

La Directiva 2019/2121, sobre transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas (V)

Incidencia fiscal

Pilar Álvarez Barbeito

Profesora titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de La Coruña
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

Análisis de los aspectos fiscales en los que incide la Directiva 2019/2121, sobre transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas.

El pasado 12 de diciembre se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea* la Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas, cuyo plazo de trasposición concluye el 31 de enero del 2023.

Pues bien, aunque son muchas las consecuencias que se derivarán de ella —varias ya analizadas en otros *Análisis GA_P* dedicados a esta directiva—, abordaremos aquí las que pueden tener trascendencia fiscal, entre las que destacan las que guardan relación con el ámbito subjetivo de aplicación de la directiva, así como las derivadas de la cláusula antiabuso incorporada en la norma.

1. Modificaciones en el ámbito subjetivo de aplicación de la directiva

A efectos de colmar alguno de los vacíos detectados en la Directiva 2017/1132, traducidos en la ausencia de regulación de algunas importantes operaciones societarias de carácter

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

transfronterizo, la nueva directiva ha introducido tres cambios relevantes. Éstos son la inserción de un nuevo capítulo sobre las transformaciones transfronterizas (arts. 86 bis a 86 unvicies), la modificación del capítulo sobre fusiones transfronterizas con la creación de una nueva modalidad de operación de fusión transfronteriza a nivel mercantil (art. 119.2d) y la inclusión de un nuevo capítulo sobre escisiones transfronterizas, advirtiendo en todo caso que cualquier operación transfronteriza debe entenderse sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones fiscales relacionadas con la actividad de una sociedad antes de esa operación.

a) *Las transformaciones transfronterizas*

Las transformaciones transfronterizas permitirán a las sociedades trasladar su sede del Estado miembro de origen a otro Estado miembro de destino sin perder su personalidad jurídica ejerciendo su libertad de establecimiento para desplazarse dentro del mercado interior, y todo ello mediante un procedimiento con el que tratan de garantizarse las adecuadas condiciones de seguridad jurídica y protección de los principales colectivos afectados por la operación (trabajadores, acreedores y socios).

No obstante, desde un punto de vista tributario han de advertirse algunas cuestiones que exigirán un análisis detallado, teniendo en cuenta que la nueva directiva apunta de sí misma que «se entiende sin perjuicio de las Directivas 2009/133/CE (15), (UE) 2015/2376 (16), (UE) 2016/881 (17), (UE) 2016/1164 (18) y (UE) 2018/822 (19) del Consejo». Con ello, además de aclarar su vigencia e intangibilidad, la nueva directiva parece permitir la aplicación de las referidas directivas fiscales preexistentes en el marco de las nuevas situaciones ahora reguladas por ella, allí donde proceda.

En ese sentido, la Directiva 2009/133/CE, 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 sociedad anónima europea (SE) o una sociedad cooperativa europea (SCE) de un Estado miembro a otro, sólo se proyecta sobre el traslado transfronterizo de la sede social de dichas sociedades, pero no sobre el traslado de la sede social por parte de sociedades nacionales de los diferentes Estados miembros. Por ello, la nueva directiva puede implicar, en este sentido, la necesidad de reformar la Directiva 2009/133 para dar cobertura a las operaciones ahora armonizadas.

Entendemos así que las transformaciones transfronterizas objeto de armonización han de resultar fiscalmente neutras pues, de lo contrario, la finalidad perseguida por la nueva directiva en materia de libertad de establecimiento podría quedar muy desdibujada. Ello sucedería si, tomando en consideración la imposición societaria española, un cambio de residencia fiscal a otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo derivase en el gravamen de las plusvalías latentes aplicando los llamados *impuestos de salida*, pese a que dichas operaciones no supongan, realmente, una transmisión de elementos patrimoniales.

Desde esta perspectiva, por tanto, habrá que analizar en qué medida la Directiva 2016/1164/UE, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, y más en concreto sus disposiciones en materia de impuestos de salida, contribuye a eliminar los obstáculos fiscales a estas operaciones que ahora cuentan con un régimen armonizado a nivel mercantil.

b) *Fusiones transfronterizas*

En relación con las fusiones transfronterizas, la nueva directiva amplía la regulación que de dichas operaciones recoge la Directiva 2017/1132, dando entrada a una nueva modalidad de fusión.

Así, el artículo 119.2 añade ahora un nuevo apartado *d* en el que se considera fusión transfronteriza la operación mediante la cual «una o varias sociedades, en el momento de su disolución sin liquidación, transmiten a otra sociedad ya existente, la sociedad absorbente, la totalidad de su patrimonio activo y pasivo, sin que la sociedad absorbente emita nuevas acciones o participaciones, a condición de que una sola persona sea titular de manera directa o indirecta de todas las acciones o participaciones de las sociedades que se fusionen, o de que los socios sean titulares de sus valores y participaciones en la misma proporción en todas las sociedades que se fusionen».

Pues bien, habrá que ver si esta nueva modalidad de operación de fusión transfronteriza, que no está explícitamente prevista en la Directiva 2009/133, reúne las condiciones para, a la vista de sus elementos definidores, poder acceder al régimen de neutralidad fiscal, teniendo en cuenta una vez más que una respuesta negativa al respecto sería difícil de compatibilizar con el espíritu de la nueva directiva, orientada a dar cumplimiento al principio de libertad de establecimiento como uno de los principios fundamentales del Derecho de la Unión.

c) *Escisiones transfronterizas*

Con respecto al nuevo régimen jurídico armonizado aplicable a las operaciones de escisión transfronteriza (art. 160 *bis* y *ss.*), ha de tenerse en cuenta que cubre el procedimiento de escisiones transfronterizas de sociedades que deseen dividirse en dos o más sociedades, pero siempre que éstas sean de nueva creación. Teniendo en cuenta la diferencia que ello representa con respecto a lo establecido en la Directiva 2009/133, habrá que analizar también en este caso los elementos configuradores de tales operaciones para determinar su acceso al régimen de neutralidad fiscal.

Por otra parte, la nueva directiva define tres modalidades de escisión —total, parcial y segregación—, pudiendo destacarse que, tratándose de escisiones parciales y segregaciones, no se exige que el conjunto patrimonial transmitido forme una rama de actividad.

2. La cláusula antiabuso

Otra de las cuestiones destacables de la nueva directiva, con incidencia en el plano fiscal, es la introducción de una cláusula antiabuso aplicable a las operaciones de fusión (art. 127.8), escisión (art. 160 *quaterdecies*.8) y transformación transfronteriza (art. 86 *quaterdecies*.8). En virtud de ella, la autoridad nacional que sea competente para emitir el certificado previo a dichas operaciones podrá no emitirlo cuando considere que se han llevado a cabo «con fines abusivos o fraudulentos que tengan por efecto u objeto sustraerse al Derecho de la Unión o nacional o eludirlo, o con fines delictivos».

Obviamente estas situaciones estarán en muchos casos conectadas con cuestiones fiscales, extremo que motivó que la propuesta de directiva recogiese una cláusula antiabuso tomada del ámbito fiscal y encomendase a la autoridad nacional competente la comprobación de que la operación transfronteriza no sería constitutiva de «un artificio encaminado a obtener ventajas fiscales indebidas o a perjudicar injustificadamente los derechos legales o contractuales de los trabajadores, los acreedores o los socios minoritarios».

Finalmente, el texto definitivo de la directiva ha optado por un mecanismo de control más genérico que será aplicado antes de la formalización de la operación y cuyo preciso alcance podrá concretarse con su implementación en nuestro país.

Por otra parte, habrá que ver cómo interactúa con la cláusula prevista en el artículo 15.1 de la Directiva 2009/133 y su interpretación a la luz de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con el principio general de prohibición de abuso del Derecho, principio que se ha desarrollado de manera especial en el ámbito fiscal.

En ese sentido entendemos, sin perjuicio de que se continúe avanzando en la armonización de los aspectos que contribuyan a desincentivar y desmontar montajes puramente artificiales —términos de los que ha prescindido el texto definitivo de la directiva— que la continuidad de la aplicación de dicho principio general no parece que pueda cuestionarse para luchar contra la utilización instrumental de las operaciones transfronterizas. Es decir, consideramos que la interpretación que viene haciendo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el principio de prohibición de prácticas abusivas debe presidir la aplicación de la cláusula antiabuso propuesta en la nueva directiva.

Esta apreciación puede introducir dudas sobre la virtualidad del sistema de control de la legalidad preventivo del abuso y fraude *ex ante* incluido en la nueva directiva. En ese sentido se han sucedido las críticas a este sistema por entender que puede conllevar un incremento en el margen de discrecionalidad de las autoridades nacionales; que dicho procedimiento de control puede ralentizar excesivamente la realización de las operaciones transfronterizas o incluso hacer que en la práctica fuera imposible cumplir con los plazos establecidos al efecto en la directiva —piénsese así en el hecho de que la autoridad competente para llevar a cabo dicho control podría, cuando sospechara del fin abusivo o fraudulento de una operación,

realizar una consulta a las autoridades competentes (art. 86 *quaterdecies.9*)—, o que dicho control preventivo no garantiza que la operación no tenga finalmente una finalidad elusiva.

De todos modos, y ante esa última posibilidad, el control *ex ante* no excluye la adopción de medidas si, tras la ejecución de la operación, se advierte que ésta oculta una finalidad abusiva o fraudulenta.

En ese sentido —señala la directiva—, aunque las operaciones que hayan surtido efecto en cumplimiento de los procedimientos de transposición de la presente directiva no pueden ser anuladas, ello «no afecta a las competencias de los Estados miembros, entre otras cosas, en el ámbito del Derecho penal, de la financiación del terrorismo, del Derecho social, de la fiscalidad y de la aplicación de la ley, para imponer medidas y sanciones, de conformidad con la legislación nacional, con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la transformación transfronteriza».

Por tanto, y sin necesidad de anular la operación, cuando los tribunales entiendan probado *a posteriori* que ha existido abuso o fraude, podrán determinar que se aplique la legislación de origen que se haya pretendido eludir.

Para cualquier duda, por favor, póngase en contacto con los siguientes letrados:

Javier Vinuesa Magnet
Socio, Madrid
jvinuesa@ga-p.com

Eduardo Martínez-Matosas Ruiz de Alda
Socio, Barcelona
ematosas@ga-p.com

Luis Villar Calvo
Consultor, Valencia
lvillar@ga-p.com

Para más información, consulte nuestra web www.ga-p.com o diríjase al siguiente *e-mail* de contacto: info@ga-p.com.