

La armonización positiva del derecho tributario europeo de las empresas en 2005. Directivas matriz-filial y fusiones

Jacques Malherbe
Catedrático de la Universidad Católica de Lovaina
Abogado (Bruselas)

Armonización positiva

La armonización positiva de la fiscalidad directa en Europa que estaba, en lo que concierne a las empresas, limitada durante mucho tiempo, a la Directiva matriz-filial, a la Directiva de fusiones y al llamado Convenio de Arbitraje sobre los precios de transferencia, conoce ahora una aceleración digna de ser remarcada, en principio por la modificación y la extensión del campo de aplicación de la Directiva matriz-filial, seguida por la propuesta de modificación de la Directiva de fusiones, pareja a los reglamentos sobre la sociedad europea que entraron en vigor el 8 de octubre de 2004, y finalmente, por la Directiva sobre los pagos de intereses y cánones entre empresas vinculadas.

A. La Directiva matriz-filial y su extensión

Paradójicamente, la Directiva matriz-filial y las demás medidas adoptadas por las decisiones del Consejo europeo de 23 de julio de 1990, la Directiva de fusiones y el Convenio sobre precios de transferencia, tuvieron como contrapartida el abandono de hecho del objetivo de la armonización de los impuestos directos en Europa, que había sido un objetivo de la Comisión durante mucho tiempo. La Comisaria de Fiscalidad, la señora Scrivener, reconoció en una comunicación de 20 de abril de 1990 que había lugar a renunciar a tal ambición, contentándose con la adopción de un «paquete» que contenía las tres medidas que se exponen a continuación⁸.

La Directiva matriz-filial debía aplicarse en todos los Estados miembros antes del 1 de enero de 1992. Ya en ese momento, los expertos del Comité Ruding subrayaron sus insuficiencias y propusieron, entre otras, dos modificaciones:

- su aplicación a todas las sociedades sujetas al Impuesto sobre Sociedades, con independencia de su forma jurídica;
una extensión del método de imputación a los impuestos pagados no sólo por las filiales sino también por las sub-filiales, cualquiera que fuese su grado⁹.

Nuestro agradecimiento a la Profesora Maria Amparo Grau Ruiz (Universidad Complutense de Madrid) por su cooperación a la redacción del texto español de este estudio.

⁸ Directiva relativa a la imposición de las sociedades, SEC (90/601) final.

⁹ Report of the Ruding Committee: conclusions and recommendations of the Committee of independent experts on company taxation, Eur. Tax., 1992, p. 114.

Hacia falta reconocer en 1997 que los tiempos todavía no estaban lo bastante maduros para estas modificaciones. Subsistían diferencias insuperables entre Estados, unos considerando tal forma de empresa como una persona jurídica sujeta al impuesto y los otros considerándola como fiscalmente transparente y gravando sus rentas en manos de sus accionistas.

El 23 de octubre de 2001, la Comisión publicó su comunicación titulada «Hacia un mercado interior sin obstáculos fiscales – una estrategia para el establecimiento de una base imponible consolidada en las empresas para el Impuesto sobre Sociedades aplicable a sus actividades en el conjunto de la Unión Europea»¹⁰. A través de numerosas propuestas destinadas a eliminar los obstáculos fiscales a las actividades económicas transnacionales, esta comunicación proponía diversos cambios a la Directiva matriz-filial. Estas modificaciones encontraron su cauce en la Directiva 2003/123/CE de 22 de diciembre de 2003¹¹.

Por otro lado, el Tribunal de Justicia de las Comunidades ha tenido, durante este período, la ocasión de dictar varias sentencias específicamente dedicadas a la interpretación de la Directiva matriz-filial, en situaciones nacidas de contradicciones entre las legislaciones nacionales y esta Directiva¹².

1. *El objetivo de la Directiva matriz-filial*

El objetivo de la Directiva matriz-filial se recuerda en su preámbulo: el tratamiento de las distribuciones de dividendos entre filial y matriz que difiere de Estado a Estado, es por lo general menos favorable cuando estas dos empresas se establecen en países diferentes que cuando están establecidas en el mismo Estado. La cooperación internacional queda en una posición desfavorecida en comparación con la cooperación nacional entre empresas. Una regulación común facilitará sobre todo el reagrupamiento de empresas.

Una coherencia se establece así entre la Directiva matriz-filial y la Directiva de fusiones.

Las ventajas de la creación de grupos europeos merecen ser subrayadas: mejora de la eficiencia por economías de escala; posibilidad de selección del socio más adecuado; disminución del nacionalismo económico y mejora de las posiciones competitivas de las empresas europeas con respecto a las empresas americanas¹³. Encontramos objetivos similares a los de la eliminación de los obstáculos a la competencia por el artículo 81 del Tratado CE, constatando que el artículo 82 y la regulación sobre las concentraciones vendrán por el contrario a fijar los límites a este proceso.

¹⁰ Com. 2001/582 final.

¹¹ DOCE, 13 de enero de 2004, L-7, p. 41; L. De Broe et R. De Boeck, *De Moeder-Dochterrichtlijn: Europese Fiscale Piecemeal – Engineering op weg naar harmonie* in B. Peeters, ed., *Europees belastingrecht*, Bruselas, Larcier, 2005, p. 341; G. Maisto, *The 2003 amendments to the EC Parent-Subsidiary Directive: what's next*, *EC Tax Review*, 2004, p. 164.

¹² 17 de octubre de 1996, C-283/94, C291/94 y C-292/94, *Denkavit*; 8 de junio de 2000, C-375/98, *Epson*; 4 de octubre de 2001, C-294/99, *Athinaiki Zythopoiia*; 18 de septiembre de 2003, C-168/01, *Bosal*; 25 de septiembre de 2003, C-58/01, *Océ Van der Grinten*.

¹³ F. De Hosson, *The parent-subsidiary directive*, *Intertax*, 1990, p. 414; F. Bulgarelli, *Neutralità impositiva degli utili infragruppo in Lo Stato della fiscalità nell'Unione europea. L'esperienza e l'efficacia dell'armonizzazione*, Università di Bologna, coord. Adriano di Pietro, 2003, p. 555.

En teoría, una relación matriz-filial internacional podría dar lugar a una triple imposición:

- Impuesto sobre Sociedades en el Estado de la fuente, esto es, el Estado de establecimiento de la filial;
- Imposición en la fuente sobre el beneficio distribuido;
- Imposición sobre el mismo beneficio en el Estado de la sociedad matriz.

Aunque esta situación, en razón de disposiciones unilaterales y de Convenios bilaterales para evitar la doble imposición, se presenta rara vez, la imposición de los dividendos transfronterizos era por lo general menos favorable que la de los dividendos nacionales.

La Directiva estableció una solución simple:

- supresión de las retenciones en la fuente;
- supresión de la doble imposición por uno de los dos métodos clásicos, exoneración o imputación.

Como veremos, esta simplicidad no es más que aparente, lejos de haberse eliminado todos los problemas de doble imposición.

2. *Efectos directos de la Directiva*

Para que una disposición de la Directiva matrices-filiales tenga un efecto directo, es preciso que sea suficientemente clara e incondicional, que la fecha de transposición de la Directiva sea sobrepasada y que un particular invoque estas disposiciones ante un órgano del Estado.

El artículo 5, que prevé la exoneración de la retención en la fuente, posee tal carácter como han mostrado sentencias sucesivas¹⁴.

Lo contrario se ha pretendido en lo que concierne al artículo 4, entre otros porque ofrecería la elección entre dos métodos, la exención y la imputación. Es necesario, sin embargo, constatar que, desde que un Estado ha optado por la exención conforme al artículo 4.1, tiene la obligación de abstenerse de gravar el beneficio distribuido por la filial y que esta disposición es suficientemente formal para tener un efecto directo.

La posibilidad de introducir restricciones por cláusulas anti-abuso, como la exigencia de una duración de la posesión mínima, no impide la aplicabilidad directa de la disposición.

Se ha juzgado así por un Tribunal belga en lo que respecta a la aplicación del método de exención por Bélgica¹⁵.

¹⁴ *Denkavit*, *Epson*, *Athinaiki Zythopoiia*, *Océ Van der Grinten*.

¹⁵ *Civ. Bruxelles*, 5 de abril de 2003, T.F.R., 2004, p. 171, nota J. Creus y B. van Vlierden, *DBI, Van aftrek naar vrijstelling (Revenus définitivement taxés, De la déduction à l'exonération)*. Bélgica no permite en efecto más que una deducción de las rentas definitivamente gravadas (dividendos inter-sociedades) de la base imponible y no una verdadera exención. Resulta que en defecto de base imponible y en concurrencia con las rentas definitivamente gravadas, una pérdida de explotación sufrida por una empresa no será trasladable al ejercicio siguiente.

3. Modificaciones de la Directiva matriz-filial

La Directiva 2003/123/CE de 22 de diciembre de 2003 ha supuesto modificaciones importantes a la Directiva en cuatro aspectos:

- extensión de las formas de sociedades contempladas;
- extensión del régimen a los establecimientos permanentes beneficiarios de dividendos;
- rebaja del umbral de participación;
- extensión del método de imputación a las subfiliales.

a. Extensión de la lista de las sociedades cualificadas

La lista de las sociedades cualificadas contempladas por la Directiva que, en ciertos Estados, estaba limitada a las sociedades de capitales y en su caso a los organismos de Derecho público ha sido ampliada, sobre todo a las sociedades cooperativas, algunos tipos de sociedades que no tienen capital, a entidades que tienen por objeto el ejercicio de actividades comerciales o a las cajas de ahorro. Numerosos Estados miembros han aprovechado para extender la aplicación de la Directiva a todas las entidades constituidas conforme a su Derecho y sujetas al Impuesto sobre Sociedades. Algunos Estados miembros no han seguido esta iniciativa que habría permitido la eliminación de la lista misma¹⁶.

La sociedad europea ha sido igualmente añadida a la lista. Algunos consideraban que esta adición no era necesaria, debiendo tratarse la sociedad europea como una sociedad de capitales. Esta opinión nos parece que no puede seguirse, el Reglamento que establece el estatuto de la sociedad europea prevé expresamente que se trata de una nueva forma de sociedad y no reenvía al Derecho interno de sociedades capitalistas más que a título subsidiario.

b. Extensión de la Directiva a los establecimientos permanentes

La versión inicial de la Directiva permitía el mantenimiento de la doble imposición en tanto que una participación fuese poseída no por la sede central de una sociedad sino por un establecimiento permanente. El artículo 4.1 no se refería en efecto más que al Estado miembro de la sociedad matriz y no al Estado miembro de la localización del establecimiento permanente, con la reserva, deducida del derecho primario, de la obligación de igualdad de tratamiento entre los establecimientos permanentes y las sociedades residentes¹⁷.

En lo que concierne a la exoneración de retención en la fuente, la situación se prestaba por el contrario a controversia. Cuando la sociedad, el establecimiento permanente y la sociedad filial estaban cada uno situados en un Estado miembro diferente, todas las condiciones de la Directiva que imponían la eliminación de la retención en la fuente se cumplían. Una sociedad filial de un Estado miembro distribuía un beneficio a una sociedad matriz situada en otro Estado miembro, poca importa que este dividendo hubiese sido pagado a un establecimiento permanente situado en un tercer Estado miembro.

16 Dinamarca, Irlanda, Italia, Portugal, Suecia, Finlandia.

17 C-307/97, Saint-Gobain, 21 de septiembre de 1999 ; G. Maisto, op.cit., p. 165 ; E. Zanotti, Taxation of Inter-Company Dividends in the Presence of a PE : the Impact of the EC Fundamental Freedoms, Eur. Tax., 2004, p. 493 et p. 535.

Asimismo, si la sociedad filial y el establecimiento permanente de una sociedad matriz extranjera estuviesen situados en el mismo Estado, habría igualmente pago a una sociedad matriz situada en otro Estado. Numerosos Estados miembros no se sumaban a esta interpretación favorable. La modificación de 2003 hace la Directiva aplicable:

- cuando un establecimiento permanente situado en otro país distinto del de la sociedad matriz recibe un dividendo de una sociedad filial situada en otro Estado miembro del de establecimiento¹⁸;
- cuando un establecimiento permanente de una sociedad matriz situada en el mismo país que su filial, pero situado, éste en un segundo país recibe una distribución de la filial¹⁹.

La Directiva no se aplicará pues cuando el establecimiento permanente y la filial se sitúan en el mismo país, incluso si el establecimiento permanente es el de una sociedad extranjera. La misma situación existe en aplicación de la Directiva 2003/49/CE sobre intereses y cánones. El preámbulo permite la introducción de medidas anti-abuso. En efecto, en la situación descrita, bastaría a la sociedad matriz crear un establecimiento permanente en otro Estado miembro con la función exclusiva de poseer la participación en la filial.

La Directiva introduce a la vez una definición de establecimiento permanente: toda instalación fija de negocios situada en un Estado miembro en la que se ejerce, en todo o en parte, la actividad de una sociedad de otro Estado miembro, en la medida en que los beneficios de esta instalación de negocios se sujeten al impuesto en el Estado miembro en el que ella se sitúa en virtud del tratado fiscal bilateral aplicable o, en ausencia de dicho tratado, en virtud del Derecho interno²⁰. Esta definición excluirá por ejemplo los establecimientos permanentes que se limitan a actividades preparatorias o auxiliares, puesto que no se sujetan al impuesto.

Resta la cuestión de la aplicabilidad de la Directiva cuando la sociedad matriz y filial están cada una situadas en un Estado miembro, pero la participación se posee por medio de un establecimiento permanente situado en un tercer Estado, no miembro de la Unión Europea. Ya se había sostenido que, en este caso, la Directiva debía aplicarse: el Estado de la filial debía exonerar la distribución de retención en la fuente, el país del establecimiento permanente no estaba vinculado por la Directiva, pero el Estado de la sede de la sociedad matriz debía, al integrar los resultados del establecimiento permanente en el resultado de la sociedad matriz, conceder la exención o la imputación prevista por la Directiva²¹.

Esta opinión ha sido admitida por el Comité Económico y Social en un dictamen de 29 de octubre de 2003²².

18 Art. 1.1 tercer guión.

19 Art. 1.1 cuarto guión.

20 Art. 2.2.

21 F. A. García Prats, Application of The Parent-Subsidiary Directive to permanent establishments, Eur. Tax., 1995, p. 180 ; para una síntesis de jurisprudencia reciente, véase M. Rossi, Principi fondamentali del Trattato CE e normativa statale in materia d'imposte dirette nella giurisprudenza della corte di giustizia CE, Dir. Prat. Trib., 2004, p. 689.

22 Com. 2003/462 final, n° 3.1.2., 2003/0179 (CNS), DOCE, 5 de febrero de 2004, C. 32, p. 118, punto 3.1.5.

c. *Rebaja del umbral de participación*

La Comisión había propuesto una rebaja inmediata del 25% al 10%. Esto no se ha seguido: el umbral deberá rebajarse al 20% a partir de la fecha de entrada en vigor de la Directiva, el 1 de enero de 2005, después al 15% (1 de enero de 2007) y al 10% (1 de enero de 2009).

La mayoría de los Estados miembros prevén ya un umbral igual o inferior al 10% para la aplicación de la exención del dividendo o de la imputación del impuesto. No ocurre lo mismo, en cambio, para la exoneración de retención en la fuente.

En esta ocasión no se ha conseguido resolver otras cuestiones controvertidas, a las que los Estados miembros dan respuestas divergentes. ¿La participación debe tenerse como pleno propietario o bastaría un usufructo? ¿La propiedad económica puede asimilarse a la propiedad jurídica? ¿Las participaciones poseídas indirectamente se computan en el cálculo del umbral? ¿El beneficiario de los dividendos debe ser el beneficiario efectivo o último o, bajo reserva de las medidas anti-abuso, la sociedad matriz puede ser una sociedad-conducto?

d. *Extensión del método de imputación*

En el sistema inicial, los dividendos pagados por una sub-filial y redistribuidos por la filial a la sociedad matriz no debían quedar exentos o beneficiarse de una imputación en el Estado de esta última, puesto que no habían sufrido imposición en el Estado de la sub-filial en virtud de la aplicación por este último Estado de la exención o de la imputación. Tal situación era manifestamente contraria al objeto de la Directiva.

En adelante se prevé, cuando se aplica el método de imputación, que la sociedad matriz o el establecimiento permanente podrán deducir del montante de su impuesto la fracción del impuesto correspondiente al beneficio distribuido y pagado por la filial y todas las sub-filiales, con la condición de que en cada nivel la sociedad y su sub-filial cumplan las condiciones de la Directiva y en particular las referidas al umbral²³.

De nuevo, la ocasión no ha servido para resolver un problema al que los Estados miembros dan soluciones divergentes, el de la limitación de la imputación al montante del impuesto nacional debido sobre la renta distribuida. Nada impone que la exención o la deducción sea por ejemplo trasladable a ejercicios siguientes²⁴.

e. *Sociedades fiscalmente transparentes*

La extensión de la lista de las sociedades contempladas por la Directiva planteaba una cuestión técnica. Algunas de estas sociedades tienen un carácter híbrido y pueden ser consideradas en ciertos Estados como fiscalmente transparentes. Cuando el Estado de la sociedad matriz atribuía a ésta la renta, incluso no distribuida, de la filial, nada le obligaba a conceder el alivio de la doble imposición previsto por la Directiva.

Se ha previsto desde entonces que, para gravar la cuota-parte de la sociedad matriz en el beneficio no distribuido de la filial, el Estado miembro de la sociedad matriz debía bien exonerarlo, bien conceder una imputación por el impuesto percibido en el país de la filial, con la condición de

que se cumpliesen los presupuestos de la Directiva y sobre todo, las condiciones referidas al umbral. Además, el Estado de la sociedad matriz se abstendría de toda imposición con motivo de la distribución ulterior por la filial de los beneficios que ya hayan sufrido el régimen fiscal anteriormente descrito.

La transparencia de la filial se aprecia por el Estado de la sociedad matriz según sus propias reglas, pero teniendo en cuenta las características jurídicas de la filial que resultan del Derecho que ha presidido su constitución. Las características fiscales de la filial en el país en el que está establecida no son pues tomadas en consideración.

Habría sin duda sido más sencillo referirse pura y simplemente a las reglas del Estado de la filial para apreciar la transparencia de la misma²⁵. La mayor parte de los Estados miembros no lo han querido, sin duda para mantener su régimen de sociedades extranjeras controladas.

B. *Extensión de la Directiva de Fusiones*²⁶

Con optimismo, se recuerda la declaración del Consejo Europeo de Lisboa de 2000, según la cual la Unión Europea se fijaba el objetivo de convertirse en la economía, basada en el conocimiento, más competitiva y la más dinámica del mundo, asegurando un crecimiento sostenido y una mejora cuantitativa y cualitativa del empleo.

Sea lo que sea de estos objetivos en un momento en que Europa permanece bastante atrás de los crecimientos americano y asiático, la Comisión había recibido el mandato de examinar las disposiciones fiscales relativas a los obstáculos a las actividades transfronterizas en el mercado interior.

La modificación de la Directiva de fusiones es uno de los resultados de los estudios de la Comisión.

1. *Campo de aplicación*

La Directiva antigua²⁷ se aplicaba a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones que conciernen a las sociedades de varios Estados miembros. La fusión se define, así como la escisión, como una disolución sin liquidación, la aportación de activos, como la aportación del conjunto de una o más ramas de actividad de una sociedad a otra y el canje de acciones como la adquisición por una sociedad en el capital de otra de una participación que le confiere la mayoría de los derechos de voto por medio de la atribución de títulos a las sociedades asociadas de la sociedad adquirida.

25 Art. 4.1bis.

26 Directiva 2005/19/CE del Consejo de 17 de febrero de 2005 por la que se modifica la Directiva 90/434/CEE; véase la propuesta de la Comisión, Com 2003, 613final de 17 de octubre de 2003 ; A. Benecke y A. Schnitzer, Final Amendments to the Merger Directive : Avoidance of Economic Double Taxation and Application to Hybrid Entities, Two Conflicting Goals, Intertax, 2005, p. 170.

27 Directiva del Consejo de 23 de julio de 1990 sobre el régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, [escisiones, escisiones parciales] aportaciones de activos y canjes de acciones de sociedades de Estados miembros diferentes, [y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro] 90/434 CEE, D.O.C.E. n° L-225 de 20 de agosto de 1990; cfr. en derecho francés, M. Chadeaux, Les fusions de sociétés - régime juridique et fiscal, Paris, Groupe Revue fiduciaire, 2005, espec. p. 168.

23 Art. 4.1 segundo guión.

24 Cfr. arriba en el caso de Bélgica.

Convenía, estimaba la Comisión, añadir una operación definida como escisión parcial (*split off - segregación*), aportación de una o más ramas de actividad por una sociedad a otra, acompañada de la emisión de títulos que se remiten directamente a los socios de la sociedad aportante con, en su caso, una compensación en dinero que no exceda del 10% del valor nominal o del equivalente contable de los títulos.

La aportación se acompañará del mantenimiento de un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria en el Estado de la sociedad aportante²⁸. Se tendrá también que mantener, según el texto final del Consejo, al menos una rama de actividad en la sociedad transmitente. Los títulos atribuidos tendrán el mismo valor que los títulos canjeados.

El campo de aplicación igualmente se extiende a otras formas de sociedades distintas de las previstas en el anexo actual de la Directiva, que estaba limitado esencialmente a las sociedades de capitales, incluidas las sociedades de responsabilidad limitada, así como a los establecimientos y empresas públicas de carácter industrial y comercial. Sin embargo, no se ha logrado el objetivo de extender la Directiva de forma general a todas las sociedades sujetas al Impuesto sobre Sociedades en todos los países.

La sociedad europea y la sociedad cooperativa europea se contemplan expresamente.

2. Sociedades transparentes

La fusión o la escisión no entraña ninguna imposición de las plusvalías en la medida en que la sociedad beneficiaria conserva los valores fiscales de los elementos del activo y del pasivo transferidos a los efectos del cálculo de las amortizaciones plusvalías y minusvalías. En caso contrario, puede tener lugar el gravamen.

1° Sociedad transmitente transparente

Cuando un Estado miembro considera, gravando a los socios de una sociedad aportante de otro Estado miembro, que ésta, en virtud de las disposiciones de Derecho Civil aplicables a las sociedades mercantiles, es transparente, se abstendrá de gravar las rentas o plusvalías realizadas por los socios situados en su territorio, en las mismas condiciones que se aplicarían si la sociedad aportante no fuese considerada como transparente²⁹.

A pesar de esa regla, el Estado del socio que tiene una participación directa o indirecta en la sociedad transmitente, o en el caso de un canje de acciones, en la sociedad dominada podrá gravar a los socios. Si lo hace, deberá admitir la deducción del impuesto que la entidad transparente hubiera devengado por la operación en el caso de que el régimen de diferimento no le hubiera resultado de aplicación³⁰.

Al no existir ese derecho de imposición, el Estado miembro del socio hubiera sido expuesto al riesgo de que la entidad adquirente no hubiera tenido la consideración de transparente, con la consecuencia de perderse el derecho de gravar a las rentas en el caso de una posterior transmisión de los activos.

28 Art. 2b bis.

29 Art. 4.2 nuevo.

30 Art. 10 bis 1 y 2.

2° Sociedad socia transparente

Del mismo modo, un Estado miembro en el que residirían sociedades, consideradas como transparentes, ellas mismas socias de una sociedad extranjera que realiza una de las operaciones contempladas por la Directiva, deberá abstenerse de gravar a los socios de la sociedad considerada por este Estado como transparente³¹.

La exoneración de las plusvalías por el canje de títulos está, de forma general, sujeta a la condición de que los títulos nuevos reciban el valor fiscal de los títulos antiguos. En caso contrario, puede aplicarse el gravamen.

La compensación en especie puede siempre gravarse en la medida de la plusvalía.

Derogando a la regla, el Estado miembro del socio podrá no aplicar la exención si el considera la sociedad beneficiaria o, en el caso de un canje de acciones, la sociedad dominante, como transparente³².

Si se trata de considerar como transparente a una sociedad beneficiaria, el Estado miembro del socio podrá aplicar a este el tratamiento fiscal que aplicaría si la sociedad beneficiaria tuviera su residencia fiscal en dicho Estado³³.

3. Participación de la sociedad beneficiaria en la sociedad aportante

La anulación de la participación no daría lugar a la imposición en la medida en que esta participación fuese del 25%³⁴. La participación se define ahora como en la Directiva matriz-filial, fijándose el umbral en el 20 % (2005), 15 % (2007) y 10 % (2011)³⁵.

4. Transformación de sucursal en filial

Las aportaciones de activos se benefician de la exención de las plusvalías así como de un eventual traslado de pérdidas si está previsto en el Derecho interno³⁶ con la condición de que los valores fiscales de los activos transferidos se mantengan³⁷. La exención supone, sin embargo, el mantenimiento de un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria en el Estado de la sociedad aportante. En el caso de una transformación de sucursal en filial, no es en el Estado miembro de la sociedad aportante donde se mantiene un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria, sino en el Estado de la sociedad beneficiaria, la aplicación de la Directiva podría pues ser rechazada.

Estaba ya previsto que cuando, mediante los bienes aportados con ocasión de una fusión, de una escisión o de una aportación de activos, figurase un establecimiento permanente de la sociedad aportante situado en otro Estado distinto del del aportante y de la beneficiaria, el Estado de situación del establecimiento permanente renunciase a la imposición, salvo en la medida de las

31 Art. 8.3 nuev : se trata aquí de una no imposición de la atribución de títulos.

32 Art. 10 bis 3.

33 Art. 10 bis 4.

34 Art. 7 antiguo.

35 Art. 7.2 nuevo.

36 Art. 5 y 6 antiguos.

37 Art. 9 antiguo.

pérdidas anteriores del establecimiento permanente que hubiera permitido compensar con los beneficios de la sede central³⁸. Este Estado de situación del establecimiento permanente debía aplicar las disposiciones de la Directiva como si hubiese sido el Estado de situación de la sociedad aportante.

La aplicación de este artículo se extiende a la hipótesis en la que el establecimiento permanente se sitúa en el mismo Estado miembro que la sociedad beneficiaria y contempla pues una transformación de sucursal en filial³⁹.

5. Doble imposición con motivo de la aportación de activos

En caso de aportación de activos, el valor de los activos recibidos es, en la sociedad beneficiaria, el valor antiguo que los activos tenían en la sociedad aportante. Paralelamente, los títulos recibidos a cambio de estos activos conservan el valor de los títulos antes poseídos por la sociedad aportante.

Puede resultar doble imposición en caso de enajenación ya sea de los activos, ya sea de los títulos. La medida va más allá de lo que sería necesario para prevenir las maniobras de evasión fiscal. La propuesta de la Comisión había previsto que los títulos recibidos a cambio de la aportación de activos por la sociedad aportante vean atribuirse el valor real de los elementos de activo y de pasivo transferidos, calculado inmediatamente antes de la aportación⁴⁰. Esa propuesta no se adoptó y desapareció del texto definitivo.

6. Canje de acciones

Puede surgir igualmente una doble imposición del canje de acciones.

En el caso de la sociedad adquirente que recibe los títulos de la sociedad adquirida, la Directiva no prevé nada en lo que respecta a la valorización de los títulos. En cambio, prevé que la exención de la plusvalía en los socios de la sociedad adquirida que reciben los títulos de la sociedad adquirente se subordina a su obligación de atribuir a los títulos recibidos el valor antiguo de los títulos canjeados⁴¹. En ciertos países, la sociedad adquirente debe igualmente mantener para los títulos recibidos el valor que estos títulos tenían inmediatamente antes del canje de acciones. En caso de enajenación de las dos clases de títulos, tendrá lugar pues una doble imposición. La Comisión había previsto que, en las operaciones de canje de acciones, la sociedad adquirente dé a los títulos recibidos el valor real de los títulos atribuidos por ella a los socios de la sociedad adquirente⁴². Esa propuesta tampoco se adoptó.

7. Atribución de acciones propias en un canje de acciones

La propuesta hacía una excepción a esta regla en la hipótesis en que la sociedad adquirente procurase a los socios de la sociedad adquirida las acciones propias que ella ha-

38 Art. 10 antiguo.

39 Art. 10.1, párrafo 4 nuevo; Exposición de motivos, considerando 23.

40 Propuesta, art. 9.2 nuevo; Exposición de motivos, considerando 26.

41 Art. 8.2 antiguo.

42 Propuesta, Art. 8.10 nuevo; Exposición de motivos, considerandos 27, 28 y 29.

bría adquirido en el mercado a un valor eventualmente inferior. En esta hipótesis, los Estados miembros hubieran podido derogar la regla en función del valor que las acciones propias adquiridas tuviesen inmediatamente antes del canje⁴³. Esa excepción tampoco tiene que considerarse, al no adoptarse la propuesta.

8. Extensión del campo de aplicación del canje de acciones

Está expresamente previsto que el canje de acciones exento cubra la adquisición de la mayoría de los derechos de voto de una sociedad adquirida o, el disponerse ya de la mayoría, la adquisición de una mayor participación⁴⁴.

Desapareció del texto definitivo la propuesta de prever expresamente que el canje de acciones cubra de la adquisición de socios que, no sean residentes de la Unión europea⁴⁵.

9. Traslado de sede de una sociedad europea o de una sociedad cooperativa europea

Los traslados de sede previstos por los nuevos reglamentos aplicables a las sociedades europeas y a las sociedades cooperativas europeas se efectuarán sin imposición de plusvalías con la condición de que los activos y pasivos afectados permanezcan invertidos en un establecimiento permanente situado en el Estado de origen y que se mantenga el valor fiscal.

La sociedad que traslada su sede se considera al mismo tiempo como aportante y beneficiaria. Si la sociedad que traslada su sede dispone de un establecimiento permanente en un Estado que no es ni su Estado de origen ni su Estado de destino, el Estado de localización del establecimiento permanente se abstendrá de gravar la plusvalía realizada sobre éste conforme a este artículo conforme al artículo 10 antiguo. Si las pérdidas se han deducido de los beneficios de la sede central, podrán ser reintegradas, conforme al mismo artículo. Siempre de conformidad con este artículo, si el Estado de origen aplica la imposición del beneficio mundial, puede gravar la plusvalía sobre la transferencia del establecimiento permanente con la condición de permitir la imputación del impuesto ficticio que habría afectado a esta plusvalía en el Estado de situación del establecimiento permanente⁴⁶.

43 Propuesta, Art. 8.11 nuevo; Exposición de motivos, considerando 30.

44 Art. 2, a).

45 Propuesta, Art. 8.12 nuevo.

46 Art. 10.2. Sobre el conjunto de las disposiciones, véanse los artículos 10 ter a 10 quinquies nuevo. Comp. M.T. Soler Roch, Tax Residence of the SE, Eur. Tax., 2004, p. 14.