundo párrafo del art. 81.1.a) de TRLIS que, dicho de paso, mostraba ya sus primeras flaquezas al no amparar los diferentes supuestos que la realidad jurídica puede llegar a crear.

2.2.2.2. Consulta vinculante núm. V1178-09, de 21 de mayo de 2009 (LA LEY 1873/2009)

El análisis de esta Consulta es muy similar al realizado en el caso anterior, sin perjuicio de que varíe el supuesto de hecho, por lo que entendemos que resultará suficiente hacer una breve mención del mismo para remitirse en todo lo restante a los comentarios ya hechos.

El caso que aquí se plantea se refiere a un supuesto de escisión total de una sociedad dominante a favor de dos entidades de nueva creación,

de las cuales una (a la que identificaremos, a nuestros efectos, como sociedad X) sucederá a la extinguida en la titularidad del grupo empresarial, pasando así a ser la nueva sociedad dominante del grupo.

En este contexto, la DGT no hizo sino reiterar las conclusiones que ya había formulado con ocasión de la Consulta V0271-09.

En las dos Consultas analizadas, la DGT deniega la continuidad del grupo fiscal, obligando así a que se produzca la extinción del mismo, y aplicando además la totalidad de los efectos previstos en el art. 81 del TRLIS. ¿Existe algún elemento común a ambas Consultas que pudiera haber sido determinante para la DGT a la hora de emitir su respuesta? A la vista de lo analizado anteriormente, creemos que sí.

Efectivamente, de las referidas Consultas se desprende que las sociedades a favor de las cuales tienen lugar las operaciones de reestructuración en cuestión (esto es, la sociedad H en el caso de la Consulta V0271-09; la sociedad X en el de la Consulta V1178-09) no venían tributando en régimen de consolidación fiscal con anterioridad a la realización de las mismas y, por ende, no existían previamente como sociedades dominantes de grupo fiscal alguno.

Esta circunstancia podría parecer irrelevante en la medida en que dichas sociedades, por razón del principio de subrogación propio de toda operación de reestructuración realizada a título universal, terminan convirtiéndose en sociedades dominantes desde el momento de la inscripción de las operaciones de reestructuración en el Registro Mercantil. No obstante, sería un error considerar que este hecho resulta inocuo a los ojos de la DGT.

Así, el hecho de que las sociedades H y X en cuestión no tuvieran la condición de sociedades dominantes antes de que las operaciones de reestructuración desplegaran sus efectos otorga a la DGT un argumento clave para defender la imposibilidad de la continuidad del grupo fiscal y, consecuentemente, la obligatoria extinción del mismo con todos los efectos que la misma conlleva.

En virtud de lo anterior, es posible concluir que en la medida en que la DGT estime que no es posible subsumir el concreto supuesto de hecho en alguna de las excepciones recientemente introducidas en el art. 81 del TRLIS, su criterio interpretativo parece mantenerse inalterable respecto al ya formulado con ocasión de la antigua redacción del citado artículo.

Esbozada la trayectoria legislativa y administrativa del art. 81 del TRLIS, procede ya adentrarnos en el análisis y comentario de la Consulta vinculante núm. V1956-09.

2.2.2.3. Consulta vinculante núm. V1956-09, de 4 de septiembre de 2009 (LA LEY 3634/2009)

El supuesto de hecho planteado en la Consulta núm. V1956-09 tiene como punto de partida la existencia de dos grupos fiscales independientes que aplican el régimen de consolidación fiscal y cuyas sociedades dominantes son A y B, respectivamente.

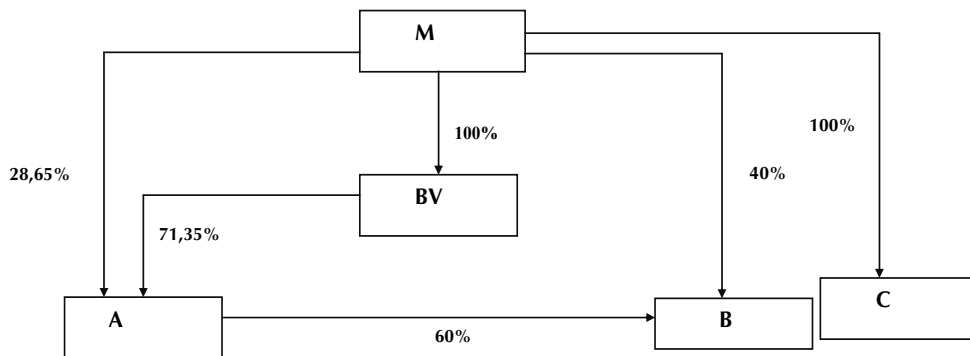
La sociedad cabecera de dichas sociedades dominantes es M, que mantiene una participación del 100% del capital de A y B, no siendo dicha participación directa en su totalidad, sino que también se posee de forma indirecta:

(a) M posee una participación directa en A del 28,65% y una participación indirecta del 71,35% a través una sociedad BV constituida y residente fiscal en Holanda; y

(b) M posee una participación directa en B del 40% y una participación indirecta del 60% a través A.

Adicionalmente, M posee el 100% del capital social de una sociedad C que, según se deduce del escrito de la Consulta, no se integra inicialmente en ningún grupo fiscal.

El siguiente gráfico muestra la estructura de participación de M en A y B:



Bajo ese escenario inicial, M pretende realizar, durante el ejercicio 2009, una fusión en virtud de la cual absorbería a la entidad BV. Como consecuencia de dicha fusión, M tendría: (i) una participación directa del 100% en A, y (ii) una participación directa e indirecta, a través de A, del 100% de B.

Según se describe en la Consulta, dicha operación de reestructuración permitiría simplificar la estructura societaria descrita y lograr la formación de un nuevo y único grupo fiscal en M con efectos a partir de 1 de enero de 2010, para lo cual, y con carácter previo a la fusión, M y C adoptarían los pertinentes acuerdos sociales para optar por el régimen de consolidación fiscal.

El objeto de la Consulta, en lo que aquí nos interesa, se centra en la posibilidad de beneficiarse del nuevo régimen del art. 81 del TRLIS. Concretamente, se consulta sobre la posibilidad de aplicar la nueva redacción del art. 81.1.a) del TRLIS al supuesto de hecho planteado, cuya respuesta afirmativa permitiría no incorporar las eliminaciones pendientes al momento de la extinción de los grupos fiscales dominados por A y B, respectivamente, por el hecho de integrarse en el nuevo grupo fiscal del que, a partir del 1 de enero de 2010, M sería sociedad dominante.

La DGT entendió que el 1 de enero de 2010:

(a) M se convertiría en sociedad dominante de un nuevo grupo fiscal para cuya formación M y C habrían adoptado los correspondientes acuerdos sociales en 2009; y

(b) A y B, así como sus respectivas sociedades dependientes, se integrarían en el nuevo grupo fiscal, adquiriendo todas ellas la condición de sociedades dependientes.

En virtud de lo anterior, la DGT estimó aplicable el segundo párrafo del art. 81.1.a) del TRLIS, siendo así que la extinción de los grupos fiscales de A y B conllevaría todos los efectos propios de la extinción de un grupo fiscal, excepto la incorporación de las eliminaciones pendientes.

De lo anterior puede intuirse ya la principal particularidad que presentaba el supuesto de hecho objeto de la referida Consulta: a los efectos de estimar o denegar la aplicación del segundo párrafo del art. 81.1.a) del TRLIS, se hacía necesario determinar la secuencia temporal aplicable a la realización de la fusión y a la formación del nuevo grupo fiscal.

3. COMENTARIO

3.1. Aplicación del art. 81.1.a) del TRLIS

Las cuestiones objeto de la Consulta son las siguientes:

(a) la posibilidad de aplicar el Régimen Especial de Operaciones de Reestructuración y, en particular, la existencia de motivos económicos válidos para llevar a cabo la fusión de BV por parte de M; y

(b) la aplicación del nuevo régimen del art. 81 del TRLIS al supuesto de hecho planteado.

En particular, a los efectos del presente trabajo, interesa principalmente la cuestión que se plantea en el apartado b) anterior, relativa a la posibilidad de subsumir los hechos descritos en uno de los supuestos que permiten obviar, aunque solamente en parte, los efectos derivados de la extinción de un grupo fiscal.

En este sentido, recordemos que uno de los supuestos introducidos por la Ley 4/2008 bajo los que se exceptiona la obligación de integrar en la base imponible del grupo fiscal las eliminaciones pendientes de incorporar al momento de la extinción del mismo es aquél en que *«la entidad dominante adquiera la condición de sociedad dependiente de otro grupo fiscal que estuviese tributando en régimen de consolidación fiscal»*.

Nos referiremos, pues, a este concreto supuesto, sin perjuicio de que el art. 81.1.a) del TRLIS prevea un segundo escenario bajo el cual la referida excepción quedaría también amparada.

3.2. La creación de un grupo fiscal único en el que la entidad BV estuviera integrada

En una fase inicial del análisis, quizá convenga detenerse a pensar si hubiera sido posible crear un único grupo fiscal, cuya sociedad dominante fuera M, y del que también formara parte la entidad BV, es decir, una entidad no residente. De obtenerse una respuesta afirmativa a este planteamiento, ninguna operación de reestructuración resultaría precisa en lo que a la formación de un único grupo fiscal se refiere, ya que M podría ser considerada la sociedad dominante de un grupo fiscal que incluyera tanto a A y a B como a sus respectivas sociedades dependientes, todo ello con independencia de que participara en ellas de manera indirecta a través de una sociedad no residente.

Para responder a esa cuestión habrá que remitirse a la normativa española referente al régimen de consolidación fiscal vigente para determinar si, bajo la misma, dicho escenario sería viable. Así, para

que un grupo de sociedades pueda aplicar el régimen de consolidación fiscal es necesario que el conjunto de dichas sociedades cumplan, entre otros, con los siguientes requisitos (requisitos establecidos en el art. 67 del TRLIS):

(a) la participación de la sociedad dominante (en este caso, M) en el capital de las sociedades dependientes debe ser de al menos un 75%, y poseída de forma directa o indirecta a través de sociedades que cumplan los requisitos para formar parte del grupo fiscal; y

(b) las sociedades dependientes deben: (i) estar sujetas al Impuesto sobre Sociedades, al mismo tipo que la sociedad dominante, y (ii) tener la forma jurídica de sociedad anónima, limitada o comanditaria por acciones.

Como consecuencia de lo anterior, la entidad BV no podría formar parte de un eventual grupo fiscal del que M fuera sociedad dominante al no estar sujeta al Impuesto sobre Sociedades, ni revestir ninguna de las formas jurídicas señaladas. Y es más, la existencia de la entidad BV limitaría la inclusión en el potencial grupo fiscal, que formaría la sociedad M, de aquellas otras sociedades cuya participación se ostenta de forma indirecta a través de BV (es decir, A y B).

Sin obviar lo planteado anteriormente, no puede olvidarse la existencia de la Sentencia C-418/07 dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas el 27 de noviembre de 2008, también conocida como la Sentencia del caso *Papillon*, en virtud de la cual el referido Tribunal entendió que el hecho de que una sociedad matriz que controla sus subfiliales a través de una filial establecida en otro Estado miembro no pueda optar por aplicar el régimen de consolidación fiscal constituye:

(a) una restricción prohibida y no justificada por razones de interés general (al ser contraria a las disposiciones del Tratado de la Unión Europea relativas a la libertad de establecimiento); y

(b) una situación discriminatoria frente a un supuesto de hecho interno equivalente.

Así, de la Sentencia *Papillon* se extrae que una disposición que limite la inclusión de sociedades en un grupo fiscal por el hecho de que la participación en las mismas se posea a través de sociedades establecidas en otro Estado miembro, cuando su régimen legal es similar, debería ser contraria a la normativa de la UE.

Sin perjuicio del respeto a los argumentos esgrimidos por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y como quiera que su aplicación práctica en España requeriría dotar a dicha posición de cierto grado de seguridad jurídica, parece que, en el supuesto de hecho de la Consulta, se opta por llevar a cabo la operación de reestructuración arriba planteada, como una alternativa menos controvertida.

En efecto, la fusión de la entidad BV por parte de M estaría concebida como un mecanismo jurídico idóneo a través del cual solventar la imposibilidad actual, de conformidad con la literalidad de la normativa española, de aplicar el régimen de consolidación fiscal a todas las sociedades sobre las que M mantiene una participación, directa o indirecta, igual o superior al 75% de su capital social.

3.3. La fusión por absorción de la entidad BV

Sentado lo anterior, se plantea la necesidad de determinar los efectos temporales de la reorganización planteada y su relación con la creación del nuevo grupo fiscal cuya sociedad dominante será M.

La regulación del régimen de consolidación fiscal no es tan clara como sería deseable, al menos en nuestra opinión, a la hora de establecer los efectos temporales de las modificaciones que se producen en la conformación del grupo durante un concreto ejercicio.

En particular, el art. 67.2.d) del TRLIS exige a una entidad, para ser considerada dominante, no ser dependiente de otra que reúna los requisitos para ser dominante. No obstante, dicho artículo no señala concretamente cuál es la consecuencia de que ello ocurra a lo largo de un ejercicio, al contrario de lo que sucede en el art. 67.2.b) del TRLIS —al tratar del porcentaje de participación sobre las dependientes— en el que se hace referencia expresa a «*el primer día del período impositivo en que sea de aplicación este régimen de tributación*».

Aun a pesar de las dudas que la lectura de la norma suscita, puede afirmarse que la doctrina administrativa y la científica son, generalmente, pacíficas en esta materia, aceptando que, de producirse variaciones en la composición del grupo en lo que a porcentajes de participación o aparición de una nueva dominante se refiere, el grupo seguirá tributando en régimen de consolidación durante todo el ejercicio y, el momento relevante para producir los efectos tributarios derivados de tal variación será el primer día del ejercicio siguiente a aquél en que se produzca dicha alteración.

En el supuesto de la Consulta, lo anterior implica que durante el ejercicio 2009, mientras se desarrolla el proceso de fusión, los dos grupos fiscales, cuyas sociedades dominantes son A y B, continúen tributando en régimen de consolidación fiscal, y que la aparición de una nueva dominante M de las sociedades A y B sólo produzca efectos tributarios el día 1 de enero de 2010.

Ahora bien, para completar el escenario bajo el que se hace viable aplicar la excepción del art. 81.1.a) del TRLIS, es necesario que ese «otro» grupo en el que se integrarían A y B como sociedades dependientes «*ya estuviese tributando en régimen de consolidación fiscal*». ¿Es posible afirmar que, el día 1 de enero de 2010, el nuevo grupo fiscal de M estaría ya tributando en régimen de consolidación fiscal cuando A y B se convirtieran en sociedades dependientes del mismo?

3.4. La formación de un nuevo grupo fiscal con M como sociedad dominante

Es obvio que, en algún momento, M debería formar un grupo fiscal bajo el que pudieran integrarse, con carácter posterior, tanto A y B como sus respectivas sociedades dependientes.

Para la creación de un grupo fiscal es imprescindible, entre otros requisitos formales, que las sociedades que vayan a integrar el nuevo grupo fiscal adopten los correspondientes acuerdos sociales en relación con la opción de tributar en consolidación fiscal. Además, conviene recordar que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 70. 2 del TRLIS, dichos acuerdos sociales deben adoptarse *«en cualquier fecha del período impositivo inmediato anterior al que sea de aplicación el régimen de consolidación fiscal»*.

En este sentido, entendemos que ésa es la razón por la que M y C adoptarían, en algún momento del año 2009, los acuerdos sociales necesarios para la formación de un grupo fiscal del que M sería sociedad dominante, y que estaría tributando, de manera efectiva, en régimen de consolidación fiscal desde el 1 de enero de 2010.

3.5. La aplicación y efectos temporales de (i) la fusión, y (ii) la creación del nuevo grupo fiscal

¿Qué puntos ya expuestos debemos tener presentes en el análisis temporal de las operaciones descritas en la Consulta? Son principalmente dos:

(a) la formación del nuevo grupo fiscal en virtud de la adopción de los pertinentes acuerdos sociales durante el año 2009 y, por consiguiente, la aplicación efectiva del régimen de consolidación fiscal en el período impositivo inmediatamente siguiente, esto es, a partir del 1 de enero de 2010; y

(b) el desarrollo de la fusión por absorción de la entidad BV durante el año 2009.

A estas alturas, el lector habrá apreciado la complejidad del supuesto de hecho planteado en la Consulta, complejidad que se deriva principalmente de la casi simultaneidad de los efectos derivados de la formación de un nuevo grupo fiscal y de la eventual integración en el mismo de las entidades que formaban los grupos de los que son sociedades de cabecera A y B, por extinción de sus respectivos grupos, ambos previstos para el 1 de enero de 2010. La dificultad para determinar la prioridad temporal de ambos actos es obvia. ¿Qué va antes el huevo o la gallina?

Para tener una visión completa de los efectos temporales de la fusión y de la creación del nuevo grupo fiscal, se hace necesario referirse a una circunstancia obviada hasta este momento y que, sin embargo, no puede ser pasada por alto: tal y como señala la Consulta, M, como futura sociedad dominante, y C adoptarían los acuerdos sociales *«necesarios para la formación de un nuevo grupo fiscal con carácter previo a la fusión»*.

Este hecho que, en principio, podría entenderse como una decisión arbitraria, intrascendente o, incluso, meramente circunstancial, parece permitir, sin embargo, el específico propósito de salvaguardar la prioridad temporal de la formación del nuevo grupo fiscal frente a los efectos derivados de la fusión.

Así, la combinación jurídica y práctica consistente en la adopción de los acuerdos sociales por parte de M y C:

(a) en el período impositivo inmediatamente anterior a aquél en el que se vaya a producir la tributación efectiva del grupo en régimen de consolidación fiscal; y, además,

(b) con anterioridad al desarrollo de la operación de fusión que se pretenda llevar a cabo.

Resulta determinante para defender la aplicación del nuevo régimen del art. 81 del TRLIS, en la medida en que solamente así será

posible garantizar que, llegado el 1 de enero de 2010, los efectos tributarios que puedan derivarse de la realización de la fusión se conciban como posteriores en el tiempo a la propia formación del nuevo grupo fiscal de M.

Por ello, en la Consulta que ahora nos ocupa, no habría razón aparente para negar que, llegado el momento en que las sociedades A y B perdiesen su condición de dominantes, éstas pasarían a integrar un grupo fiscal «preexistente» o, dicho de otra manera, un grupo fiscal que ya se encontraría tributando en régimen de consolidación fiscal. ¿Por qué? Porque la adopción de los acuerdos sociales con anterioridad al desarrollo de la operación de reestructuración en cuestión se configuraría como un sólido argumento en defensa de la preexistencia del nuevo grupo fiscal al que se adherirían posteriormente las nuevas sociedades dependientes, existiendo una dominante tributando en régimen de consolidación en el mismo momento en que se verificase la existencia de una nueva dominante de las sociedades A y B y la consiguiente extinción de su respectivos grupos.

Más importante resulta que sea el mismo día 1 de enero de 2010 aquél en que el grupo encabezado por M ya esté efectivamente tributando en régimen de grupos, momento en el que se verifica la existencia de la nueva dominante de los grupos A y B.

Al plantearse la duda de si es previa la tributación en régimen de grupos de M o la verificación de la existencia de M como dominante de A y B, parece que el hecho de que la opción y las formalidades para tributar bajo dicho régimen hubieran sido efectuadas por M en el período impositivo anterior debería permitir dar preferencia a la existencia del grupo de M al verificarse la extinción de los grupos de A y B.

En definitiva, el grupo fiscal de M aparece creado desde el momento en que se cumplieron las formalidades para ello, sin perjuicio de que, por razones de la propia dinámica concebida en el TRLIS, dicha tributación no fuera efectiva hasta el período impositivo inme-

diatamente siguiente. El hecho de que M y C no comiencen a tributar bajo el régimen de consolidación fiscal con carácter inmediatamente posterior a la adopción de los referidos acuerdos no es más que la consecuencia de la propia exigencia de la Ley.

Así, llegado el 1 de enero de 2010, tendrían lugar los siguientes hitos y en el siguiente orden cronológico:

(a) M sería ya sociedad dominante de un nuevo grupo fiscal que, en ese momento, empezaría a tributar de forma efectiva bajo dicho régimen en virtud de la adopción de los ya mencionados acuerdos sociales; y

(b) A y B perderían su condición de sociedades dominantes, como consecuencia de la fusión, para pasar a ser consideradas como sociedades dependientes de un grupo fiscal ya existente.

Todo lo anterior tiene pleno encaje en la dicción literal del art. 81.1.a) del TRLIS, en la medida en que A y B adquirirían la condición de sociedades dependientes de otro grupo fiscal, el de M, en el momento en que éste ya estaría tributando en régimen de consolidación fiscal.

Tal y como anunciábamos al comenzar este apartado, la adopción de los acuerdos sociales «*con carácter previo a la fusión*» unida a una interpretación flexible, aunque en todo caso muy razonable y ajustada a la literalidad de la norma, de la DGT respecto al momento en que se entiende creado el nuevo grupo fiscal, suponen un punto de inflexión en el criterio interpretativo que la DGT venía haciendo del nuevo régimen establecido por el art. 81.1.a) del TRLIS.

Así, basta recordar las Consultas anteriores emitidas al hilo de la nueva redacción del art. 81 del TRLIS (V0271-09 y V1178-09), en las que la DGT había denegado la aplicación de dicho régimen sobre la base de que las sociedades adquirentes bajo las operaciones de reestructuración no estaban tributando de manera efectiva en régimen de consolidación fiscal, ni habían adoptado (o al menos así se deduce

del texto de las Consultas), con anterioridad a las mismas, los acuerdos sociales a tales efectos. Bajo la Consulta que ahora comentamos, la adopción de los acuerdos sociales con anterioridad a la operación de reestructuración y, por lo tanto, la preexistencia del grupo fiscal salvan este obstáculo.

3.6. La extinción de los grupos fiscales

El escenario anteriormente planteado tiene una última consecuencia a nivel fiscal que, si bien ya es conocida, es necesario subrayar: la extinción de los dos grupos fiscales cuyas sociedades dominantes fueron A y B, respectivamente.

Así lo señala la DGT en su contestación a la Consulta, al afirmar que A y B adquirirán «*la condición de sociedades dependientes de M desde el 1 de enero de 2010*». En este sentido, el hecho de que una entidad dominante de un grupo fiscal se convierta en dependiente de otra que reúne los requisitos para ser considerada como dominante se configura como una causa de extinción del grupo fiscal.

Como ya anticipábamos en el apartado anterior, la DGT reconoció que «*la extinción de los grupos fiscales de las sociedades A y B conllevara todos los efectos del art. 81 del TRLIS, excepto la incorporación de las eliminaciones pendientes*». En este sentido, es importante reiterar que la aplicación de esta excepción no exceptúa la efectiva extinción de sendos grupos fiscales, ni la efectiva consecución del resto de efectos legalmente previstos. Por ello, en el momento de extinción de los grupos fiscales de A y B habría que analizar la necesidad de (i) distribuir los créditos fiscales (i.e., las bases imponibles negativas y/o las deducciones en cuota) que se hubieran generado durante el tiempo de existencia del grupo entre sus sociedades integrantes, en la misma proporción en que éstas hubieran contribuido a su formación; y/o (ii) distribuir los pagos fraccionados realizados por el grupo antes de su extinción de manera proporcional entre las sociedades que hubieran contribuido a los mismos.

4. CONCLUSIÓN

La Ley 4/2008 modificó, con efectos desde el 1 de enero de 2008, la redacción del art. 81.1.a) del TRLIS, excepcionando, bajo supuestos expresamente previstos, la obligación de integrar las eliminaciones pendientes de incorporación de un grupo fiscal al momento de su extinción.

Las primeras Consultas emitidas por la DGT, al hilo de dicha modificación, denegaron la aplicación del nuevo régimen del art. 81 del TRLIS sobre la base de que el grupo fiscal en el que se integraba la sociedad que perdía su condición de dominante, como consecuencia de una operación de reestructuración, no tributaba en consolidación fiscal con carácter previo a la referida operación de reestructuración.

La Consulta V1956-09 marca un hito en el camino interpretativo de la nueva redacción del art. 81.1.a) del TRLIS, al aceptar que el momento temporal adecuado para verificar el cumplimiento de los requisitos a que obliga el segundo párrafo del reiterado art. 81.1.a) es el día primero del ejercicio siguiente a aquél en que se produce la alteración en la composición del grupo, dando prioridad a la tributación en régimen de grupos de la nueva sociedad dominante.

Muy probablemente, la existencia de acuerdos previos para optar al régimen, por parte de la nueva dominante, resulta relevante en el análisis.

Ello no obstante, y aun reconociendo el avance que todo ello supone, no podemos concluir sin reiterar que, en nuestra opinión, la regulación del régimen de consolidación fiscal sigue presentado quebras importantes, y no debidamente justificadas, a la neutralidad que debería conllevar el Régimen Especial de Operaciones de Reestructuración.